

RIVISTA DELLA CORTE DEI CONTI



CORTE DEI CONTI



Rivista della Corte dei conti - www.rivistacorteconti.it

Anno LXXVI - n. 1 - Gennaio-Febbraio 2023

IN QUESTO FASCICOLO:

- › *Manin Carabba: un ricordo di A. Lepore*
- › *Autonomia di entrata dei comuni e strumenti perequativi*
- › *Conflitto di interesse nel diritto amministrativo e nell'ambito della p.a.*
- › *Costituzioni di società o acquisizioni di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche*
- › *Metodica Aba nel trattamento dei disturbi dell'apprendimento: regime amministrativo per la sua erogazione e per l'esternalizzazione dei relativi servizi operativi*
- › *Il principio di non "dispersione" della prova documentale nei gradi del processo civile*
- › *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*

1



Direttore responsabile: Tommaso Miele
Direttore scientifico: Francesco Saverio Marini

Area giurisdizione

Coordinatore: Elena Tomassini
Benedetta Cossu – Rosa Francaviglia

Area controllo

Coordinatore: Paola Cosa
Laura Alesiani – Filippo Izzo – Giovanni Natali – Angelo Maria Quaglini

Quaderni della Rivista e Fascicoli speciali

Coordinatore: Alberto Avoli

Comitato scientifico

Nicolò Abriani – Federico Alvino – Franco Anelli – Luca Antonini – Miguel Azpitarte Sánchez – Luigi Balestra – Francesco Capalbo – Vincenzo Caputi Jambrenghi – Marcello Cecchetti – Stefano Cerrato – Vincenzo Cerulli Irelli – Fabio Cintioli – Giacomo D’Attorre – Gianluca Maria Esposito – Gabriele Fava – Francesco Fimmanò – Franco Gallo – Giovanni Guzzetta – Margherita Interlandi – Amedeo Lepore – Alberto Lucarelli – Massimo Luciani – Francesco Saverio Marini – Bernardo Giorgio Mattarella – Giuseppe Melis – Donatella Morana – Nino Paolantonio – Fulvio Pastore – Antonio Pedone – Giovanni Pitruzzella – Aristide Police – Stefano Pozzoli – Nicola Rascio – Giuseppe Recinto – Guido Rivosecchi – Aldo Sandulli – Maria Alessandra Sandulli – Franco Gaetano Scoca – Raffaele Trequatrinari – Antonio Felice Uricchio – Nicolò Zanon

Hanno collaborato alla redazione di questo fascicolo:

Monica Bergo – Luigi Burti – Silvia Calzetta – Antonio Contu – Pierre de Gioia Carabellese – Camilla Della Giustina – Fernanda Fraioli – Andrea Giordano – Maria Assunta Icolari – Carlo Alberto Manfredi Selvaggi – Enrico Marinaro – Samantha Miriello – Cristina Orsini – Gianmaria Palmieri – Barbara Sciascia – Vito Tenore – Bruno Tridico – Vittoria Zuccari

Redazione: Ernesto Capasso

Editing

Coordinatore: Anna Rita Bracci Cambini
Agnese Colelli – Stefano De Filippis – Eleonora Di Fortunato – Valeria Gallo – Lucia Pascucci – Paola Pellecchia

La pubblicazione degli articoli e dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell’autore e del valutatore.

La Rivista della Corte dei conti è a cura del Servizio Massimario e Rivista

La rivista è consultabile anche in:
www.rivistacorteconti.it

RIVISTA
DELLA
CORTE DEI CONTI

Rivista della Corte dei conti
Anno LXXVI - n. 1
Gennaio-Febbraio 2023

Pubblicazione bimestrale
di servizio

Direttore responsabile
Tommaso Miele

SOMMARIO

Editoriale

Guido Rivosecchi

La Corte dei conti tra controllo sulla finanza pubblica e giurisdizione per responsabilità erariale, oggi I

Dottrina

- Amedeo Lepore, *Manin Carabba: confesso che ho vissuto* 1
- Monica Bergo, *L'autonomia di entrata dei comuni e gli strumenti perequativi: un dramma in tre atti* 6
- Vito Tenore, *La nozione di conflitto di interesse nel diritto amministrativo e nell'ambito della p.a.* 19
- Carlo Alberto Manfredi Selvaggi, *Il ruolo del terzo nel giudizio di responsabilità amministrativa: Una questione riaperta dalla Corte costituzionale?* 44
- Bruno Tridico, *Le verifiche della Corte dei conti, ex art. 5 Tusp, sulle costituzioni di società o acquisizioni di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche* 61
- Gianmaria Palmieri, *Crisi dell'impresa e responsabilità sociale* 70
- Fernanda Fraioli, *Il recupero degli aiuti di Stato* 74
- Andrea Giordano, *In tema di rinegoziazione delle concessioni pubbliche. Profili giuscontabili nel prisma dello schema di codice dei contratti pubblici* 92
- Barbara Sciascia, *Natura giuridica della metodica Aba nel trattamento dei disturbi dell'apprendimento e regime amministrativo per la sua erogazione e per l'esternalizzazione dei relativi servizi operativi* 98
- Maria Assunta Icolari, *Il principio di buona amministrazione e il procedimento tributario: un binomio possibile?* 106
- Pierre de Gioia Carabellese, Camilla Della Giustina, *Il decreto-legge "salva banche" al vaglio della Corte costituzionale* 115

Note a commento

- Paola Cosa, *Le Sezioni riunite della Corte dei conti ribadiscono la centralità del riscontro circa l'attendibilità della quantificazione dei costi nell'ambito dell'attività di certificazione dei contratti collettivi* 129
- Samantha Miriello, *Elementi necessari per ricoprire la qualifica di agente contabile. Il particolare caso dell'ufficiale giudiziario dirigente* 201
- Vittoria Zuccari, *La responsabilità dei magistrati per danno da disservizio: limiti al sindacato della Corte dei conti* 216
- Benedetta Cossu, *Il principio di non "dispersione" della prova documentale nei gradi del processo civile* 226
- Cristina Orsini, *Consenso informato e omessa informazione: impossibilità di configurare un danno alla salute risarcibile in re ipsa e necessità della causalità materiale, quale punto fermo nel paradigma della responsabilità medica* 230
- Silvia Calzetta, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione* 238
- Giovanni Natali, *Sui caratteri delle pronunce rese dalle sezioni regionali nell'esercizio del controllo di legalità finanziaria* 239

Controllo	129
Pareri	167
Giurisdizione	173
Altre Corti	193
Recensioni	251
Indici	253

EDITORIALE

di Guido Rivosecchi (*)

LA CORTE DEI CONTI TRA CONTROLLO SULLA FINANZA PUBBLICA E GIURISDIZIONE PER RESPONSABILITÀ ERARIALE, OGGI

1. È noto che il modello costituzionale dei controlli sulla finanza pubblica delineato dall'art. 100 Cost. si caratterizza per una certa duttilità in quanto sostanzialmente "aperto" alle scelte di attuazione del legislatore e quindi suscettibile di interpretazione estensiva in favore sia dei controlli preventivi di legittimità, sia dei controlli successivi sulla gestione del bilancio dello Stato e degli enti che compongono la finanza pubblica allargata, sia di ulteriori controlli che il legislatore intenda istituire purché dotati di autonomo rilievo costituzionale (cfr. Corte cost. n. 29/1995 e n. 39/2014).

L'elasticità del quadro costituzionale di riferimento ha consentito un significativo irrobustimento dei controlli sulla finanza pubblica di fronte al susseguirsi delle crisi degli ultimi anni – economica, pandemica, bellico-energetica – poiché essi rispondono a interessi costituzionalmente rilevanti. Deve essere ricordato che la finanza pubblica è basata quasi esclusivamente sul principio dell'imposizione tributaria e, quindi, sul prelievo coattivo della ricchezza privata. Ne consegue che le funzioni di controllo attribuite alla Corte dei conti, rivolte ad assicurare il rispetto delle regole sulla trasparenza delle decisioni e il corretto impiego delle risorse, appartengono a pieno titolo al sistema delle garanzie di ordine costituzionale.

In questo quadro di riferimento, si sono susseguite diverse "stagioni" dei controlli sulla finanza pubblica. Il legislatore ha privilegiato ora controlli preventivi di legittimità, strumenti "classici" a disposizione della Corte di conti che si esplicano nell'apposizione del visto; ora controlli concomitanti, collocati "a ridosso" dell'amministrazione attiva, originariamente caratterizzati dalla presenza di un delegato del Ministro e del Presidente della Corte dei conti nei collegi sindacali degli enti sottoposti a vigilanza e successivamente previsti, sia pure in altra forma, per consentire l'accertamento di irregolarità gestionali o deviazioni dagli obiettivi normativamente previsti. Basti pensare ai controlli preventivi di legittimità di cui all'art. 3 della l. n. 20/1994, a quelli previsti dall'art. 11, c. 2, l. n. 15/2009 e, più di recente, ai controlli disciplinati dall'art. 22 del d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto "semplificazioni") sull'impiego dei fondi derivanti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza

(d'ora in poi: Pnrr) al fine di "accelerare gli interventi di sostegno dell'economia nazionale"; controlli che consentono alla Corte dei conti, in caso di accertate irregolarità gestionali o di deviazioni da obiettivi nella realizzazione di piani e programmi, di provocare l'intervento del ministro competente che può adottare misure correttive o attivare il blocco della spesa.

2. Negli ultimi dieci anni, a far data dal d.l. n. 174/2012, a seguito della crisi economico-finanziaria e della costituzionalizzazione del precetto dell'equilibrio, è stata privilegiata l'istituzione di controlli di legittimità-regolarità dei conti, rivolti a prevenire squilibri di bilancio e ad assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche.

In questa stessa prospettiva, il d.lgs. n. 174/2016 (c.d. codice di giustizia contabile), la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità hanno valorizzato l'elemento oggettivo della natura pubblica delle risorse, idoneo a fornire un'interpretazione sistematica delle pur costituzionalmente distinte funzioni affidate alla magistratura contabile. Da un lato, nella natura pubblica delle risorse trovano fondamento i giudizi davanti alla Corte dei conti per accertare la responsabilità amministrativo-contabile, sempre più incentrata sull'elemento oggettivo su cui incide la condotta produttiva del danno erariale; dall'altro lato, la stessa natura pubblica delle risorse giustifica l'estensione dei controlli affidati alla Corte dei conti per evitare un uso distorto o illegittimo delle risorse stesse e per migliorarne l'impiego.

I richiamati orientamenti del legislatore e della giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte dei conti e della Corte di cassazione suggeriscono di adottare un criterio ermeneutico volto ad assicurare un'interpretazione unificante del sistema dei controlli esterni sulla finanza territoriale a presidio dell'effettività del "diritto del bilancio" (Corte cost. n. 184/2022), inteso quale insieme di fonti costituzionali, "rinforzate" e di leggi ordinarie volte a preservare gli equilibri finanziari e la sana gestione. In questa prospettiva, il sistema sinergico dei controlli sulla finanza pubblica affidati alla Corte dei conti assicura la tutela del bilancio come "bene pubblico" (Corte cost. n. 184/2016),

(*) Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Padova.

Componente del Comitato scientifico della Scuola di Alta Formazione della Corte dei conti "Francesco Staderini".

in quanto consente di verificare come sono state utilizzate le risorse rispetto ai programmi e agli impegni assunti dagli amministratori pubblici di fronte al corpo elettorale, così concorrendo a garantire il principio della responsabilità di mandato (Corte cost. n. 18/2019; nn. 235 e 246/2021).

Le riforme degli ultimi dieci anni hanno previsto controlli sulle finanze pubbliche rivolti a prevenire squilibri di bilancio e danni irreparabili agli equilibri di bilancio (cfr. Corte cost. n. 60/2013 e n. 39/2014); controlli che non sono riconducibili al paradigma del controllo-referto, in quanto svolti non già nell'esclusivo interesse degli enti destinatari in funzione di stimolo all'autocorrezione, bensì di quello più comprensivo della legalità costituzionale-finanziaria e della tutela di interessi finanziari adespoti (Corte cost. nn. 39 e n. 40/2014; n. 89/2017).

Si tratta di controlli di legittimità-regolarità che sono caratterizzati da procedimenti a struttura binaria e ad esito dicotomico e che si concludono con la verifica del rispetto o meno del parametro normativo, traducendosi nell'accertamento della corrispondenza di determinati fatti giuridico-contabili al parametro stesso: il rispetto o meno del patto di stabilità interno; il rispetto o non dell'equilibrio di bilancio come declinato dal legislatore per lo Stato e per le autonomie territoriali; l'accertamento o meno dello stato di dissesto dell'ente locale. In senso non dissimile, il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali ha lo scopo di accertare la conformità della gestione finanziaria della regione ai parametri normativi, traducendosi nell'atto di *“ammettere o escludere dalla parifica le singole partite di spesa e di entrata che compongono il bilancio”* (Corte cost. n. 89/2017). Tali controlli, quindi, si pongono in prospettiva non più statica, come accadeva per il tradizionale controllo di legalità-regolarità, bensì dinamica, in grado di finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo all'adozione di misure correttive, funzionali a garantire l'equilibrio durante l'intero ciclo di bilancio.

Al contempo sono state rafforzate, sotto vario profilo, le sinergie tra i controlli finanziari dei revisori degli enti locali e le funzioni di controllo delle sezioni regionali della Corte dei conti, al fine di rendere ancor più sistematico il nesso tra i controlli sulla gestione e i controlli finanziari.

In estrema sintesi, il d.l. n. 174/2012 affianca ai controlli esterni già attribuiti alla Corte dei conti ulteriori controlli sui vertici politici delle amministrazioni locali (art. 6), nonché su quelli delle amministrazioni regionali (art. 1, cc. 2, 3, 4, 6 e 7), introducendo, tra l'altro, il c.d. giudizio di parificazione sui bilanci delle regioni a statuto ordinario

(già previsto per le autonomie speciali) (art. 1, c. 5), e prevedendo specifici controlli anche sui gruppi consiliari dei consigli regionali (art. 1, cc. 9, 10, 11 e 12). Questi ultimi sono stati sottoposti all'obbligo di redigere rendiconti di esercizio per assicurare la corretta rilevazione di fatti di gestione e la regolare tenuta della contabilità; tali rendiconti vengono sottoposti ai controlli della competente sezione regionale della Corte dei conti, dal cui esito negativo discende l'obbligo di restituire le somme ricevute a carico del bilancio del consiglio regionale e non rendicontate.

L'accertamento effettuato nell'esercizio del sindacato di legittimità-regolarità dei bilanci affidato alla Corte dei conti *«“fa stato” nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei conti, Sezioni riunite in speciale composizione»* (sent. n. 18/2019). Ne consegue che tali pronunce producono un accertamento “definitivo” e conseguentemente un effetto conformativo sugli enti sub-statali, collocandosi al di fuori del paradigma dei controlli c.d. collaborativi che sono invece rivolti a fornire indicazioni e indirizzi per stimolare processi auto-correttivi.

3. La fase più recente nella ridefinizione del sistema dei controlli sulle finanze pubbliche è caratterizzata dall'esigenza di assicurare il controllo sull'impiego delle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Il Piano mette a disposizione ingenti risorse per il rilancio degli investimenti pubblici, sfruttando anche le sinergie con gli altri strumenti di investimento da tempo previsti dal diritto dell'Unione europea. Si tratta di programmi di mobilitazione di risorse per un importo pari a circa 673 miliardi di euro (anche attraverso l'emissione di titoli europei). Per l'Italia le risorse finanziarie messe a disposizione ammontano a circa 196 miliardi a prezzi correnti, 69 dei quali sotto forma di trasferimenti, 127 sotto forma di prestiti: un programma di investimento senza precedenti di fronte ad un'emergenza senza precedenti. Al programma in parola può essere quindi riconosciuto un valore di solidarietà sociale e finanziaria all'interno dell'Unione europea.

Uno degli obiettivi maggiormente qualificanti del Pnrr è costituito dall' *“aumento permanente dell'efficienza della pubblica amministrazione e della sua capacità di decidere e mettere a punto progetti innovativi, accompagnandoli dalla selezione e progettazione fino alla realizzazione finale”*.

Tra le specifiche *“missioni”* in cui si articola il Piano, largo spazio è dedicato agli *“interventi speciali di coesione territoriale”*, tra i quali assumono

particolare rilievo la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e lo sviluppo delle infrastrutture e della mobilità sostenibile. Uno spazio non secondario in ordine all'attuazione delle linee di intervento del Pnrr è riservato alle autonomie territoriali, locali e regionali.

Nella prospettiva del sostegno agli enti sub-statali sono state individuate alcune priorità: a) assicurare che i progetti di investimento siano effettivamente completati nei tempi previsti dal Piano; b) predisporre un sistema di monitoraggio e rendicontazione dell'avanzamento dei progetti stessi, del conseguimento di obiettivi intermedi e finali e del relativo impiego delle risorse: ciò che costituisce condizione per l'effettiva erogazione delle risorse da parte dell'Unione europea.

A tali fini sono state istituite apposite strutture di monitoraggio del Pnrr presso il Ministero dell'economia e delle finanze, anche mediante l'istituzione di unità di *audit*, di carattere indipendente, al fine di assicurare le verifiche a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e della sana gestione degli investimenti, nonché l'adozione delle eventuali azioni correttive per non compromettere il conseguimento degli obiettivi. Il punto è di particolare rilievo per inquadrare il ruolo della Corte dei conti nella fase di controllo e vigilanza; ruolo che – è bene ricordare – è costituzionalmente distinto da quello degli organi del Ministero dell'economia e delle finanze.

Al riguardo, occorrerebbe quindi tenere distinti i controlli affidati alla Corte dei conti da quelli intestati alla Ragioneria generale dello Stato con funzioni di *audit* del Pnrr sia perché si tratta di controlli costituzionalmente distinti, sia per evitare inutili duplicazioni e aggravamenti procedurali che non consentirebbero di rispondere a quelle esigenze di efficienza e celerità nell'impiego delle risorse postulate dal diritto dell'Unione europea. I controlli affidati alla Corte dei conti hanno esplicito fondamento costituzionale, mentre gli altri sono stati previsti in esecuzione del Regolamento (Ue) 2021/241, istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza, a tutela degli interessi finanziari dell'Unione e della sana gestione (cfr. art. 7 del d.l. n. 77/2021). Sul punto, occorre ricordare che la Corte costituzionale ha ripetutamente dichiarato incostituzionali i controlli finanziari sugli enti sub-statali affidati al Ministero dell'interno o al Ministero dell'economia e delle finanze e ha invece riconosciuto la conformità a Costituzione dei controlli affidati alla Corte dei conti in quanto organo terzo di natura magistratuale a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti (cfr., ad esempio, sent. n. 267/2006, n. 179/2007, n. 39/2014).

Quanto ai più recenti orientamenti del legislatore si possono individuare due principali direttrici: da un lato, il rafforzamento dei controlli c.d. concomitanti e, dall'altro lato, l'estensione, in via generale, del controllo sulla gestione sulle amministrazioni pubbliche in ordine all'impiego delle risorse derivanti dal Pnrr.

Sotto il primo profilo, l'art. 22 del d.l. n. 76/2020 ha già perseguito il rilancio dei controlli concomitanti “*per accelerare gli interventi di sostegno dell'economia nazionale*”, con richiamo all'art. 11, c. 2, l. n. 15/2009 che affida alla Corte dei conti, “*ove accerti gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi stabiliti da norme, nazionali o comunitarie*” o “*ritardi nella realizzazione di piani e programmi*”, il compito di individuarne, in contraddittorio con l'amministrazione, le cause e di darne comunicazione al ministro competente che può adottare misure correttive o attivare misure di blocco della spesa.

Si tratta di controlli sulla gestione del bilancio e sui risultati nell'impiego delle risorse rivolti a stimolare, anche in corso di esercizio, la responsabilità del decisore politico che sembrano pacificamente applicabili anche ai piani e programmi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale e ai controlli sull'attuazione degli investimenti previsti dal Pnrr. In definitiva, tali procedimenti ben si attagliano ai controlli sui programmi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale, inclusi quelli previsti dal Pnrr, a condizione, però, che essi mantengano quale parametro del controllo stesso le norme sulla sana gestione finanziaria e quindi rimangano nell'alveo dell'art. 100 Cost. dei controlli sull'esecuzione del bilancio.

La seconda direttrice sopra richiamata in ordine alla revisione del sistema dei controlli sulla finanza pubblica in relazione all'impiego delle risorse del Pnrr è costituita dall'estensione e dalla generalizzazione del controllo sulla gestione sulle amministrazioni pubbliche, già previsto dall'art. 3, c. 4, l. n. 20/1994, in ordine all'impiego dei fondi di derivazione europea secondo valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie (cfr. art. 7, c. 7, d.l. n. 77/2021). Tale controllo è svolto in collaborazione con la Corte dei conti europea e assume le forme del controllo sulla gestione e del controllo-referto, in quanto la Corte dei conti è tenuta a riferire al Parlamento almeno una volta all'anno sullo stato di attuazione del Pnrr.

In questo contesto, occorre armonizzare i controlli sulla gestione e i controlli-referto sui fondi del Pnrr, da un lato, e i controlli di legittimità-regolarità dei conti, dall'altro lato. La giurisprudenza costituzionale degli ultimi dieci anni ha

edificato una vera e propria *dottrina* sui controlli di legittimità-regolarità affidati alla Corte dei conti in quanto organo terzo di natura magistratuale cui è affidato l'accertamento in forma giudiziale di fatti giuridico-contabili a presidio della legalità costituzionale-finanziaria.

Ne consegue che sulle risorse di derivazione europea dovranno essere esplicitati sia i controlli sulla gestione e i controlli-referto, previsti dall'art. 7 del d.l. n. 77/2021, sia i controlli di legittimità-regolarità dei conti affidati alle sezioni regionali sulla finanza territoriale. Questi ultimi, infatti, si svolgono già da tempo anche sui fondi di provenienza europea confluiti nei bilanci regionali e locali, avendo come parametro i regolamenti finanziari dell'Unione in riferimento ai principi finanziari euro-unitari di trasparenza, sana gestione finanziaria e regolarità nell'impiego delle risorse. Basti pensare ai controlli sui fondi d'investimento europei (c.d. fondi Sie) o a quelli sui fondi europei di sviluppo regionale (c.d. Fesr); fondi che costituiscono esecuzione indiretta del bilancio dell'Unione, sicché gli enti che ne fruiscono sono tenuti a rispettare gli stessi principi posti dai regolamenti finanziari in quanto soggetti all'obbligo di rendicontare l'impiego delle risorse (cfr., ad esempio, Corte conti, Sez. contr. reg. Campania, n. 5/2021; Corte conti, Sez. contr. reg. Lazio, 109/2021).

4. Quanto al versante della responsabilità per danno erariale, i recenti interventi del legislatore rispondono alla condivisibile esigenza di limitare la responsabilità stessa alle sole ipotesi in cui impedire l'evento dannoso non è più possibile, privilegiando, cioè, il controllo, preventivo e successivo, in quanto rivolto a prevenire l'uso illegittimo o scorretto delle risorse pubbliche.

Per il resto, però, gli interventi già contenuti negli artt. 21, 22 e 23 del d.l. n. 76/2020 destano non poche perplessità. Quanto ai profili penalistici, l'intervento sull'abuso d'ufficio è connesso alla limitazione della responsabilità erariale allo scopo di superare quella che è stata *giornalisticamente* definita la c.d. "paura della firma". L'intento di delimitare l'elemento materiale della fattispecie criminosa e di rendere maggiormente determinata la condotta tipica al fine di circoscrivere il sindacato del giudice penale sulle scelte discrezionali dell'amministrazione può spiegarsi come "reazione" a taluni orientamenti della giurisprudenza idonei a limitare gli effetti della l. n. 234/1997 rivolta – si ricorda – a tipizzare maggiormente la condotta delittuosa. Nondimeno, la recente riforma rischia di espandere eccessivamente l'area del penalmente non rilevante, limitando l'abuso d'ufficio soltanto ai casi di violazione di

specifiche regole di condotta espressamente previste da fonti di rango primario.

È sul versante della limitazione della responsabilità per danno erariale, poi, che si registrano le maggiori perplessità. Si tratta di una forma di responsabilità capace di fungere da deterrente e quindi di contrastare efficacemente la corruzione mediante l'attività di prevenzione e repressione delle diverse forme di *mala gestio*, derivanti da condotte illecite o da gestioni contabili irregolari, su cui spetta alla Corte dei conti giudicare. Al riguardo, la previsione che ora richiede espressamente di dimostrare la "*volontà dell'evento dannoso*" sembra accogliere la nozione penalistica di azione dolosa, sinora ritenuta invece non applicabile al processo per responsabilità contabile dal prevalente orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti. Quest'ultima, infatti, ai fini della sussistenza del dolo, ritiene sufficiente che il comportamento tenuto dal dipendente pubblico violi gli obblighi di servizio (dolo c.d. contrattuale), senza che sia necessario dimostrare la volontà di produrre l'evento dannoso.

Quanto, poi, alla colpa grave, la responsabilità per danno erariale è stata limitata "*ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta*", con l'effetto di abolire (transitoriamente?) la responsabilità erariale per colpa grave, salva l'ipotesi di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente a cui non si applica tale limitazione di responsabilità.

La riforma della responsabilità per danno erariale non sembra sintonica né con i principi costituzionali del buon andamento e della legalità sostanziale, né con il diritto dell'Unione europea che guarda anzitutto all'impiego efficiente delle risorse e alla tutela sostanziale degli interessi finanziari dell'Unione, come ha dimostrato anche la lunga "saga Taricco" svoltasi tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.

Al riguardo, deve essere anzi sottolineato che l'art. 3 del Regolamento (Ue, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, individua tra le violazioni dei principi dello Stato di diritto "*la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive*" nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Pertanto, la limitazione della responsabilità erariale, riferita all'impiego di risorse di derivazione europea, mal si concilierebbe con la tutela degli interessi che la riforma intenderebbe

preservare, potendo all'opposto integrare una violazione del diritto euro-unitario.

Sulla stessa linea ricostruttiva può collocarsi il Regolamento (Ue) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. L'art. 8 del richiamato Regolamento dispone che il dispositivo in parola sia “*attuato dalla Commissione in regime di gestione diretta, in conformità delle pertinenti norme adottate a norma dell'art. 322 Tfue, in particolare il regolamento finanziario e il regolamento (Ue, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio*”, con ciò rinviando ai richiamati principi del regolamento finanziario sulla responsabilità degli agenti finanziari e sul controllo e *audit* finanziario. Detto altrimenti: la disciplina europea sui controlli e sulla responsabilità finanziaria viene a postulare normative nazionali di rafforzamento e non certo di limitazione della responsabilità erariale in relazione all'impiego dei fondi di derivazione europea.

La questione della compatibilità della normativa interna in parola con il diritto euro-unitario è tutt'altro che teorica perché sono pendenti davanti alla Corte di giustizia rinvii pregiudiziali delle Sezioni riunite della Corte dei conti (ord. nn. 5 e 7/2021/Ris) aventi ad oggetto l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 nella parte in cui limita la giurisdizione della Corte dei conti in ordine al perimetro delle pubbliche amministrazioni incluse nel c.d. “elenco Istat”, funzionale alla formazione del conto economico consolidato dello Stato. Le previsioni e i risultati delle gestioni di bilancio di ogni pubblica amministrazione concorrono alla determinazione dei saldi del bilancio nazionale, sicché la determinazione del perimetro delle amministrazioni pubbliche costituisce atto presupposto alla formazione del bilancio e all'applicazione degli obblighi derivanti dai Trattati europei in materia di finanza pubblica (limiti all'indebitamento netto e al disavanzo). Da ciò potrebbe seguire la lesione dei parametri del diritto euro-unitario in quanto la norma nazionale oggetto del rinvio pregiudiziale circoscrive la giurisdizione della Corte dei conti ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica.

Bisogna infine sottolineare che la limitazione della responsabilità erariale appare tanto più contraddittoria in quanto interviene in un momento storico in cui, da un lato, il già citato d.lgs. n. 174/2016 ha introdotto significative innovazioni rivolte a semplificare e accelerare i processi, con l'introduzione del processo monitorio, vale a dire di un procedimento a ridotte garanzie per danni erariali di lieve entità, e del rito alternativo (c.d. abbreviato) che consente il rapido recupero delle

somme sottratte in misura pari al cinquanta per cento del danno prodotto e, dall'altro lato, la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione sembra oggi più “generosa” rispetto al passato nei confronti della giurisdizione della Corte dei conti nell'interpretare le “*materie di contabilità pubblica*” di cui all'art. 103 Cost. (cfr., ad esempio, Cass., S.U., 4 ottobre 2019, n. 24858, che afferma la giurisdizione della Corte dei conti anche nei confronti di un privato che concorra a realizzare il danno erariale mettendo a disposizione il proprio conto corrente bancario, determinando lo sviamento dell'erogazione di fondi pubblici dalle loro finalità istituzionali in relazione all'impiego di fondi europei).

Non deve essere sottaciuto che l'ampliamento o il restringimento della responsabilità per danno erariale possa determinare problemi di coordinamento tra giurisdizioni per effetto della moltiplicazione dei processi a cui possono essere sottoposti i dipendenti pubblici, con il rischio di non assicurare in maniera sempre adeguata l'effettività del diritto costituzionale di difesa (art. 24 Cost.). Non dimeno, si può osservare *de iure condendo* che problemi di questo tipo debbano essere affrontati sul piano del coordinamento sistematico tra giurisdizioni, nella specie tra processo penale e processo per danno erariale, piuttosto che ricorrendo ad interventi di modificazione di figure tipizzate (*id est*: limitazione della responsabilità per danno erariale) che rivestono per loro natura carattere residuale.

5. In questo contesto, occorre chiedersi quali soluzioni possano essere ipotizzate per bilanciare le esigenze di celerità poste dal diritto dell'Unione europea nell'impiego delle risorse con le garanzie della legalità costituzionale-finanziaria.

Si può anzitutto riconoscere la compatibilità tra i “nuovi” controlli sulla gestione e i controlli-referito sull'impiego dei fondi derivanti dal Pnrr e i “vecchi” controlli affidati alle Sezioni regionali (in larga parte riconducibili ai controlli di legittimità-regolarità dei conti).

In secondo luogo, occorre rilevare che i controlli espliciti sui fondi derivanti dal Pnrr non dovrebbero essere previsti soltanto in relazione alle amministrazioni statali perché il 70 per cento circa dei contratti è sottoscritto da regioni ed enti locali e quindi rischia di sfuggire ai controlli della Corte dei conti, specialmente nella forma del controllo concomitante.

In terzo luogo, i controlli preventivi potrebbero essere ridotti, almeno nei procedimenti che rispondono all'emergenza, come i commissariamenti straordinari, e dovrebbe soprattutto essere evitato di qualificare il visto o la registrazione preventiva

come titolo di esonero di responsabilità, perché questo non risolverebbe ma aggraverebbe i problemi in ordine alla limitazione della responsabilità erariale.

Infine, potrebbe essere utile accompagnare l'istituzione delle strutture di *audit* del Ministero dell'economia e delle finanze con forme di monitoraggio "a valle" dei flussi finanziari di provenienza europea basate sulla rendicontazione dell'impiego delle risorse del Pnrr. Tali controlli andrebbero necessariamente affidati alla Corte dei conti e potrebbero essere previsti nella forma del controllo documentale, già felicemente sperimentato, come si è detto, nei controlli sui rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali introdotti dall'art. 1, cc. 9-12, del summenzionato d.l. n. 174/2012; controlli che hanno superato il vaglio di costituzionalità e che hanno impedito ulteriori casi di *mala gestio*, favorendo, al contempo, un migliore impiego delle risorse.

In definitiva, sembrerebbe più conforme ai principi costituzionali e a quelli del diritto dell'Unione europea riaffermare appieno il ruolo della Corte dei conti quale giudice della responsabilità per danno erariale e del corretto ed efficiente impiego delle risorse pubbliche nell'esecuzione dei bilanci: ciò che costituisce, ora come in origine, la ragione d'essere della magistratura contabile nel sistema costituzionale.

* * *

MANIN CARABBA: CONFESSO CHE HO VISSUTO

di *Amedeo Lepore* (*)

Ho sceso, dandoti il braccio, almeno un milione di scale
e ora che non ci sei è il vuoto ad ogni gradino.
Anche così è stato breve il nostro lungo viaggio.
Il mio dura tuttora, né più mi occorrono
le coincidenze, le prenotazioni,
le trappole, gli scorni di chi crede
che la realtà sia quella che si vede.

Ho sceso milioni di scale dandoti il braccio
non già perché con quattr'occhi forse si vede di più.
Con te le ho scese perché sapevo che di noi due
le sole vere pupille, sebbene tanto offuscate,
erano le tue.

Eugenio Montale, *Ho sceso, dandoti il braccio, almeno un milione di scale* (*Xenia II*, 1967)

1. *Qualche nota biografica e storica*

Manin Carabba è stato un uomo poliedrico, che ha assaporato tutti gli aspetti della vita, riuscendo a concentrare il suo impegno al servizio dello Stato, da protagonista delle vicende italiane durante molti anni, in un progetto di riforme che si fondava sulle sue vaste competenze giuridiche, ma anche sulla sua cultura, sui suoi ideali e sulla sua passione politica. Nato a Siena nel 1937, in una famiglia “medio borghese” solida culturalmente e professionalmente che viveva nel capoluogo toscano, si laureò nel 1959 all’Università di Firenze in Filosofia del diritto, con una tesi sulla critica di Kelsen alla dottrina marxista, ottenendo il massimo dei voti e la lode. In quel periodo, per sua stessa ammissione, ebbe come maestri due insigni giuristi con profili diversi: Pietro Piovani, per la Filosofia del diritto, e Giovanni Miele, di cui divenne assistente volontario, per il Diritto amministrativo. In seguito, tenne per alcuni anni una libera docenza in Diritto amministrativo presso l’Università La Sapienza di Roma, dove, dopo la rinuncia di Miele, era andato a ricoprire il ruolo di ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza Massimo Severo Giannini.

Dal 1961 al 1967 lavorò presso l’Ufficio studi legislativi dell’Eni – quando Giorgio Fuà, cui subentrò Luigi Bruni, era il responsabile dell’Ufficio studi economici – dipendendo direttamente da Giorgio Ruffolo, che era a capo di un Servizio studi e relazioni esterne molto strutturato, al fianco di Enrico Mattei. Da segnalare che Ruffolo volle Sabino Cassese al vertice proprio dell’Ufficio studi legislativi. Dopo l’attività all’Eni, entrò, in qualità di esperto, nella Segreteria tecnica e, poi, nell’Ufficio del programma del Ministero del bilancio, guidato da Antonio Giolitti dal 1963 al 1964, iniziando così la parte più intensa della sua esperienza istituzionale e legandosi anche allo staff di Giulio Pastore al Ministero per il Mezzogiorno, di cui facevano parte Giovanni Marongiu, Massimo Annesi, Vincenzo Scotti e Sergio Zoppi. Il punto di riferimento era Pasquale Saraceno, che aveva un ottimo rapporto con Ruffolo, anche se non sempre le sue idee collimavano con quelle degli economisti che collaboravano con il capo dell’ufficio di programmazione. Quando Giolitti non volle tornare al Ministero per ragioni politiche, Carabba lo seguì al Partito socialista, pur non accettando di fare il funzionario, e divenne suo vice alla sezione economica.

Nell’ambito dell’università, anche se egli non colse o non volle cogliere, per meglio dire, la possibilità di fare carriera accademica, gli vennero assegnati numerosi insegnamenti. Negli anni accademici dal 1968-1969 al 1970-1971, fu professore incaricato di Diritto pubblico dell’economia presso la Facoltà di Scienze politiche dell’Università di Bologna. Negli anni accademici dal 1977-1978 al 1980-1981, fu professore incaricato sempre di Diritto pubblico dell’economia presso la Facoltà di Scienze politiche dell’Università di Cagliari, conseguendo la stabilizzazione nel 1979, ma dimettendosi all’inizio del 1982. Negli anni accademici dal 1982-1983 al 1984-1985, fu docente a contratto di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Firenze. Negli anni accademici dal 1999-2000 al 2001-2002, fu docente a contratto di Scienza dell’amministrazione presso la Facoltà di Scienze politiche dell’Università di Firenze. Nell’anno accademico 2001-2002, fu docente a contratto presso la Facoltà di Economia dell’Università Roma Tre. Negli anni accademici 2001-2002 e 2002-2003, fu docente a contratto, per il corso di Programmazione e controllo nelle amministrazioni pubbliche, presso l’Istituto di pubblica amministrazione e sanità dell’Università Bicconi di Milano. Dall’anno accademico 2007-2008 fino a quello 2009-2010, fu docente a contratto di Diritto

(*) A. Lepore è professore ordinario di Storia economica presso il Dipartimento di Economia dell’Università degli studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

amministrativo presso la Link University di Roma. Un itinerario che lo collocava – a pieno titolo e non da “outsider”, come soleva ripetere quasi per schernirsi – anche tra i formatori di alta qualificazione di una nuova classe dirigente.

Dal 1971 al 1977, in un periodo topico per la storia economica del Paese, Carabba assunse il ruolo di direttore dell’Istituto di studi di programmazione economica (Ispe), istituito nel 1969 con il compito di sviluppare l’elaborazione dei programmi nazionali, proseguendo l’attività precedente del relativo Ufficio del Ministero del bilancio. Dal 1980 al 1981 fu alla guida del Servizio legislativo presso il Ministro per gli interventi nel Mezzogiorno, in quanto già consigliere della Corte dei conti, con l’incarico di predisporre un disegno di legge per il rinnovo della Cassa per il Mezzogiorno, mai andato in porto. Dal 1981 al 1985 fu capo di gabinetto del Ministro del commercio con l’estero e dal 1987 al 1990 capo di gabinetto del Ministro dell’ambiente. L’incontro con Tommaso Morlino, Ministro del bilancio e della programmazione economica, fu un altro momento decisivo del suo intenso percorso professionale, che lo portò, a soli quarant’anni, alla nomina a consigliere della Corte dei conti (1977-2004) e all’apertura di un nuovo ciclo della sua esperienza di vita. Tra il 1975 e il 1977, infatti, era terminato il periodo della programmazione, che si trasformò, durante i governi di solidarietà nazionale, in un insieme di politiche di carattere settoriale.

La Corte dei conti lo annoverò a lungo tra le sue file. L’impegno all’interno della Corte, tuttavia, si svolse diffusamente solo dopo gli anni Ottanta, perché in quel periodo iniziale fu preso da un’intensa attività istituzionale a supporto del Governo, che, nonostante la collocazione fuori ruolo, non gli impedì di scrivere il primo capitolo, il più importante, della relazione sul rendiconto generale, continuando a fare quanto aveva iniziato nelle Sezioni riunite della Corte al momento della sua chiamata. Dal 1990 al 2004 fu il responsabile del Servizio relazioni al Parlamento e il relatore sul rendiconto generale dello Stato, occupandosi di tutte le problematiche riguardanti la valutazione dei risultati di gestione. Dal 1991 al 1995 fu assegnato, in aggiuntiva, alla funzione di consigliere delegato al riscontro e parifica delle contabilità di tesoreria, spese fisse e debito vitalizio, per la Sezione controllo dello Stato. Come delegato della Sezione enti della Corte dei conti esercitò, in diversi momenti, il controllo su Ufficio italiano dei cambi, Consap, Iri (in liquidazione), Fintecna. Dal 1998 al 2000 fu presidente del Collegio regionale di controllo per la Regione Toscana, come assegnazione aggiuntiva. Dal 1995 al 2004 fu presidente di sezione della Corte dei conti, con l’incarico di presidente di coordinamento delle Sezioni riunite in sede di controllo. Dal 2004, una volta uscito dai ruoli, gli fu conferito il titolo di Presidente onorario della Corte dei conti.

Dal 1997 al 2002 Carabba fu anche presidente del Formstat, il Consorzio per la formazione e l’aggiornamento statistico, partecipato dall’Istat. Inoltre, fu membro del collegio sindacale del Censis. Dal 2004 divenne consigliere della Svimez, facendo parte della presidenza dell’Associazione dal 2011 fino al termine del funzionamento dell’organo. Nel 2005, dopo Massimo Annesi, assunse la responsabilità di direttore della *Rivista giuridica del Mezzogiorno* (Rgm), trimestrale della Svimez, sperimentando un lungo e proficuo sodalizio con Agnese Claroni, sempre al suo fianco.

Dal 2006 al 2010 fu direttore del Centro Europa Ricerche (Cer), del quale venne nominato vicepresidente nel 2010. Fu anche presidente del collegio sindacale della Fondazione Astrid, dal 2001 al 2009. Dal 2004 al 2010 fece parte del consiglio di amministrazione e dal 2010 del comitato scientifico della Fondazione Farmafactoring, sorta nel 1993 con l’obiettivo di rispondere ai bisogni, soprattutto sanitari, della *welfare community*, promuovendo un circuito di conoscenze e approcci operativi per lo sviluppo della società civile. Dal 1995 al 2010 svolse il ruolo di coordinatore, presso il Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro (Cnel), della rete istituzionale per la misurazione e la valutazione dell’attività delle pubbliche amministrazioni. Dal 2010 divenne consigliere del Cnel, su indicazione del Presidente della Repubblica, con d.p.r. del 28 luglio 2010 e d.p.r. del 20 gennaio 2012. Si dimise dal Cnel il 30 luglio 2015, prima che avesse effetto la proposta di revisione costituzionale di soppressione dell’ente, contenuta nel testo approvato dal Parlamento il 12 aprile 2016 e sottoposta a referendum il 4 dicembre 2016. Dal 2005 al 2013 fu avvocato patrocinante in Cassazione. Nel 2004, infine, gli fu conferita l’onorificenza di Cavaliere di Gran Croce.

2. I caratteri principali dell’uomo e della sua vasta opera

Ironico, vivace e perfino affettuoso, Manin Carabba era un irruento toscano, dotato di uno spirito inimitabile e di un sorriso particolare, che incuteva timore per l’imminenza di un’irriverente battuta, la prontezza di un commento sferzante – il più delle volte – o semplicemente un non detto lasciato alla comprensione dell’interlocutore. Pur non essendo un accademico di professione, aveva una spiccata propensione per un approccio multidisciplinare e per un lavoro di ricerca condotto attraverso l’elaborazione e la discussione di idee nuove. Carabba, come studioso, riusciva a contemperare indagine storica e teoria, agendo sempre contro ogni forma di conformismo. La sua era una “scienza allegra”: diritto amministrativo e altri settori giuridici, economia e finanza, programmazione economica e contabilità dello Stato erano tutti praticati con appassionate argomentazioni e con un’agilità quasi agonistica. Egli è stato un tenace combattente per un’amministrazione efficace e di qualità e per l’evoluzione economica del Mezzogiorno, promuovendo in prima persona, in tutte le istituzioni in cui ha svolto un ruolo essenziale, continue iniziative per affermare forme democratiche di funzionamento, attuazione dei programmi, esecuzione e controllo sui servizi offerti dalle strutture pubbliche. Carabba, insomma, è stato un protagonista assoluto del dibattito giuridico sulla p.a. e della programmazione economico-finanziaria in tutti i suoi aspetti. È stato un meridionalista coerente e acuto, pronto a sostenere le ragioni di un approccio istituzionale e di governo ai problemi del Sud, alla realizzazione delle politiche di sviluppo e delle strategie di trasformazione sociale, senza deflettere mai da una linea originale, inserita pienamente nel pensiero e nell’azione

dei grandi italiani del Nord, raccontati da Sergio Zoppi, che hanno fatto la Cassa per il Mezzogiorno e individuato i nuovi termini della “questione meridionale”.

L’eclettismo positivo di Manin Carabba si manifestava nel suo amore per lo sport, da campione di atletica arrivato alla nazionale giovanile e a un passo da quella maggiore, come in quello per il *trekking* e le scalate al Gran Paradiso da Cogne, durante le vacanze estive. Ma anche nella passione per la poesia, che lo vedeva leggere e recitare Eugenio Montale – “[...] Tu non ricordi la casa di questa mia sera. Ed io non so chi va e chi resta” – nonché comporre versi di elegante fattura, da “poeta montalista minore”, quale si definiva. O nella meticolosa conoscenza del cinema, che mi fu dato di apprezzare con meraviglia, dopo una discussione preparatoria per una iniziativa sui centocinquant’anni dell’unificazione italiana, svolta alla Svimez nel 2010 con lui e Luciano Cafagna. Al termine della riunione, vi fu un lungo confronto supplementare a tre che, prendendo spunto dal film *Noi credevamo* di Mario Martone, spaziò dalla interpretazione storiografica del Risorgimento alla produzione cinematografica italiana degli ultimi anni, in cui si inseriva la complessa opera del regista.

Questi suoi peculiari interessi ne ponevano in evidenza le doti umane e il desiderio di cogliere ogni sembianza della realtà, tipico di chi era provvisto di curiosità, intelligenza e vitalità fuori dal comune. La straripante esperienza di vita di Manin Carabba difficilmente può essere racchiusa in una sintesi. Tuttavia, semplificando molto, si può sostenere che siano tre i filoni di fondo in cui si è concentrato il suo impegno: la concretizzazione della programmazione economica; la riforma delle politiche pubbliche, l’analisi di bilancio e il controllo dei risultati della pubblica amministrazione; gli strumenti per lo sviluppo del Mezzogiorno.

Egli manifestava grande attenzione e rispetto per l’economia, ma non per il suo predominio assoluto. E questo è stato il *leitmotiv* della sua vasta attività di programmazione, che univa sapienza giuridica, intenti di riforma e obiettivi economico-finanziari. L’incontro con Antonio Giolitti e Giorgio Ruffolo, all’interno di un gruppo di cui fecero parte Luciano Cafagna, Giorgio Fuà, Paolo Sylos Labini, Franco Momigliano, Franco Archibugi e Pasquale Saraceno, più defilato dagli altri per cultura e collocazione ideale, determinò la principale scelta di vita di Carabba. Come egli ricordava, nel corso dell’attuazione della politica di programmazione, tra l’altro, “sono nate amicizie personali che sono durate tutta la vita”. Il gruppo per il programma si muoveva nella logica di un utilizzo di incentivi e disincentivi per azioni pubbliche che funzionassero in rapporto a finalità di non breve respiro. La stagione della programmazione degli anni Sessanta e Settanta partì dalla “Nota Aggiuntiva” di La Malfa nel 1962, per ancorarsi, poi, ad altri due capisaldi culturali: la prima bozza del programma economico di Giolitti del 1964 e il “Progetto 80” del 1969. Questa strategia, tuttavia, come ha notato Ruffolo, non divenne mai una guida per l’azione di governo – nonostante l’aiuto insperato di Guido Carli e della Banca d’Italia e il sostegno delle imprese a partecipazione statale, a cominciare dall’Iri – per errori e ingenuità dei programmatori, ma soprattutto per la noncuranza dei partiti, l’ostilità dell’amministrazione e la contestazione delle organizzazioni imprenditoriali e, in parte, sindacali: “eravamo circondati”, ovvero il gruppo voluto da Giolitti pativa un evidente isolamento. Eppure, la vicenda avrebbe potuto conoscere un altro esito, se l’azione di governo non fosse tornata a svolgersi in una logica di breve periodo, dato che l’andamento tumultuoso dell’Italia in quegli anni richiedeva, invece, una visione chiara delle prospettive, anche di carattere congiunturale, e una direzione di marcia netta, con l’individuazione di priorità che dessero ordine al sistema, avviassero interventi di natura strutturale e affrontassero il nuovo ritardo del Mezzogiorno.

Il limite di questa esperienza è stato di non oltrepassare un certo ambito di separatezza, circoscritto alle scelte di bilancio, mentre l’elaborazione del programma vero e proprio, poi, fu affidata all’Ispe. In ogni caso, non si può affermare che la programmazione non abbia lasciato traccia tangibile nella politica economica e nelle scelte strategiche delle istituzioni, soprattutto per la riforma dei sistemi sanitario e previdenziale, il riordino della finanza pubblica, la formazione delle regioni, la politica territoriale e ambientale. Sempre secondo Ruffolo, non fu raccolta, però, “l’idea centrale della programmazione di inserire la politica economica in più vasto spazio progettuale, temporale e sociale, nel quale siano rese esplicite e consapevoli opzioni e scelte dell’azione pubblica”. In sintesi, la programmazione sarebbe dovuta sfociare in una economia prospera e una società più giusta, ovvero rappresentare una delle massime espressioni della politica e della sua conduzione, ma fu interrotta senza la possibilità di mettere in opera questi propositi. Quando finì, si passò alla realizzazione piani settoriali, attraverso il Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe), che aveva il compito di approvare i programmi di intervento per comparti e di ripartire le risorse finanziarie dello Stato da destinare allo sviluppo territoriale. La vasta attività di Carabba in questo campo fu ripilogata – approfittando della stasi della programmazione, comunicatagli in modo garbato da Giulio Andreotti, nell’immediata precedenza della conclusione di questa politica – con la scrittura e la pubblicazione del libro *Un ventennio di programmazione 1954/1974*, edito nel 1977 da Laterza.

Il suo impegno di lunga durata alla Corte dei conti fu dedicato soprattutto all’individuazione di nuove metodologie di lavoro e all’approfondimento degli strumenti per la verifica della programmazione finanziaria, delle strategie pubbliche e della loro attuazione. Nel corso di tutta la sua iniziativa, in cui profuse in modo rigoroso le competenze scientifiche che largamente possedeva, egli contribuì fortemente al processo di innovazione, anche culturale, della Corte in materia di analisi di bilancio, che venne da lui ampliata ai contenuti della politica economica, e di controllo sui servizi resi dalle pubbliche amministrazioni, riuscendo a far diventare prassi normale l’audizione della Corte da parte del Parlamento. Al termine di un’intervista curata da Guido Melis e conservata tra i filmati realizzati nell’ambito del progetto Aset presso l’Archivio centrale dello Stato, Carabba affermava che: “Per la riforma amministrativa, altro che studi

comparati, ci vogliono tre o quattro shock violenti. E i due principali sono il bilancio di cassa e la giurisdizione unica”. Egli, inoltre, si domandava spesso quanto costassero al sistema Paese le riforme “a costo zero”, introducendo un altro argomento di non poco conto.

Uno dei temi ricorrenti, che lo hanno accompagnato fino al termine della sua esistenza, è stato proprio quello riguardante l’adozione del bilancio di cassa, articolato per programmi e per obiettivi, non limitando l’impiego dei conti pubblici al bilancio di competenza giuridica. Vi era, infatti, un parallelismo stretto tra la struttura programmatica del bilancio e i modelli e la divisione delle competenze delle amministrazioni pubbliche, che dovevano e devono corrispondere ai programmi e al loro compimento. Il suo assillo concerneva il funzionamento dei controlli – preventivi, concomitanti ed *ex post* – sulle gestioni pubbliche e sui relativi effetti, non sugli atti. Secondo Carabba, la Corte dei conti era in grado di effettuare il controllo di legittimità e non di gestione, perché “la giurisdizione contabile non è compatibile con il controllo”, fino a quando non si proceda a un’integrazione sostanziale delle competenze giuridico-contabili con le analisi di scienza delle finanze e di politica economica, come egli aveva fatto per il primo capitolo della relazione sul rendiconto generale dello Stato. In questa sede, comunque, non è possibile fornire una descrizione esaustiva di tematiche tanto complesse e della multiforme azione di Carabba durante la sua permanenza alla Corte ed è opportuno fermarsi a questi accenni.

L’ultima parte della sua vita è stata interamente dedicata al Mezzogiorno e alla Svimez. Anche questa vicenda non può essere racchiusa nelle poche righe seguenti, dati il dispendio di energia intellettuale e la dovizia di contenuti che hanno caratterizzato il periodo finale dell’opera di Manin Carabba. Egli, fin dall’avvio della sua partecipazione all’Associazione per lo sviluppo dell’industria nel Mezzogiorno, ha considerato la Cassa per il Mezzogiorno come uno strumento, connaturato alla programmazione, di estremo valore per la scelta di un ordinamento speciale, la strategia di riduzione del divario Nord-Sud e le politiche di sviluppo delle regioni meridionali. Carabba sosteneva che era stato “un errore storico di superficialità della sinistra l’averla abolita” e arrivò a riproporre la formazione della Cassa a più riprese, per un ritorno in grande stile a un’impostazione corretta del meridionalismo. Non si accontentò di affermazioni di principio, ma costruì, con rara consapevolezza dei problemi, l’ipotesi di un’Agenzia per lo sviluppo del territorio del Mezzogiorno, che prendeva le mosse da esempi storicamente definiti, come la Tennessee Valley Authority (Tva), l’Appalachian Regional Commission (Arc) e la Délégation interministérielle à l’aménagement du territoire et à l’attractivité régionale (Datar). Egli, studiando queste e altre agenzie fin dai tempi della programmazione, si era convinto che “l’autonomia regionale era compatibile con il mantenimento di una struttura centrale di aggregazione”.

Nel 2009, con un editoriale sulla *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, sottolineava la ripresa del dibattito politico sulla questione meridionale dal punto di vista economico e istituzionale, facendo scaturire, da una riflessione sulla fragilità del quadro di programmazione e sull’inadeguatezza delle fasi di esecuzione e gestione degli interventi, l’esigenza di forme di collaborazione innovative tra lo Stato, le regioni e gli enti locali. Con la formazione, nello stesso anno, di un ampio e rappresentativo gruppo di lavoro presieduto da Antonio Maccanico e la pubblicazione, nel 2010, di un documento predisposto da Manin Carabba (promotore dell’iniziativa) e Agnese Claroni, fu avanzata la proposta dell’Agenzia. Il documento forniva un panorama della *governance* europea delle politiche regionali e dei programmi di governo del territorio a livello nazionale, regionale e locale, per passare, poi, alla presentazione del progetto di Agenzia per lo sviluppo, indicandone i settori di intervento, le competenze e le funzioni, la composizione, le modalità operative e le risorse. Inoltre, specificava perfino la programmazione, l’affidamento e la concessione delle opere strategiche, nonché la normativa di riferimento e uno schema di Statuto. Si trattava di un apporto di straordinaria importanza, che potrebbe risultare utile ancora oggi, di fronte ai confusi tentativi di regolare la cosiddetta “autonomia differenziata” e allo speculare ricorso a un rivendicazionismo localistico privo di prospettive. La proposta voluta da Carabba permetterebbe, al contrario, di entrare nel merito delle questioni della *governance* e della *execution* degli interventi per la ripresa del Mezzogiorno e dell’intero Paese, a cominciare dal Pnrr e dalle politiche di coesione, discutendo di uno strumento utile e avanzato, in grado di operare per una nuova fase di convergenza tra le diverse aree dell’Italia.

L’altra fondamentale attività di Carabba, insieme agli incarichi di vertice svolti all’interno della Svimez, riguardava la direzione della *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, alla quale ha assicurato una salda continuità con la guida del suo predecessore, Massimo Annesi, e un elevato livello di qualità, attraverso la presenza di autori prestigiosi, un lavoro costante di squadra e articoli sempre di notevole interesse e attualità. Inoltre, nell’azione di consolidamento ed espansione della rivista, ha chiamato autorevoli studiosi, esperti e rappresentanti istituzionali a un costante confronto su temi di rilievo per la politica meridionalistica, mediante un programma di incontri seminariali e altre occasioni di riflessione, che trovavano sbocco in sezioni e numeri monografici della Rgm.

Nel libro intitolato *I miei mulini a vento. Il Mezzogiorno e i diritti dei cittadini*, pubblicato da il Mulino nel 2017, egli ha tracciato un quadro degli ostacoli contro i quali ha combattuto nel corso di tutta la vita, ingaggiando una tenace contesa per fornire una soluzione al problema meridionale, concepito come una “questione nazionale” sia per la necessità di colmare il divario economico-sociale del Sud rispetto al Nord, sia per l’imprescindibile esigenza di affrontare la debolezza istituzionale che ha impedito un funzionamento adeguato delle strategie di sviluppo in questa parte del Paese. Carabba enfatizzava spesso le battaglie perdute e qualche significativo insuccesso, ma, alla resa dei conti, la sua personalità e la sua condotta lasciano preziosi insegnamenti per il futuro e testimonianze concrete di come un uomo possa contribuire con intelligenza e caparbietà a un’opera di ampio respiro volta a trasformare – nei modi possibili, ma con indubbi risultati – la realtà di cui è stato un vero protagonista, mai solitario.

In conclusione, vorrei precisare che ho tratto il titolo di questo ricordo di Manin Carabba dal libro di memorie di Pablo Neruda *Confesso che ho vissuto*, per dare il senso della pienezza della sua vita, in cui non si è risparmiato, ha provato molteplici esperienze e sicuramente ha arricchito sé e gli altri della sua bella esistenza. Tuttavia, ritornando con la mente a lui e alle nostre occasioni di dialogo, al suo spirito libero e alla sua indole umana, ho pensato che sia un'altra la formula di compendio da utilizzare, tratta dalla perifrasi di Maurizio Valenzi per la sua autobiografia: *Confesso che mi sono divertito*. E credo che Manin, durante un tragitto così intenso e impegnativo, si sia divertito davvero.

* * *

L'AUTONOMIA DI ENTRATA DEI COMUNI E GLI STRUMENTI PEREQUATIVI: UN DRAMMA IN TRE ATTI

di *Monica Bergo* (*)

Abstract: Il presente contributo affronta il tema dell'autonomia finanziaria dei comuni sul versante delle entrate e approfondisce, in particolare, il nodo degli strumenti perequativi, specie in relazione alla garanzia delle prestazioni connesse ai diritti fondamentali. L'assetto costituzionale dell'autonomia finanziaria degli enti comunali, consegnato nel 2001 dalla riforma del titolo V della parte II della Costituzione, ha ricevuto un'attuazione stentata e, soprattutto, assai disorganica, che richiede di essere attentamente ricostruita, anche in considerazione dell'apporto della giurisprudenza costituzionale, la quale – rispetto ai profili di criticità riscontrati nella prassi – rappresenta, allo stato, il più solido argine nel difficile contemperamento fra le esigenze di rispetto delle prerogative costituzionali degli enti territoriali, da un lato, e della discrezionalità del legislatore (nonché del limite delle risorse pubbliche), dall'altro.

This paper aims to analyse the issue of fiscal autonomy of municipalities, focusing on the equalization system, with specific concern of the guarantee of services related to fundamental rights. The mainstream of this study is the hard implementation of constitutional frame on fiscal autonomy, as driven by the constitutional reform of 2001, also considering the contribution of the constitutional jurisprudence. In this critical field, the Italian Constitutional Court, indeed, embodies an embankment in the tough role of balancing the respect for the constitutional prerogatives of local authorities, on one side, and the discretion of the legislator (as well as the limit of public resources), on the other side.

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *I principi costituzionali sull'autonomia finanziaria degli enti territoriali.* – 3. *Principi e prassi dell'autonomia finanziaria di entrata dei comuni.* – 3.1. *Autonomia finanziaria comunale e perequazione.* – 3.1.1. *Sulla natura (orizzontale o verticale) del fondo di solidarietà comunale.* – 3.1.2. *I criteri di redistribuzione del Fsc: il rapporto fra capacità fiscale e fabbisogni standard.* – 3.2. *Gli stanziamenti statali sul Fsc negli anni della pandemia.* – 3.3. *Le risorse aggiuntive stanziato con le leggi di bilancio per il 2021 e il 2022.* – 4. *Qualche riflessione conclusiva.*

1. *Premessa*

Il presente contributo si colloca nello scenario di quella che può essere definita come la parabola dell'autonomia finanziaria dei comuni sul versante delle entrate e si propone di concentrare la riflessione, in particolare, sul tema degli strumenti perequativi e della garanzia delle prestazioni connesse ai diritti fondamentali.

La perequazione a livello comunale, più precisamente, sembra assomigliare a un vero e proprio dramma in tre atti: il primo atto narra del modello perequativo previsto dalla Costituzione; nel secondo atto si dispiega il modello perequativo tracciato dalla legislazione ordinaria e, in particolare, dalla legge n. 42 del 2009 e dai relativi decreti attuativi; nel terzo atto, infine, si consumano le mutazioni che si sono riversate sul fondo di solidarietà comunale (Fsc), anzitutto negli anni della crisi finanziaria e, successivamente, in quelli dell'emergenza pandemica e nella prima fase attuativa del Pnrr.

2. *I principi costituzionali sull'autonomia finanziaria degli enti territoriali*

Da un punto di vista generale, occorre ricordare che il titolo V della parte II della Costituzione, nella formulazione consegnata dalla riforma costituzionale del 2001, tratteggia, nell'art. 119 Cost., un modello di federalismo fiscale “tendenzialmente cooperativo”, caratterizzato da “un discreto riconoscimento, almeno potenziale degli enti sub-statali” (1). Tale è, infatti, la lettura maggiormente accreditata dei novellati articoli 117 e 119 Cost., da cui si ricava, rispettivamente, l'attribuzione della competenza legislativa residuale alle regioni, in relazione ai tributi regionali e locali non istituiti da legge statale (2), nonché l'espresso riconoscimento di risorse autonome per gli enti territoriali, con la possibilità di

(*) M. Bergo è ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Modena-Reggio Emilia e assistente di studio presso la Corte costituzionale. L'articolo costituisce la versione ampliata e aggiornata del contributo dal titolo *Autonomia finanziaria comunale e sistema perequativo: fra mito e realtà*, destinato al volume G. Colombini (a cura di), *Il comune nella finanza globale: i conti pubblici nel “front office” dello Stato alla prova del NGUE* (Atti del IV Convegno nazionale di contabilità pubblica, Venezia, 16-18 dicembre 2021), Napoli, Editoriale scientifica, 2023, in corso di pubblicazione.

(1) Così L. Antonini, voce *Federalismo fiscale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., vol. X, 410.

(2) *Ex plurimis*, v. F. Gallo, *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Rass. trib.*, 2002, 589.

stabilire e attuare tributi ed entrate propri, “in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario” (art. 119, secondo comma, Cost.).

L’adozione della legge delega sul federalismo fiscale (l. 5 maggio 2009, n. 42, “Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’art. 119 della Costituzione”) e dei successivi decreti attuativi in materia di autonomia impositiva locale e regionale (rispettivamente, d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, “Disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale” e d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68, “Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario”), che sembravano inaugurare una nuova stagione creativa delle potenzialità espresse dal titolo V, avvenuta con un ritardo di quasi dieci anni dalla riforma e che in qualche modo rappresentano una prima parziale attuazione dell’art. 119 Cost., sono stati oggetto, com’è noto, di successivi interventi e modifiche apportati in modo assolutamente disorganico e quasi sempre ispirati a logiche meramente contingenti, che hanno portato a quello che è stato qualificato come il sostanziale “fallimento” del federalismo fiscale disegnato dalla riforma costituzionale del 2001 (3).

In un simile contesto, il quadro dell’autonomia finanziaria comunale sul versante delle entrate si rivela assai complesso, proprio in ragione dei ripetuti interventi normativi che si sono finora susseguiti e a seguito dei quali l’assetto complessivo appare a tutt’oggi connotato da molteplici elementi di incertezza.

3. Principi e prassi dell’autonomia finanziaria di entrata dei comuni

A mero titolo ricognitivo, va ricordato che il sistema della fiscalità comunale poggia su quattro principali imposte: l’Imu, la Tasi, la Tari e l’addizionale comunale all’Irpef.

A queste si aggiungono – oltre ai trasferimenti statali (compensativi delle minori entrate locali per effetto di manovre statali a titolo di esenzioni, ecc.) e alle entrate “perequative” distribuite dal fondo di solidarietà comunale – le tradizionali entrate fiscali locali, quali: l’imposta di soggiorno (o imposta di sbarco, per le isole minori); l’addizionale comunale sui diritti di imbarco; l’imposta di scopo (Iscop); la Tosap; l’imposta comunale sulla pubblicità-diritto sulle pubbliche affissioni; il canone di installazione di mezzi pubblicitari; il canone per l’occupazione di spazi ed aree pubbliche (Cosap).

L’assetto normativo previsto dal d.lgs. n. 23 del 2011 per le entrate comunali era funzionale a garantire non solo la semplificazione del previgente assetto (l’Imu sostituiva, per la componente immobiliare, l’imposta sul reddito delle persone fisiche e le relative addizionali dovute, in relazione ai redditi fondiari attinenti ai beni non locati e l’imposta comunale sugli immobili), ma anche l’*accountability*, perché il contribuente avrebbe potuto verificare con trasparenza, attraverso l’implementazione dei fabbisogni standard (ai sensi del d.lgs. n. 216/2010), la “correttezza” della spesa comunale. Tale meccanismo garantiva pertanto una nuova possibilità di controllo democratico sull’azione impositiva e amministrativa degli enti locali. Questa era la *ratio* del d.lgs. n. 23 del 2011.

Tuttavia, dopo una prima fase, in cui si era cercato di rafforzare l’autonomia finanziaria degli enti territoriali, si è gradualmente registrato – per una serie di fattori anche economici e finanziari – un peso sempre maggiore del coordinamento statale (attuato e inteso anche dal Giudice delle leggi, come contenimento della spesa) e della finanza derivata, ovvero un ritorno ai trasferimenti e a forme di entrata direttamente regolate dal centro, con la conseguenza di una contrazione dell’autonomia finanziaria comunale.

A partire dal d.l. n. 201 del 2011, c.d. “decreto Salva Italia”, che ha introdotto una riserva statale sull’Imu (una sorta di compartecipazione statale sulla più importante imposta comunale, per cui lo Stato trattiene all’erario una quota del tributo relativa agli immobili produttivi che resta sottratta ai comuni), si sono susseguiti – nel giro di dieci anni – oltre venti sconordinati interventi normativi (molti dei quali recavano significativamente nell’*incipit* “[n]elle more di una complessiva riforma della disciplina dell’imposizione fiscale sul patrimonio immobiliare”), i quali, oltre a modificare la struttura dell’imposta o a disporre tagli alle misure comunali, ne hanno innovato aspetti secondari (dalla c.d. “mini-Imu”, all’Imu sui c.d. “beni merce”), rendendone sempre più incerto il gettito. La legge di bilancio per il 2020 ha poi introdotto una complessiva riforma dell’assetto dell’imposizione immobiliare locale, con l’unificazione delle due videnti forme di prelievo (l’Imu e la Tasi) in un unico tributo.

Sulle imposte comunali si è quindi avvicinata una lunga e disorganica serie di interventi normativi, che hanno progressivamente eroso l’autonomia di entrata degli enti di prossimità, su tre versanti: 1) le manovre agevolative sui tributi dei comuni non sono state compensate da adeguati trasferimenti compensativi da parte dello Stato; 2) una quota importante del gettito dell’Imu riferito ai fabbricati di categoria D (industriali) è trattenuta dallo Stato; 3) un’altra quota consistente dell’Imu (pari al 22,43%) è parimenti trattenuta dall’erario, per alimentare il fondo di solidarietà comunale.

A questo quadro, si sono aggiunte le misure di concorso alla finanza pubblica che lo Stato ha imposto anche ai comuni, per effetto delle quali, dal 2015 al 2020, si è giunti a un “trasferimento negativo”, nel senso che è stato il comparto dei comuni a trasferire risorse allo Stato (4).

(3) *Ex plurimis*, v. L. Antonini, *Un “requiem” per il federalismo fiscale*, in <www.federalismi.it>, 10 agosto 2016, spec. 4 ss.

(4) Cfr. Camera dei deputati, Servizio studi, *Le risorse per i comuni. Il fondo di solidarietà comunale e il Fondo per l’esercizio delle funzioni degli enti locali*, marzo 2021.

3.1. *Autonomia finanziaria comunale e perequazione*

Un aspetto di considerevole rilevanza per la comprensione dell'intero assetto della finanza locale è quello relativo alla natura – verticale o orizzontale – del fondo perequativo di cui all'art. 119, terzo comma, Cost., funzionale alla perequazione delle risorse necessarie a finanziarie integralmente le funzioni attribuite agli enti territoriali (art. 119, quarto comma, Cost.) e al quale è riconducibile il Fsc.

Nell'assetto previsto dall'art. 119 Cost., infatti, i trasferimenti perequativi, unitamente ai tributi propri e alle partecipazioni al gettito di tributi erariali, devono consentire il finanziamento integrale delle funzioni conferite agli enti locali, secondo il c.d. “*principio del parallelismo fra risorse e funzioni*” stabilito nel quarto comma della disposizione costituzionale (5).

In proposito, è utile ricordare che sebbene esistano numerosi approcci alla perequazione fiscale, sostanzialmente i programmi perequativi possono essere orizzontali o verticali. Negli schemi perequativi verticali, c.d. “*paterni*”, i trasferimenti di riequilibrio avvengono tra lo Stato e le amministrazioni locali; invece, nel caso della perequazione orizzontale, c.d. “*fraterna*”, i trasferimenti si realizzano tra i governi sub-centrali dello stesso livello.

Alla luce di questa suddivisione, mentre il tenore letterale dell'art. 119, quinto comma, Cost. consentirebbe di ritenere indubbia la natura verticale del relativo fondo perequativo (“lo Stato destina risorse aggiuntive”), altrettanto non sembra potersi affermare con riferimento al fondo perequativo di cui all'art. 119, terzo comma, Cost., in relazione al quale la Costituzione non sembra averne definito *a priori* la natura, prefigurando un modello aperto, la cui concreta implementazione è riservata al legislatore nazionale, pur nel rispetto dei principi che ispirano il modello di autonomia finanziaria disegnato dal nuovo titolo V, parte II, della Costituzione (6).

La nutrita serie di pronunce della Corte costituzionale sui fondi perequativi, peraltro, è essenzialmente relativa alle sole ipotesi di fondi introdotti dallo Stato e destinati alle regioni con precisi vincoli di destinazione, i quali sono stati ritenuti costituzionalmente legittimi soltanto nelle materie di competenza legislativa esclusiva statale, con isolate eccezioni giustificate da ragioni di “*continuità*”, o in virtù del carattere trasversale delle materie (*ex plurimis*, sent. n. 61/2018, n. 78/2014, n. 273/2013) (7), ovvero nei casi di “*chiamata in sussidiarietà*” di funzioni amministrative al livello centrale, nel rispetto delle ben note condizioni individuate dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 303 del 2003 (8).

Argomentazioni che – se da un lato confermano la natura verticale dei fondi di cui al quinto comma dell'art. 119 Cost. – poco aggiungono con specifico riferimento ai fondi riconducibili all'art. 119, terzo comma, Cost.

3.1.1. *Sulla natura (orizzontale o verticale) del fondo di solidarietà comunale*

In attuazione dell'art. 119, terzo comma, Cost., l'art. 13 della l. n. 42 del 2009 (9) ha declinato la natura del fondo perequativo per i comuni in base alle due tipologie di funzioni di cui tali enti possono essere titolari:

- per le spese riconducibili alle funzioni fondamentali (10), finanziate in base alla differenza fra i fabbisogni standard e le capacità fiscali, in modo che i trasferimenti perequativi possano colmare integralmente le differenze tra i fabbisogni e le capacità fiscali medesime (11), la perequazione è verticale (le risorse dovrebbero, infatti, garantire l'integrale

(5) Al riguardo, v. almeno G. Boggero, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un “mite” tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in <www.rivistaaic.it>, 20 dicembre 2019, nonché M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2021, 121 ss., spec. 162 ss.

(6) Tale orientamento, peraltro, trova conferma nella dottrina maggioritaria, la quale sostiene la natura aperta del fondo perequativo di cui all'art. 119, c. 3, Cost.: cfr., ad es., G. Frasoni, G. della Cananea, *Art. 119*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, Utet, 2006, 2362 ss., spec. 2375; G. Zizzo, *Perequazione e sistema tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 1103; M. Belletti, *Prove (poco gradite) di regionalismo cooperativo. Nota a sent. n. 216 del 2008*, in *Regioni*, 2008, 983; C. Salazar, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e “flessibilizzazione” (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, *ivi*, 2004, 1026; ancorché individuandone le criticità, L. Antonini, voce *Federalismo fiscale (diritto costituzionale)*, *cit.*, spec. 412 ss.; P. Giarda, *Perequazione dei fabbisogni e della capacità fiscale: una rivisitazione del d.lgs. 56/2000*, Bologna, il Mulino, 2005, il quale osserva come l'elevata numerosità ed eterogeneità di province e comuni renderebbe impraticabile una perequazione di tipo orizzontale, a differenza invece delle regioni, per le quali il modello perequativo potrebbe essere anche di tipo orizzontale. Analogamente, al riguardo, cfr. U. Galmarini, L. Rizzo, *Spesa standard e perequazione della capacità fiscale dei comuni trentini: una proposta di attuazione della legge di riforma istituzionale*, in A. Petretto, G. Pignataro (a cura di), *Economia del capitale umano. Istituzioni, incentivi e valutazioni* (Atti del convegno Siep, Pavia, 13-14 settembre 2007), Milano, Angeli, 2008.

(7) Per una prima lettura della giurisprudenza, v. M. de Nes, *Fondi statali vincolati in materie regionali: una giurisprudenza (im)prevedibile*, in *Giur. cost.*, 2014, 1972.

(8) *Ex multis*, in proposito, v. Corte cost. n. 179/2022, n. 246/2019, nn. 74 e 71/2018, n. 79/2011, n. 168/2008, n. 222/2005 e n. 255/2004.

(9) Rubricato “*Principi e criteri direttivi concernenti l'entità e il riparto dei fondi perequativi per gli enti locali*”.

(10) Ai sensi del d.lgs. 26 novembre 2010, n. 216 (“*Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di comuni, città metropolitane e province*”), adottato in attuazione della delega contenuta nella l. n. 42/2009, le funzioni fondamentali dei comuni sono: 1) organizzazione generale dell'amministrazione; 2) servizi pubblici di interesse comunale (incluso il Tpl); 3) catasto; 4) edilizia scolastica; 5) polizia locale; 6) servizi sociali; 7) pianificazione urbanistica ed edilizia comunale; 8) rifiuti.

(11) L'art. 13, c. 1, lett. a), della l. n. 42/2009, dopo aver previsto l'“*istituzione nel bilancio delle regioni di due fondi, uno a favore dei comuni, l'altro a favore delle province e delle città metropolitane, alimentati da un fondo perequativo dello Stato alimentato dalla fiscalità*”

fabbisogno commisurato al livello essenziale delle prestazioni); ma, dal momento che i Lep non sono stati ancora definiti, la quantificazione delle risorse necessarie assurge al livello di una sorta di nebulosa.

- per le spese destinate alle funzioni non fondamentali, in relazione alle quali i trasferimenti perequativi devono ridurre soltanto in parte le differenze esistenti tra i comuni in termini di capacità fiscale standard (12), la perequazione può essere anche orizzontale.

Ai fini della perequazione integrale delle spese connesse alle funzioni fondamentali, perciò, l'art. 13 della l. n. 42 del 2009 ha previsto l'istituzione di un "fondo perequativo", a carattere verticale, la cui ripartizione è operata in base alle differenze tra il valore della spesa standardizzata e il valore del gettito standard riferito alle entrate proprie.

In attuazione di questo principio, il d.lgs. n. 23 del 2011 aveva istituito il fondo sperimentale di riequilibrio, a carattere verticale, alimentato da trasferimenti statali e da compartecipazioni al gettito di tributi erariali, finalizzato a "realizzare in forma progressiva e territorialmente equilibrata la devoluzione ai comuni della fiscalità immobiliare" (13).

Si trattava di un fondo provvisorio, di durata triennale, che però già dal 2013 è stato sostituito dal fondo di solidarietà comunale (Fsc), ai sensi dell'art. 1, c. 380, lett. b), della l. 24 dicembre 2012, n. 228.

Rispetto all'assetto del fondo sperimentale di riequilibrio, il Fsc presenta(va) – almeno in origine – una natura mista (orizzontale e verticale), essendo alimentato prevalentemente dagli stessi comuni mediante la trattenuta di una parte del gettito standard derivante dall'Imu e da una quota minoritaria di risorse trasferite dallo Stato. In particolare, si distinguevano:

- una componente orizzontale, finanziata da una quota di Imu – pari inizialmente nel 38,23%, ora invece è pari al 22,43% – e definita con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, previo accordo da sancire presso la Conferenza Stato-città e autonomie locali (14);

- una componente verticale, in cui il concorso iniziale dello Stato al finanziamento del Fsc era fissato in 1.833,5 milioni di euro, che portava la dotazione complessiva del fondo nel 2013 a circa euro 6,5 miliardi (di cui, quindi, circa 4,7 miliardi erano di apporto comunale, ossia "orizzontale"; mentre 1,8 miliardi erano apporto statale, cioè "verticale") (15).

Sul Fsc così strutturato, che si potrebbe definire "sbilanciato" in senso orizzontale, a partire dal 2010 si sono riverse alcune "mutazioni" (16):

- i tagli determinati dalle misure di finanza pubblica a carico dei comuni a partire dal 2010, che hanno fortemente inciso sulle risorse effettivamente disponibili, azzerando la componente verticale del Fsc ed erodendo le stesse quote versate dai comuni (17) (hanno cioè inciso tanto sulla componente verticale, quanto, di fatto, su quella orizzontale);

generale con indicazione separata degli stanziamenti per le diverse tipologie di enti, a titolo di concorso per il finanziamento delle funzioni da loro svolte", stabilisce espressamente che "la dimensione del fondo è determinata, per ciascun livello di governo, con riguardo all'esercizio delle funzioni fondamentali, in misura uguale alla differenza tra il totale dei fabbisogni standard per le medesime funzioni e il totale delle entrate standardizzate di applicazione generale spettanti ai comuni e alle province ai sensi dell'articolo 12, con esclusione dei tributi di cui al comma 1, lettere d) ed e), del medesimo articolo e dei contributi di cui all'articolo 16, tenendo conto dei principi previsti dall'articolo 2, comma 2, lett. m), numeri 1) e 2), relativamente al superamento del criterio della spesa storica".

(12) L'art. 13, c. 1, lett. f), della l. n. 42/2009 stabilisce che "per le spese relative all'esercizio delle funzioni diverse da quelle fondamentali, il fondo perequativo per i comuni e quello per le province e le città metropolitane sono diretti a ridurre le differenze tra le capacità fiscali, tenendo conto, per gli enti con popolazione al di sotto di una soglia da individuare con i decreti legislativi di cui all'articolo 2, del fattore della dimensione demografica in relazione inversa alla dimensione demografica stessa e della loro partecipazione a forme associative".

(13) Così l'art. 2, c. 3, del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23 ("Disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale"). L'art. 2, cc. 1 e 2, del medesimo d.lgs. individuava le fonti di finanziamento del fondo sperimentale di riequilibrio, alimentato per 2.889 milioni dalla compartecipazione Iva e per 8.376 milioni da tributi attribuiti ai comuni relativi ad immobili ubicati nel loro territorio. Inoltre, venivano conservati trasferimenti erariali non fiscalizzati per circa 610,6 milioni di euro, da assegnarsi ai comuni come spettanza ed erogati alle scadenze indicate nel d.m. interno 21 febbraio 2002. Il fondo sperimentale di riequilibrio comunale è stato determinato per gli anni 2011 e 2012 con decreti del Ministro dell'interno, costituiti rispettivamente, dal d.m. 21 giugno 2011 (per 8.375,9 milioni) e dal d.m. 4 maggio 2012 (per 6.825,4 milioni).

(14) Negli anni tale quota è variata, passando dal 38,23% nel 2015, al 22,43% nel 2016, dopo l'abolizione della Tasi sull'abitazione principale.

(15) Il Fsc è iscritto nel capitolo di spesa 1365 "Fondo di solidarietà comunale" dello stato di previsione del Ministero dell'interno. In entrata, invece, è il capitolo 3697 "Versamento dell'imposta municipale propria di spettanza dei comuni da destinare al fondo di solidarietà comunale". Nel 2013, la quota a carico dei comuni era pari ad euro 4.717,9 milioni; quella dello Stato pari ad euro 1.833,5 milioni, per un totale complessivo pari ad euro 6.551,4. Tale importo, sommato a circa 10,6 miliardi di Imu che rimaneva ai comuni, portava il totale delle entrate locali a 17 miliardi.

(16) Per un approfondimento, in questo senso, v. L. Antonini, *Un "requiem" per il federalismo fiscale*, cit.

(17) A quanto previsto dall'art. 28, c. 7, del d.l. n. 201/2011, si sommano i tagli di cui all'art. 16, c. 6, del d.l. n. 95/2012, il quale ha previsto che il fondo sperimentale di riequilibrio, il fondo perequativo e i trasferimenti erariali siano ridotti di euro 500 milioni per il 2012, di euro 2.250 milioni per il 2013, di euro 2.500 milioni per il 2014 e di euro 2.600 milioni a decorrere dal 2015. L'art. 1, c. 435, della l. n. 190/2014 ha previsto che la dotazione del fondo di solidarietà comunale sia ridotta di 1.200 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2015. L'art. 47, c. 8, del d.l. n. 66/2014 ha previsto per i comuni un contributo alla finanza pubblica pari ad euro 375,6 milioni per il 2014 e pari ad euro 563,4 milioni per ciascuno degli anni dal 2015 al 2017. Il Fsc è perciò corrispondentemente ridotto dei medesimi importi per

- l'abolizione dell'Imu e della Tasi sull'abitazione principale e le molteplici revisioni dell'Imu, nonché le esenzioni applicate all'Imu sui terreni agricoli e sui macchinari, che hanno ridotto il gettito dei tributi locali per i comuni, e sono state compensate da trasferimenti statali. La dotazione del Fsc, infatti, è stata corrispondentemente incrementata da questi trasferimenti statali, al fine di garantire le risorse necessarie a compensare i comuni delle minori entrate, ma si tratta della componente "ristorativa" del fondo, che costituisce peraltro una mera partita di giro (18).

Per effetto congiunto di queste misure, dunque, la struttura del Fsc, fatta eccezione per la quota compensativa destinata alla compensazione delle minori entrate Imu-Tasi (su cui peraltro sono stati ugualmente applicati dei tagli), è divenuta interamente orizzontale, risultando il fondo alimentato esclusivamente dai comuni, attraverso il gettito dell'imposta municipale propria (19).

3.1.2. I criteri di redistribuzione del Fsc: il rapporto fra capacità fiscale e fabbisogni standard

Ai profili critici fin qui evidenziati, dovuti sostanzialmente alla progressiva riduzione di risorse statali di alimentazione del Fsc, si aggiungono le problematiche legate ai criteri di calcolo della capacità fiscale, la quale, ai sensi dell'art. 13, c. 1, lett. e), della l. n. 42 del 2009, rappresenta la misura della capacità di prelievo di un ente (ossia, di gettito potenziale) al netto dello sforzo fiscale (in altri termini, l'aumento delle aliquote disposto dai singoli comuni non incide sulla capacità fiscale). Ai fini del riparto perequativo delle risorse, la capacità fiscale viene confrontata con le risorse standard, calcolate in base ai fabbisogni standard e alla popolazione (20).

L'applicazione di tale criterio – basato quindi sul rapporto fra le capacità fiscali e i fabbisogni standard – per la redistribuzione in termini perequativi delle risorse del fondo di solidarietà comunale ha prodotto fin dal principio alcune distorsioni, che hanno richiesto, a più riprese, l'intervento del legislatore per l'individuazione di meccanismi correttivi in grado di contenere il differenziale di risorse redistribuite, rispetto a quelle storiche di riferimento. Tali correttivi hanno avuto a oggetto tanto le tempistiche di progressione del passaggio al nuovo criterio (nel senso di un rallentamento), quanto le modalità di calcolo dei criteri, nonché le modalità di riparto del fondo stesso (21).

Fra i criteri selezionati per calcolare la capacità fiscale ai fini della perequazione è previsto uno specifico correttivo mirato a limitare gli effetti distorsivi dell'evasione fiscale, c.d. *tax gap* "evasione" (22). È stata, infatti, considerata la differenza tra il gettito teorico e quello effettivo, entrambi calcolati secondo l'aliquota base, per evitare che il calcolo delle capacità fiscali subisse gli effetti distorsivi dell'evasione fiscale o della mancata riscossione dei tributi. Nel calcolo della capacità fiscali, perciò, viene potenzialmente azzerata – o quantomeno ridotta – la distorsione prodotta dalla mancata riscossione o dall'evasione fiscale.

Altrettanto non avviene con riferimento ai valori catastali degli immobili, rispetto ai quali, com'è noto, i comuni italiani si sono mossi in ordine sparso.

Qualora un comune aggiorni la rendita catastale dei propri immobili, di fatto aumenta la base imponibile dell'imposta (immobiliare), elemento determinante ai fini del calcolo della capacità fiscale. La mancanza di un meccanismo correttivo che consideri gli effetti dell'aggiornamento dei valori catastali produce una irragionevole penalizzazione per

ciascun anno di riferimento. L'art. 7, c. 3, del d.l. n. 78/2015 ha previsto poi, per il 2015 e gli anni successivi, che la riduzione di risorse relativa ai comuni e alle province di cui all'art. 16, cc. 6 e 7, del d.l. n. 95/2012, venga effettuata mediante l'applicazione della maggiore riduzione, rispettivamente di 100 milioni di euro per i comuni e di 50 milioni di euro per le province, in proporzione alle riduzioni già effettuate per l'anno 2014 a carico di ciascun comune e di ciascuna provincia.

(18) A tal fine, il Fsc è stato incrementato di una quota c.d. "compensativa" del mancato gettito, quantificata in euro 3.767,45 milioni a carico dello Stato, che viene ripartita ogni anno tra i comuni interessati sulla base del gettito effettivo Imu e Tasi derivante dagli immobili esentati relativo all'anno 2015.

(19) Cfr. Corte conti, Sez. autonomie, 11 dicembre 2019, n. 40, Audizione sui sistemi tributari delle regioni e degli enti territoriali nella prospettiva dell'attuazione del federalismo fiscale e dell'autonomia differenziata, laddove si osserva che "[i]l Fsc non è quindi idoneo a garantire la perequazione integrale dei fabbisogni standard dei comuni per due ragioni principali. In primo luogo, per la mancanza della componente verticale, atteso che il totale delle risorse da sottoporre alla perequazione è limitato al totale delle capacità fiscali comunali, escludendo totalmente l'intervento erariale (nel 2018 il totale dei fabbisogni standard ammonta a 35.148 mln, mentre il totale delle capacità fiscali è pari a 25.246 mln); e in secondo luogo, perché alcune modalità di calcolo dei trasferimenti non rispondono in pieno alle esigenze rappresentate".

(20) Dal punto di vista attuativo, poi, ai sensi dell'art. 1-bis del d.l. n. 113/2016, come convertito in legge, i criteri di calcolo della capacità fiscale sono annualmente definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze che adotta la stima e la nota metodologica della capacità fiscale, i cui risultati confluiscono nel d.p.c.m. di riparto del Fsc. Nel caso di modifiche nella metodologia di calcolo, il procedimento di approvazione del decreto ministeriale prevede il preventivo parere delle Commissioni parlamentari (per il federalismo fiscale e bilancio); qualora il decreto debba solo recepire modifiche normative o aggiornamenti del *tax gap*, o variabili di dati, è sufficiente l'intesa in Conferenza Stato-città, e l'approvazione della Commissione per i fabbisogni standard (art. 1-bis del d.l. n. 113/2016, come convertito in legge).

(21) Così il d.p.c.m. 28 marzo 2020 ("Criteri di formazione e di riparto del Fsc 2020"), che recepisce le stime del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 30 ottobre 2018. Analogamente v. il d.m. economia e finanze 11 marzo 2015, nonché la nota metodologica del Ffc 2015, che considerano i medesimi criteri.

(22) Criterio riportato anche nel d.m. economia e finanze 30 ottobre 2018, "Adozione della stima della capacità fiscale per singolo comune delle regioni a statuto ordinario", allegato B, nota tecnica, e impiegato altresì per il riparto del Fsc 2019, 2020 e 2021 (cfr. il d.m. economia e finanze 31 dicembre 2020, "Adozione della stima della capacità fiscale per singolo comune delle regioni a statuto ordinario", art. 1 e allegato B).

quei comuni che hanno aggiornato le rendite catastali degli immobili e premia con la perequazione quelli che presentano ancora le rendite obsolete, senza alcuna correlazione con il reale valore di mercato dell'immobile e, pertanto, con il livello di ricchezza della popolazione (23).

Si tratta di una problematica peraltro già segnalata dalla dottrina, che ha individuato elementi di irrazionalità nel meccanismo di calcolo che considera il “*tax-gap*” derivante dall'evasione (24) – per evitare dunque che la perequazione avvenga in favore di quei comuni che risultano “poveri” solo perché non riscuotono le imposte – ma non il *gap* tra i valori catastali e i valori di mercato.

La permanenza di un sistema perequativo fondato su un meccanismo di calcolo della capacità fiscale che non è ancorato a valori reali, dunque, sembra problematico, tanto in relazione al principio di capacità contributiva, quanto in relazione al principio di democraticità e *accountability* locale, poiché un cittadino di un comune che ha aggiornato le rendite catastali pagherà un'Imu più alta, ma parte di quel gettito andrà ad altri comuni che risultano più poveri solo per non aver aggiornato il valore catastale degli immobili, e non perché questi siano necessariamente meno ricchi. Per effetto di queste distorsioni applicative si verifica pertanto uno “sganciamento” del tributo dal territorio, con ricadute in termini di trasparenza e *accountability* del sistema.

Su questo aspetto va segnalato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 220 del 2021, pronunciandosi, fra l'altro, proprio su una questione di legittimità costituzionale vertente sui criteri di riparto del Fsc, ha riconosciuto espressamente la presenza di distorsioni, in conseguenza della redistribuzione del Fsc secondo il criterio del rapporto fra fabbisogno standard e capacità fiscale, ma ha rigettato la questione, affermando che le criticità lamentate dai ricorrenti nel caso di specie rappresentano una sorta di inconveniente di fatto, poiché traggono origine non tanto dalla norma censurata, ma dal mancato aggiornamento dei valori catastali degli immobili (25).

3.2. *Gli stanziamenti statali sul Fsc negli anni della pandemia*

Nel corso degli anni 2020 e 2021, in attuazione dei provvedimenti emergenziali per il Covid-19, sono state stanziati e trasferite ingenti risorse al comparto degli enti locali, formalmente in “compensazione” del mancato gettito per le misure di contenimento del virus.

Va ricordato in proposito che l'art. 106 del d.l. n. 34 del 2020 (26) ha istituito un fondo per destinare risorse aggiuntive ai comuni, volto al finanziamento delle funzioni degli enti locali, pari complessivamente a 3,5 miliardi di euro, in relazione alla possibile perdita di entrate locali connesse all'emergenza Covid-19 (27).

Successivamente, l'art. 39, c. 1, del d.l. n. 104 del 2020 ha previsto l'incremento di detto fondo speciale per il 2020 di ulteriori euro 1,67 miliardi, portando il totale a circa euro 5,17 miliardi (28).

In aggiunta a quanto stanziato per il 2020 dal d.l. n. 34 del 2020, l'art. 1, c. 822, della l. n. 178 del 2020 (legge di bilancio per il 2021) ha provveduto alla integrazione del fondo per le funzioni degli enti locali anche per il 2021, stanziando complessivamente euro 500 milioni da ripartire fra comuni (450 milioni) e città metropolitane e province (50 milioni) (29).

(23) Per il solo fatto di non aver aggiornato le rendite catastali, un comune può ricevere risorse in perequazione dai comuni che hanno aggiornato le rendite, senza che a questo trasferimento corrisponda una effettiva minore ricchezza: se un comune ha effettuato rivalutazioni catastali non si verifica, infatti, una maggiore ricchezza dei cittadini, ma solo una maggiore pressione fiscale, posto che la ricchezza dei cittadini è data dai valori di mercato, non da quelli catastali. La perequazione così attuata non considera perciò un dato che secondo l'*id quod plerumque accidit* influisce direttamente sul calcolo delle capacità fiscali, poiché attiene alla valutazione della base imponibile su cui viene calcolata l'Imu; al riguardo, cfr. L. Antonini, *Il fondo di solidarietà comunale e i principi della perequazione tra giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Rass. trib.*, 2018, 495.

(24) Cfr. L. Antonini, *Il fondo di solidarietà comunale e i principi della perequazione tra giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, cit.; M. Aulenta, *Flessi inter-istituzionali nelle riforme del catasto*, in *Riv. dir. fin.*, 2016, I, 364, spec. par. 6.2; A. Banfi, *L'introduzione dei fabbisogni standard nei finanziamenti ai comuni: la montagna ha partorito un topolino?*, in <www.osservatoriocpi.unicatt.it>, 15 aprile 2019.

(25) Sul tema, diffusamente, cfr. G. Rivosecchi, *La tutela dei principi della finanza locale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 2022, 341.

(26) Rubricato “Fondo per l'esercizio delle funzioni degli enti locali”.

(27) Il fondo è stato ripartito con d.m. interno 24 luglio 2020, secondo i criteri stabiliti con d.m. 16 luglio 2020, sulla base dell'intesa acquisita in Conferenza Stato-città.

(28) La disposizione stabilisce che “Ai fini del ristoro della perdita di gettito degli enti locali connessa all'emergenza epidemiologica da Covid-19, al netto delle minori spese e delle risorse assegnate dallo Stato a compensazione delle minori entrate e delle maggiori spese, la dotazione del fondo di cui al comma 1 dell'articolo 106 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, è incrementata di 1.670 milioni di euro per l'anno 2020, di cui 1.220 milioni di euro in favore dei comuni e 450 milioni di euro in favore di province e città metropolitane”.

(29) La disposizione stabilisce che “Il fondo per l'esercizio delle funzioni degli enti locali di cui all'articolo 106 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, come rifinanziato dall'articolo 39 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, è ulteriormente incrementato di 500 milioni di euro per l'anno 2021, di cui 450 milioni di euro in favore dei comuni e 50 milioni di euro in favore delle città metropolitane e delle province”.

Tali risorse sono state distribuite secondo criteri articolati, che tengono conto delle specificità dei territori, come documentano le tre note metodologiche adottate con decreti del Ministero dell'interno, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, rispettivamente del 16 luglio, dell'11 novembre e del 14 dicembre 2020 (30).

Le risorse così distribuite ai comuni, benché sottoposte a una procedura di rendicontazione, da effettuarsi entro il termine perentorio del 31 maggio 2021, qualora non impiegate nel corso del 2020 (31), possono essere iscritte nel bilancio di previsione per il 2021 fra le risorse vincolate, e potranno perciò essere impegnate anche successivamente per l'esercizio di funzioni loro attribuite (32).

Va precisato, peraltro, che i menzionati trasferimenti sono gravati da un doppio vincolo di destinazione, perché lo Stato ha distribuito risorse agli enti locali vincolandole al finanziamento delle funzioni correlate ai servizi sociali e al potenziamento degli asili nido. Ciò, evidentemente, pone un rilevante problema di possibile difformità con il vigente modello costituzionale, il quale prevede espressamente che i fondi perequativi debbano essere privi di vincoli di destinazione per consentire agli enti territoriali di spendere le relative risorse secondo le proprie autonome determinazioni (33).

La questione non è stata fino ad oggi affrontata dal Giudice delle leggi (34), che tuttavia ha avuto modo di pronunciarsi sugli stanziamenti in esame nella già richiamata sentenza n. 220 del 2021; in quella sede, nel rigettare una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Liguria su iniziativa del Consiglio delle autonomie locali, vertente sulla riduzione della "componente verticale" del Fsc, la Corte ha espressamente affermato che le risorse stanziolate dello Stato per le funzioni fondamentali dei comuni con i decreti Covid segnano una soluzione di continuità rispetto alla precedente stagione dei tagli, tracciando un "complessivo ripristino dei trasferimenti erariali agli enti territoriali, sovvenendo in parte anche ai tagli imposti negli anni della crisi finanziaria" (35).

A sostegno della propria decisione, la Corte ha richiamato la propria costante giurisprudenza in materia e ha ribadito che «le norme incidenti sull'assetto finanziario degli enti territoriali non possono essere valutate in modo "atomistico", ma solo nel contesto della manovra complessiva», posto che, nel rapporto tra funzioni da finanziare e risorse, la riassetgnazione di queste ultime "è priva di qualsiasi automatismo e comporta scelte in ordine alle modalità, all'entità e ai tempi, rimesse al legislatore statale" (36).

3.3. Le risorse aggiuntive stanziolate con le leggi di bilancio per il 2021 e il 2022

Gli stanziamenti previsti dai richiamati decreti Covid sono stati integrati più di recente da ulteriori trasferimenti stabiliti dalle leggi di bilancio per il 2021 e per il 2022 (37), che hanno disposto alcuni importanti incrementi della dotazione annuale del fondo di solidarietà comunale, espressamente destinati allo svolgimento di alcune specifiche funzioni fondamentali in ambito sociale (in particolare, servizi sociali, asili nido e trasporto studenti con disabilità).

In aggiunta a quanto stanziato dalla legge di bilancio per il 2021 (art. 1, c. 791) per lo sviluppo e l'ampliamento dei servizi sociali comunali svolti in forma singola o associata dai comuni delle regioni a statuto ordinario, nonché per l'aumento del numero di posti disponibili negli asilo nido comunali nelle medesime regioni, la legge di bilancio per il 2022 (art. 1, c. 564) ha provveduto, più complessivamente, a ridefinire la dotazione a regime del fondo a decorrere dal

(30) Secondo la Ragioneria generale dello Stato le risorse destinate a ristorare gli enti locali delle minori entrate e delle maggiori spese connesse all'emergenza sanitaria Covid-19 ammontano complessivamente a circa 15,6 miliardi per il 2020 e 4,9 miliardi per il 2021.

(31) Gli enti beneficiari che producano una certificazione della perdita di gettito connessa all'emergenza epidemiologica da Covid-19 tra il 31 maggio e il 30 giugno sono assoggettati a una riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio, dei trasferimenti compensativi o del fondo di solidarietà comunale in misura pari all'80%, quota che sale al 90% in caso di trasmissione della certificazione tra il 1° e il 31 luglio, e che raggiunge il 100% in caso di invio successivo al 31 luglio (cfr. art. 39, cc. 2 e 3, d.l. n. 104/2020).

(32) Ai sensi del c. 823 dell'art. 1 della l. n. 178/2020, "le risorse non utilizzate alla fine di ciascun esercizio confluiscono nella quota vincolata del risultato di amministrazione e non possono essere svincolate ai sensi dell'art. 109, comma 1-ter, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e non sono soggette ai limiti previsti dall'art. 1, commi 897 e 898, della legge 30 dicembre 2018, n. 145". Ciò sta a significare che le risorse non utilizzate nel corso del 2020, così come quelle destinate a ristorare specifiche spese, dovranno essere riportate, in occasione della redazione del rendiconto, tra le risorse vincolate del risultato di amministrazione e nell'allegato "a2)", mentre in nota integrativa ne verrà dettagliata la composizione; nelle more dell'approvazione del rendiconto della gestione 2020 e in caso di utilizzo anticipato delle suddette quote vincolate nel bilancio di previsione 2021/2023, tali somme devono risultare dal prospetto dell'avanzo di amministrazione presunto, oltre che nell'allegato "a2)". Al riguardo, cfr. L. Fazzi, G. Vanni, *Modello di Certificazione della "Perdita di gettito": approvato il Decreto correttivo*, in <www.entilocali-online.it>, 15 marzo 2021.

(33) Cfr., *infra*, par. 3.3.

(34) Va segnalato, peraltro, che – al momento in cui si scrive – è pendente davanti alla Corte costituzionale un ricorso promosso dalla Regione Liguria su iniziativa del Consiglio delle autonomie locali (r.r. n. 26/2022), con cui sono stati impugnati, in relazione agli artt. 5 e 119, commi primo, terzo, quarto e quinto, Cost., proprio i trasferimenti statali ai comuni confluiti nel Fsc e gravati dai richiamati vincoli di destinazione, così come disciplinati dall'art. 1, cc. 172, 174 e 563, della l. n. 234/2021 (su cui ci si soffermerà subito *infra*).

(35) Cfr. Corte cost. n. 220/2021, punto 5.3.2 del Considerato in diritto.

(36) *Ibidem*, con l'esplicito richiamo a quanto già affermato in Corte cost. n. 83/2019.

(37) Cfr., rispettivamente, la l. 30 dicembre 2020, n. 178 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023") e la l. 30 dicembre 2021, n. 234 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024").

2022 – intervenendo sul c. 448 dell’art. 1 della l. n. 232 del 2016 (38) – al fine di ricomprendervi le integrazioni di risorse specificamente recate dai commi 172-173 (potenziamento asili nido), 174 (trasporto dei disabili) e 563 (finanziamento dei servizi in materia sociale a favore dei comuni della Regione Siciliana e della Regione Sardegna) della legge medesima.

Anche in questo caso, occorre segnalare che, rispetto alle precedenti componenti verticali del Fsc, gli incrementi del fondo disposti dalle due menzionate leggi di bilancio sono gravati da un vincolo di destinazione, ossia tali risorse vengono ripartite fra i comuni sulla base dei fabbisogni standard per il finanziamento delle funzioni, rispettivamente, “Servizi sociali”, “Asili nido”, “Istruzione pubblica” (precisamente, per il trasporto degli studenti con disabilità). Per assicurare che le risorse aggiuntive siano effettivamente destinate al potenziamento dei predetti servizi, le norme prevedono, peraltro, l’attivazione di un sistema di monitoraggio dell’utilizzo delle risorse e del raggiungimento di determinati livelli dei servizi offerti.

In particolare, quanto agli *asili nido*, il c. 172 dell’art. 1 della l. n. 234 del 2021 ha sostituito la lett. d-*sexies*) del c. 449 dell’art. 1 della l. n. 232 del 2016, i cui contenuti possono così sintetizzarsi:

- ai fini dell’obiettivo dell’incremento dell’offerta, contiene un richiamo più puntuale ai servizi educativi per l’infanzia di cui all’art. 2, c- 3, lett. a), del d.lgs. n. 65 del 2017 (39);
- richiede come Lep, benché non lo definisca più tale (40), il “raggiungimento di un livello minimo che ciascun comune o bacino territoriale è tenuto a garantire”, consistente nel numero di posti pari al 33% della popolazione tra 3 e 36 mesi, da raggiungere nel 2027, anche attraverso il servizio privato;
- prevede che a tale livello si pervenga mediante obiettivi di servizio intermedi (fissando come prioritario il conseguimento da parte di tutti i comuni della percentuale del 28,88);
- rinvia a un decreto ministeriale (previa intesa in Conferenza Stato-città ed autonomie locali) sia il riparto del contributo «tenendo conto, ove disponibili, dei costi standard per la funzione “Asili nido” approvati» dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard, sia la disciplina degli “obiettivi di potenziamento dei posti di asili nido da conseguire, per ciascuna fascia demografica del bacino territoriale di appartenenza, con le risorse assegnate, e le modalità di monitoraggio sull’utilizzo delle risorse stesse”.

Con d.m. 19 luglio 2022 il contributo di cui alla citata lett. d-*sexies*) è stato ripartito sulla base dei criteri e delle modalità esplicitate nella nota metodologica approvata dalla Ctfs, che indica anche l’obiettivo di servizio assegnato per l’anno 2022 a ciascun comune beneficiario delle risorse in termini di utenti aggiuntivi per i servizi educativi per l’infanzia.

Lo stesso decreto prescrive ai comuni che ricevono tali risorse di “destinare le risorse finalizzate al potenziamento” (art. 1, c. 3) dei suddetti servizi e di “certifica[re] il raggiungimento dell’obiettivo di servizio attraverso la compilazione della scheda di monitoraggio” diffusa dalla Ctfs (art. 2, c. 1) (41). I comuni non beneficiari sono comunque tenuti a compilare la suddetta scheda “limitatamente alle parti relative al monitoraggio del servizio sul territorio” (art. 2, c. 3).

Quanto al *servizio di trasporto di studenti disabili*, il c. 174 dell’art. 1 della l. n. 234 del 2021 ha previsto una ulteriore quota di finanziamento verticale statale del Fsc, finalizzata all’incremento del numero di studenti disabili ai quali è fornito il servizio di trasporto per raggiungere la sede scolastica.

A tal fine, sempre all’interno del più volte richiamato c. 449 dell’art. 1 della l. n. 232 del 2016, è stata inserita una lett. d-*octies*) (42), in base alla quale:

(38) Da ultimo aggiornato, quanto alla dotazione complessiva per l’anno 2023, dall’art. 1, c. 774, lett. a), della l. 29 dicembre 2022, n. 197 (“Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025”).

(39) D.lgs. 13 aprile 2017, n. 65 (“Istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni, a norma dell’articolo 1, commi 180 e 181, lettera e, della legge 13 luglio 2015, n. 107”); lo specifico servizio richiamato consiste nei “nidi e micronidi che accolgono le bambine e i bambini tra tre e trentasei mesi di età e concorrono con le famiglie alla loro cura, educazione e socializzazione, promuovendone il benessere e lo sviluppo dell’identità, dell’autonomia e delle competenze. Presentano modalità organizzative e di funzionamento diversificate in relazione ai tempi di apertura del servizio e alla loro capacità ricettiva, assicurando il pasto e il riposo e operano in continuità con la scuola dell’infanzia”.

(40) Sebbene non siano più menzionati i Lep, l’*incipit* dell’art. 1, c. 172, della l. n. 234/2021 esplicita che la novella ha il “fin[e] di rimuovere gli squilibri territoriali nell’erogazione del servizio di asilo nido in attuazione dell’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”. Sul punto, v. A. Zanardi, *Audizione sull’assetto della finanza territoriale e sulle linee di sviluppo del federalismo fiscale*, 11 maggio 2022, consultabile al link <www.mef.gov.it/ministero/commissioni/ctfs/documenti/Audizione-Presidente-CTFS_Zanardi_11-maggio-2022_9.pdf>, il quale ritiene che la fissazione normativa di un livello minimo di copertura in termini quantitativi del servizio pubblico e privato di asili nido equivalga di fatto a un Lep.

(41) È opportuno rilevare che l’art. 14, c. 5, del d.l. n. 115/2022, come convertito, ha aggiunto l’ottavo periodo della lett. d-*sexies*) del c. 449 dell’art. 1 della l. n. 232/2016, esplicitando l’effetto del recupero delle risorse ottenute dai comuni per l’incremento dei posti per gli asili nido nel caso in cui all’esito del monitoraggio, previsto dal settimo periodo della medesima disposizione, le stesse “risultassero non destinate ad assicurare il potenziamento” del suddetto servizio. Si tratta, peraltro, di un effetto che discende dal carattere vincolato delle risorse in questione, destinate al raggiungimento di un Lep e il cui impiego a tale esclusiva finalità era già assistito da un obbligo di monitoraggio in capo ai comuni.

(42) La quota in esame del Fsc è così testualmente disciplinata: «d-*octies*) destinato ai comuni delle regioni a statuto ordinario, della Regione siciliana e della Regione Sardegna, quanto a 30 milioni di euro per l’anno 2022, a 50 milioni di euro per l’anno 2023, a 80 milioni di euro per l’anno 2024, a 100 milioni di euro per ciascuno degli anni 2025 e 2026 e a 120 milioni di euro annui a decorrere dall’anno

- i contributi stanziati annualmente dal 2022 (fino al 2027 in misura crescente, e poi costante) sono assegnati a favore dei comuni delle regioni a statuto ordinario e di quelli della Regione Siciliana e della Regione Sardegna;
- il riparto di tali contributi deve tenere conto, ove disponibili, dei costi standard relativi alla componente trasporto disabili della funzione “Istruzione pubblica” approvati dalla Ctfs (43);
- fino alla definizione dei Lep, con il decreto ministeriale di riparto “sono altresì disciplinati gli obiettivi di incremento della percentuale di studenti disabili trasportati, da conseguire con le risorse assegnate, e le modalità di monitoraggio sull’utilizzo delle risorse stesse”;
- le somme che, a seguito del suddetto monitoraggio, risultassero non destinate ad assicurare l’obiettivo stabilito di incremento degli studenti disabili trasportati gratuitamente sono recuperate a valere sul Fsc attribuito ai comuni interessati o, comunque, sulle risorse agli stessi dovute dal Ministero dell’interno.

Il riparto della quota in esame, per l’anno 2022, è avvenuto ad opera del d.m. 30 maggio 2022, che rinvia all’allegata nota metodologica approvata dalla Ctfs e che, similmente a quanto già visto per i decreti di riparto delle altre quote finalizzate, prescrive a ciascun comune beneficiario di “assicurare il raggiungimento dell’obiettivo di servizio assegnato per l’anno 2022 in termini di studenti con disabilità trasportati, come riportato nell’allegato A alla citata Nota metodologica” (art. 1, c. 2) e di “destinare le risorse finalizzate al potenziamento del servizio di trasporto scolastico degli studenti con disabilità frequentanti la scuola dell’infanzia, la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado, privi di autonomia, di cui al comma 2” (art. 1, c. 3).

Inoltre, ai sensi dell’art. 2 del citato d.m., i comuni beneficiari delle risorse aggiuntive certificano il raggiungimento dell’obiettivo di servizio attraverso la compilazione della scheda di monitoraggio predisposta dalla Ctfs, mentre quelli non beneficiari compilano la scheda limitatamente alle parti relative al monitoraggio del servizio sul territorio (44).

In altri termini, anche in questo caso, come per l’altra componente vincolata prima descritta, i comuni devono spendere le risorse assegnate, pena il loro recupero da parte dello Stato.

Infine, quanto ai *servizi sociali*, la l. n. 234 del 2021, come accennato, ha stanziato all’interno del Fsc ulteriori specifiche risorse statali vincolate.

In particolare, l’art. 1, c. 563, ha previsto che una quota del fondo è destinata a favore dei comuni della Regione Siciliana e della Regione Sardegna per lo sviluppo dei servizi sociali, finalità per le quali già la legge di bilancio dell’anno precedente aveva stanziato apposite risorse per i comuni delle regioni a statuto ordinario. La citata disposizione ha pertanto inserito alcuni periodi nella lett. d-*quinquies*) dell’art. 1, c. 449, della l. n. 232 del 2016 (45).

2027, quale quota di risorse finalizzata a incrementare, nel limite delle risorse disponibili per ciascun anno e dei livelli essenziali delle prestazioni (Lep), il numero di studenti disabili frequentanti la scuola dell’infanzia, la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado, privi di autonomia a cui viene fornito il trasporto per raggiungere la sede scolastica. Il contributo di cui al primo periodo è ripartito, entro il 28 febbraio 2022 per l’anno 2022 ed entro il 30 novembre dell’anno precedente a quello di riferimento per gli anni successivi, con decreto del Ministro dell’interno, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, il Ministro dell’istruzione, il Ministro per il Sud e la coesione territoriale, il Ministro per le disabilità e il Ministro per le pari opportunità e la famiglia, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, su proposta della Commissione tecnica per i fabbisogni standard, tenendo conto, ove disponibili, dei costi standard relativi alla componente trasporto disabili della funzione “Istruzione pubblica” approvati dalla stessa Commissione. Fino alla definizione dei Lep, con il suddetto decreto sono altresì disciplinati gli obiettivi di incremento della percentuale di studenti disabili trasportati, da conseguire con le risorse assegnate, e le modalità di monitoraggio sull’utilizzo delle risorse stesse. Le somme che, a seguito del monitoraggio di cui al periodo precedente, risultassero non destinate ad assicurare l’obiettivo stabilito di incremento degli studenti disabili trasportati gratuitamente sono recuperate a valere sul fondo di solidarietà comunale attribuito ai medesimi Comuni o, in caso di insufficienza dello stesso, secondo le modalità di cui ai commi 128 e 129 dell’articolo 1 della legge 24 dicembre 2012, n. 228».

(43) Il riferimento ai costi standard si correla allo specifico meccanismo di riparto delle risorse che, quantificate annualmente, sono idonee a far conseguire un incremento di posti aggiuntivi proporzionato al costo marginale degli utenti.

(44) La nota metodologica chiarisce che gli obiettivi di servizio sono stati individuati prendendo a riferimento il costo medio marginale degli utenti disabili trasportati della scuola dell’infanzia, primaria e secondaria di primo grado, sommato al costo medio marginale del generico utente trasportato nei comuni con presenza di plessi scolastici desunti dalla metodologia in vigore per la stima dei fabbisogni standard della funzione di “Istruzione pubblica”. Per stabilire il numero di utenti disabili in età scolastica trasportati dal comune si è considerato il dato dichiarato dal comune stesso o dalla forma di gestione associata nel questionario per i fabbisogni standard FC50U, con riferimento all’anno contabile 2018, e si è messo a rapporto con il numero di alunni disabili frequentanti gli ordini di scuola precedentemente menzionati desunti da fonte Miur. Considerando le risorse a disposizione per il 2022, è stata derivata la percentuale di copertura dell’8,95% degli utenti disabili in età scolastica trasportati rispetto al totale degli alunni disabili quale obiettivo di servizio per il 2022. In particolare, tale valore è stato ricavato in modo da riconoscere un numero di utenti aggiuntivi da trasportare coerenti con un costo complessivo pari ai 30 milioni di euro previsti per il 2022, tenendo conto del costo unitario di riferimento di erogazione del servizio di trasporto identificato in 3.469,04 euro. Tale costo unitario è stato calcolato come somma del costo di trasporto di un utente nel comune in cui è presente il plesso statale e comunale (486,60 euro) e del costo di trasporto di un utente disabile della scuola d’infanzia, primaria e secondaria di 1° grado (pari a 4.138,79 euro). Di conseguenza, a ciascun comune verrà riconosciuto un numero aggiuntivo di utenti da trasportare qualora presenti un valore di copertura del servizio inferiore all’obiettivo di servizio sopra individuato e tale numero sarà determinato sulla base del divario tra l’obiettivo di servizio e il tasso di copertura attuale. In corrispondenza, ciascun comune riceverà un ammontare di risorse pari al prodotto tra il numero aggiuntivo di utenti da trasportare e il costo unitario del trasporto sopra derivato.

(45) Questo il testo del menzionato art. 1, c. 563: «All’articolo 1, comma 449, lettera d-*quinquies*), della legge 11 dicembre 2016, n. 232, sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo il secondo periodo sono inseriti i seguenti: “Per le medesime finalità di cui al primo periodo, il Fondo di solidarietà comunale è destinato, per un importo di 44 milioni di euro per l’anno 2022, di 52 milioni di euro per l’anno 2023, di 60 milioni di euro per l’anno 2024, di 68 milioni di euro per l’anno 2025, di 77 milioni di euro per l’anno 2026, di 87 milioni di

In forza di tale disciplina, la quota specificamente destinata ai suddetti enti è ripartita con un apposito decreto ministeriale “tenendo conto dei fabbisogni standard”; il decreto, preceduto da una istruttoria cui partecipano anche le due regioni interessate e dalla intesa in Conferenza Stato-città ed autonomie locali, disciplina altresì “gli obiettivi di servizio e le modalità di monitoraggio ed eventuale recupero dei contributi assegnati”.

In definitiva per la generalità dei comuni italiani (46), per l’anno 2022, la quota destinata ai comuni delle regioni di diritto comune è stata ripartita nell’ambito del d.p.c.m. 3 maggio 2022, di riparto dell’intero Fsc (47), mentre quella destinata ai comuni delle regioni speciali insulari è stata ripartita con il d.m. 8 agosto 2022.

Quest’ultimo, all’art. 1, c. 2, prevede che “[i]n considerazione del contributo di cui al comma 1, ciascun comune beneficiario è tenuto ad assicurare il raggiungimento dell’obiettivo di servizio per la funzione sociale assegnato per l’anno 2022, come definito negli allegati 1 e 2” alla nota metodologica approvata dalla Ctfs, allegata al decreto; il successivo comma 3 prescrive ai suddetti comuni di “destinare le risorse finalizzate al potenziamento dei servizi di cui al comma 2”.

L’art. 2 del citato decreto sottopone i comuni beneficiari al monitoraggio e alla connessa certificazione del raggiungimento dell’obiettivo di servizio per la funzione sociale assegnato, mediante la compilazione della relazione appositamente predisposta.

Va ricordato, inoltre, che lo stesso art. 1, c. 563, della l. n. 234 del 2021 – oltre a rimettere al decreto ministeriale il riparto della quota destinata ai comuni delle regioni insulari e la disciplina degli obiettivi di servizio, delle modalità di monitoraggio e dell’eventuale recupero dei contributi assegnati – ha esteso a tale quota la previsione, già introdotta per l’analoga quota destinata ai comuni delle regioni ordinarie, del recupero delle somme che, a seguito del richiamato monitoraggio, “risultassero non destinate ad assicurare il livello dei servizi definiti sulla base degli obiettivi di servizio” (48).

Sicché, per effetto dell’operare congiunto di tale disposto legislativo e del citato decreto ministeriale, i comuni sotto obiettivo, ossia con una spesa storica per i servizi sociali riferita al 2017 inferiore al fabbisogno standard fissato dal decreto medesimo, devono destinare le risorse ricevute al potenziamento dei servizi sociali, indicando nell’apposita relazione di rendicontazione gli interventi ai quali le stesse sono state indirizzate.

Anche per queste risorse, ove la richiesta destinazione non sia rendicontata, conseguirà l’effetto del recupero forzoso, a valere sull’assegnazione del Fsc attribuito all’ente o, comunque, su altri trasferimenti da parte del Ministero dell’interno.

Il legislatore nazionale ha dunque previsto un nuovo criterio di riparto per la quota vincolata del Fsc, che non viene distribuita in favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (come previsto dall’art. 119, terzo comma, Cost.), ma prendendo a riferimento gli obiettivi di servizio, al dichiarato fine di rimuovere gli squilibri territoriali nell’erogazione dei servizi di asilo nido, trasporto alunni con disabilità e servizi sociali.

Tali fondi, pertanto, saranno attribuiti solo ai comuni con tassi di copertura inferiori a quelli medi (o inferiori ai Lep, quando saranno fissati per questi settori).

Per effetto di questi trasferimenti, dunque, ad oggi il Fsc è composto da:

- una quota “orizzontale”, alimentata dai comuni, che viene ripartita secondo il già richiamato criterio del rapporto fra fabbisogni standard e capacità fiscale e che, nello specifico, serve a garantire ai territori con minore capacità fiscale per abitante le risorse necessarie a finanziare le funzioni fondamentali complessivamente intese (al cui interno rientrano evidentemente anche i servizi sociali e gli asili nido);

- una quota “verticale”, alimentata da trasferimenti correnti dello Stato, ripartita non più secondo il criterio della capacità fiscale, ma in base a obiettivi di servizio, ossia solo ai comuni che non abbiano raggiunto livelli “sufficienti” di offerta per quanto riguarda “servizi sociali”, “asili nido” e “trasporto di studenti disabili”.

euro per l’anno 2027, di 97 milioni di euro per l’anno 2028, di 107 milioni di euro per l’anno 2029 e di 113 milioni di euro annui a decorrere dall’anno 2030, in favore dei comuni della Regione siciliana e della regione Sardegna, ripartendo il contributo, entro il 31 marzo di ciascun anno di riferimento, con decreto del Ministro dell’interno, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, tenendo conto dei fabbisogni standard, sulla base di un’istruttoria tecnica condotta dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard, allo scopo integrata con i rappresentanti della Regione siciliana e della regione Sardegna, con il supporto di esperti del settore, senza oneri per la finanza pubblica, e previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali. Agli esperti di cui al precedente periodo non spettano gettoni di presenza, compensi, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati. Con il medesimo decreto sono disciplinati gli obiettivi di servizio e le modalità di monitoraggio ed eventuale recupero dei contributi assegnati. Per l’anno 2022, nelle more dell’approvazione dei fabbisogni standard per la funzione “Servizi sociali” dei comuni della regione Sardegna da parte della Commissione tecnica per i fabbisogni standard, allo scopo integrata con i rappresentanti della medesima regione, ai fini del riparto, per i soli comuni della regione Sardegna, non si tiene conto dei fabbisogni standard”; b) all’ultimo periodo, le parole: “terzo periodo” e “medesimo terzo periodo” sono sostituite dalle seguenti: “quinto e settimo periodo”».

(46) Esclusi quelli delle Regioni Valle d’Aosta e Friuli Venezia-Giulia e delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

(47) Successivamente, il d.p.c.m. 13 ottobre 2022 ha stabilito gli obiettivi di servizio per tali comuni in base al valore del fabbisogno standard monetario per la funzione sociale di ogni ente, come già fatto per l’anno precedente dal d.p.c.m. 1 luglio 2021.

(48) Così, l’ultimo periodo della lett. d-*quinquies*) dell’art. 1, c. 449, della l. n. 232/2016.

Tale ultimo criterio di riparto, che risulta del tutto slegato dalle capacità fiscali dei territori di destinazione, rischia di creare non pochi problemi in termini di perequazione ed efficacia della redistribuzione.

In primo luogo, questa misura potrebbe provocare qualche frizione con l'art. 119, terzo comma, Cost. che prescrive l'assenza di vincoli di destinazione per le risorse funzionali a colmare le differenze di "capacità fiscale" tra territori e il cui tenore testuale non pare lasciare spazio a diverse interpretazioni (49); la disciplina in esame, pertanto, potrebbe ritenersi quantomeno viziata sotto il profilo della violazione del divieto di vincoli di destinazione, imposto dalla richiamata norma costituzionale. Pare difficile sostenere, peraltro, che risorse destinate alla perequazione, di cui al terzo comma dell'art. 119 Cost., possano essere efficacemente distribuite se non tengono in alcun conto il livello di ricchezza effettiva del territorio. Il rischio è di finanziare inefficienze o, quanto meno, di non risolvere il problema alla radice.

In secondo luogo, tale criterio redistributivo, poiché completamente slegato dalla valutazione sulle cause dei ritardi nell'erogazione dei "livelli essenziali" dei menzionati servizi sociali, potrebbe apparire irragionevole. In base al criterio in questione, le risorse del Fsc potrebbero – in ipotesi – essere distribuite a comuni ricchi, che potrebbero aver scelto per svariate ragioni politiche di privilegiare altre spese, rispetto a quelle indicate espressamente dal legislatore statale. Potrebbero dunque essere penalizzati comuni che con ingenti sforzi, ossia anche mediante l'utilizzo della leva fiscale, abbiano creato una rete idonea di asili nido, rimanendo indietro sullo sviluppo di prestazioni connesse ad altre funzioni fondamentali.

Secondo una diversa prospettiva, più aderente al tenore dei precetti costituzionali appena richiamati, lo Stato potrebbe invece legittimamente destinare risorse aggiuntive per favorire l'esercizio di diritti fondamentali, quale il diritto al lavoro delle madri, e così vincolare tali trasferimenti al potenziamento dell'offerta di asili nido, ma a tal fine dovrebbe istituire un fondo *ad hoc*, ai sensi dell'art. 119, quinto comma, Cost.

In altri termini, la scelta di sovrapporre al sistema del fondo perequativo incorporato dal Fsc, un ulteriore livello di fondi, diversi per natura, finalità e criteri redistributivi, appare poco giustificabile, poiché foriera di generare inefficienze e, soprattutto, di non raggiungere il risultato auspicato di incrementare il livello di offerta di servizi sociali, che rappresenta peraltro un'esigenza quanto mai urgente.

4. Qualche riflessione conclusiva

In apertura si è evocata la metafora del dramma in tre atti per inquadrare l'evoluzione della perequazione a livello comunale. E, in effetti, alla luce di quanto ricostruito e tratteggiato nelle pagine che precedono, la figura del "dramma" sembra senz'altro la più appropriata, anche perché comunque meno grave della "tragedia".

Qualche segnale positivo è stato documentato, per la verità, e coincide per lo più con il ritorno dei trasferimenti statali a integrazione della "componente verticale" del Fsc. Tuttavia, le modalità con cui sono stati progressivamente strutturati tali fondi e, nella specie, il loro carattere vincolato, pare precludere la conclusione di queste riflessioni con un lieto fine.

L'analisi fin qui condotta, infatti, ha messo in evidenza un progressivo e sempre più marcato allontanamento dal modello costituzionale del titolo V riformato nel 2001, sia sul versante degli spazi di autonomia di entrata regionali e locali, che sul piano dei meccanismi perequativi.

Oltre a quanto rilevato con specifico riferimento al fondo di solidarietà comunale, va ricordato, invero, che il sistema regionale di perequazione è tuttora regolato da fondi "settoriali". Da ciò consegue che l'attuazione dell'art. 9 della l. n. 42 del 2009 si configura ormai come fattore irrinunciabile, in quanto strumento rivolto a garantire l'effettività del richiamato principio di corrispondenza tra funzioni e risorse di cui all'art. 119, quarto comma, Cost., anche in prospettiva solidaristica (50).

Va osservato, inoltre, che il completamento del federalismo fiscale (in particolare, per quanto attiene alla sua componente regionale) è incluso tra le c.d. "riforme di accompagnamento" previste dal Pnrr, da perfezionare in termini normativi entro il primo semestre del 2026.

A tale proposito, deve considerarsi, altresì, che, nell'attuazione delle prescrizioni costituzionali di cui all'art. 119, terzo comma, Cost., si dovrebbe tenere conto della componente "verticale" dei meccanismi perequativi, onde evitare che la perequazione avvenga esclusivamente fra enti territoriali, facendo sì che, in ogni caso, tali meccanismi perequativi risultino più efficaci di quelli attuali, ossia effettivamente in grado di colmare i divari fra i territori con minori capacità fiscale per abitante (come espressamente stabilito dalla previsione costituzionale contemplando anche una riforma del catasto).

Il ritorno al sistema dei trasferimenti dovrebbe richiamare a una sempre più urgente attuazione dei vigenti precetti costituzionali che maggiormente incidono sulla regolazione dei rapporti finanziari fra Stato e autonomie. Il riferimento è alla definizione dei Lep (i quali, una volta definiti, indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per le prestazioni considerate) e la quantificazione dei costi standard, eventualmente anche mediante una loro costituzionalizzazione.

(49) In proposito, sia consentito un rinvio a M. Bergo, *L'autonomia finanziaria regionale tra modello costituzionale e pratiche giurisprudenziali. L'esperienza dei fondi settoriali*, in <www.federalismi.it>, 8 febbraio 2023.

(50) Cfr., *supra*, nt. 5 e 6.

In altri termini, affinché le risorse trasferite per l'emergenza Covid-19 – che includono anche le somme del Pnrr – siano impiegate in modo efficiente ed equo e possano essere rendicontate in modo trasparente, occorre che lo Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., proceda alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni relative alle funzioni regionali e comunali (specie quelle inerenti alle prestazioni sui diritti sociali).

Come messo in evidenza anche di recente dalla Corte costituzionale, “l'adempimento di questo dovere dello Stato appare, peraltro, particolarmente urgente anche in vista di un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)”, con la conseguenza che “il ritardo nella definizione dei Lep rappresenta un ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali” (51).

Per le prestazioni comunali concernenti i diritti civili e sociali (di solito a domanda individuale, come assistenza, istruzione e trasporto pubblico locale) la standardizzazione dei fabbisogni, così come il monitoraggio delle prestazioni effettivamente rese, richiede il riferimento a specifici livelli di servizio che dovrebbero riflettere i Lep esplicitamente fissati dal legislatore nazionale.

A oggi la determinazione normativa dei Lep per le funzioni comunali, com'è noto, risulta assai lacunosa (soprattutto negli ambiti dei servizi sociali e del trasporto pubblico locale) e, talvolta, addirittura inutilizzabile ai fini del calcolo dei fabbisogni standard, perché mancante di un'adeguata specificazione quantitativa.

In questo quadro generale, dunque, non può che essere valutato positivamente l'inserimento nella legge di bilancio per il 2022 (la più volte menzionata l. n. 234 del 2021) della previsione di alcuni Lep o “*quasi Lep*” specificamente riferiti al campo dell'assistenza sociale (52) e, in particolare, alla disponibilità di posti in asili nido (33% dei bambini tra i 3 e i 36 mesi, comprensivi sia di strutture pubbliche che private: v. art. 1, c. 172), di servizi sociali (un assistente sociale ogni 6.500 abitanti: v. art. 1, c. 734) e di servizi di trasporto per studenti disabili (rinviando però a un successivo decreto ministeriale: v. art. 1, c. 174).

In ogni caso va tenuto presente che la fissazione dei Lep deve sempre confrontarsi con le compatibilità nel quadro di finanza pubblica (da qui la locuzione “nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente” che è spesso inserita nei provvedimenti normativi con cui viene riconosciuta a determinate prestazioni la natura di Lep).

E ancora si deve considerare che, anche nelle ipotesi in cui a un certo intervento sia associato un Lep, la sua traduzione in termini di fabbisogno standard per il finanziamento dei comuni è spesso resa complessa nel caso di funzioni che coinvolgono più livelli di governo (l'esempio più emblematico è quello del trasporto pubblico locale).

In secondo luogo, in linea con un più chiaro aggancio dei fabbisogni standard a specifici livelli di servizi fissati come Lep o erogati in media nei comuni, andrebbe rafforzata la componente verticale del fondo perequativo comunale finanziata mediante trasferimenti dal bilancio dello Stato. Si renderebbe così più riconoscibile il ruolo di garanzia dei diritti sociali e di cittadinanza esercitato dal livello centrale, superando le attuali riluttanze dei comuni maggiormente capienti in termini finanziari a sostenere, attraverso la perequazione orizzontale, quelli meno capienti. Il rafforzamento della componente verticale del fondo perequativo comunale, realizzata mediante la sostituzione di gettiti di tributi assegnati al livello degli enti territoriali di prossimità con trasferimenti verticali perequativi, peraltro, potrebbe essere l'esito dalla revisione della fiscalità comunale nel quadro dell'annunciata riforma fiscale.

Appare infine improcrastinabile il completamento della transizione dal criterio della spesa storica a quello dei costi standard per il calcolo dei costi delle funzioni. Si tratta di uno degli aspetti maggiormente condivisi sin dalla formulazione della l. n. 42 del 2009, ma che, tuttavia, non ha ancora trovato attuazione e che deve ritenersi invece necessario per assicurare il principio costituzionale della connessione tra funzioni e risorse. Peraltro, una costituzionalizzazione dei costi standard renderebbe giustiziabile una eventuale redistribuzione delle risorse disancorata a valori efficienti di spesa, oltre a consentire una maggiore giustiziabilità per gli enti territoriali, che sarebbero finalmente in grado di provare in giudizio la lesività dei tagli in riferimento alle funzioni ad essi attribuite assegnate.

(51) Così, ancora, Corte cost. n. 220/2021, punto 5.1 del Considerato in diritto.

(52) Al riguardo, v. P. Torretta, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: qualche LEPS e tante “buone intenzioni”*, in <www.federalismi.it>, 6 aprile 2022.

La conclusione è netta e univoca: la definizione dei Lep e dei costi standard rappresentano elementi ormai davvero imprescindibili per il raggiungimento dell'obiettivo di una regolazione dei rapporti finanziari fra Stato e autonomie che possa risultare, oltre che leale e trasparente, anche pienamente conforme al modello disegnato nella Carta costituzionale (53).

* * *

(53) V., in questo senso, i cc. 791-798 dell'art. 1 della l. 29 dicembre 2022, n. 197 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025"), i quali – all'esplicito fine di dare "completa attuazione" all'autonomia regionale differenziata prevista dall'art. 116, terzo comma, Cost. – prevedono di procedere preliminarmente alla definizione dei Lep, efficacemente definiti come "soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza [...] e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali". Per un primo commento su tale dettagliata disciplina procedimentale e organizzativa per la determinazione dei Lep e dei correlati costi e fabbisogni standard quale condizione necessaria per l'attuazione dell'istituto di cui all'art. 116, terzo comma, Cost., v. G.M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, *ivi*, 11 gennaio 2023.

LA NOZIONE DI CONFLITTO DI INTERESSE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E NELL'AMBITO DELLA P.A.

di Vito Tenore (*)

Abstract: Lo studio analizza il concetto di conflitto di interesse in vari contesti (politica, lavoro privato, lavoro pubblico, libere professioni), concentrandosi sulla sua regolamentazione nella pubblica amministrazione alla stregua dei parametri costituzionali (artt. 97, 98, 54 Cost.) e dei referenti normativi specifici (art. 6-bis l. n. 241/1990; l. n. 190/2012 e d.p.r. n. 62/2013). Il saggio vaglia poi le conseguenze penali (323 c.p.), disciplinari, amministrativo-contabili derivanti dalla violazione dell'obbligo di astensione derivante dal conflitto di interesse, reale o potenziale. Vengono poi analizzate questioni venute al pettine della magistratura con riferimento ad alcuni delicati procedimenti connotati da possibili conflitti di interesse: a) concorsi pubblici; b) gare pubbliche; c) attività extralavorative; d) procedimenti disciplinari; e) controlli e ispezioni; f) interessi finanziari di dirigenti; g) grave inimicizia e amicizie sui social. Da ultimo, lo studio affronta il tema del conflitto di interesse nel difficile rapporto tra politica e apparato amministrativo.

The study analyzes the concept of conflict of interest in various contexts (politics, private work, public work, liberal professions), focusing on its regulation in the public administration in the light of constitutional parameters (Articles 97, 98, 54 of Italian Constitution) and specific regulatory references (Article 6-bis Law no. 241/1990; Law no. 190 of 2012 and Presidential Decree no. 62/2013). The essay then sifts through the criminal (323 Criminal Code), disciplinary and administrative-accounting responsibility consequences of violating the obligation to abstain arising from real or potential conflict of interest. Issues that have come to the Judiciary's attention are then analyzed with reference to some delicate proceedings connoted by possible conflicts of interest: a) public competitions; b) public tenders; c) extra-work activities; d) disciplinary proceedings; e) audits and inspections; f) financial interests of managers; and g) serious enmity and friendships on social media. Finally, the study addresses the issue of conflict of interest in the difficult relationship between politics and the administration systems.

Sommario: 1. *Nozione di conflitto di interesse e sua valenza costituzionale.* – 2. *I precetti normativi che prevedono il conflitto di interesse. Il codice di comportamento (d.p.r. n. 62/2013).* – 3. *Conseguenze derivanti dalla violazione dei precetti sul conflitto di interesse: disciplinari, penali, civili, amministrativo-contabili, dirigenziali.* – 4. *Alcune casistiche concrete: a) concorsi pubblici; b) gare pubbliche; c) attività extralavorative; d) procedimenti disciplinari; e) controlli e ispezioni; f) interessi finanziari di dirigenti; g) grave inimicizia e amicizie sui social.* – 5. *Un conflitto di interesse scarsamente attenzionato: l'indipendenza dell'apparato amministrativo dalla politica.* – 6. *Il conflitto di interesse "postumo" per il personale pubblico in quiescenza: il pantouflage e altri divieti.*

1. *Nozione di conflitto di interesse e sua valenza costituzionale*

La nozione giuridica di conflitto di interesse è di chiara e palpabile comprensibilità in quanto coincidente con senso comune del concetto: il conflitto di interessi (1) è definibile come una condizione di fatto e poi di diritto che si verifica quando viene affidata una responsabilità decisionale a un soggetto che ha interessi personali, professionali o familiari in contrasto con l'imparzialità richiesta da tale responsabilità, che può così venire meno a causa degli interessi divergenti in causa.

In altre parole, il conflitto d'interesse è un insieme di condizioni per cui un giudizio professionale concernente un interesse primario tende a essere indebitamente influenzato da un interesse secondario (denaro o vantaggio personale o familiare).

Il nostro Paese è connotato da conflitti di interesse, reali o potenziali (che possono cioè evolversi in una delle situazioni tipizzate), in ogni campo e non solo nella pubblica amministrazione. Qualche esempio può rendere più plasticamente evidente il problema: un politico che abbia imprese in vari settori è eleggibile potendo votare leggi che lo

(*) V. Tenore è presidente di sezione della Corte dei conti e professore presso la Scuola nazionale dell'amministrazione-Sna.

(1) Tra i lavori che hanno maggiormente approfondito la tematica in esame, si segnalano: G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016; E. Lubrano, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018; F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6 bis l. n. 241/90*, Milano, Giuffrè, 2018; A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *La prassi dell'Anac in materia di conflitti di interesse*, Napoli, Esi, 2019; V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, *Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2022, 601 ss.; D. Serra, *Il conflitto dei funzionari pubblici*, in <www.lexitalia.it>, 31 maggio 2021. Utile, sul piano sistemico per la ricostruzione della nozione, è la lettura del parere reso dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755.

favoriscono (2)? Un consigliere comunale può approvare un regolamento edilizio che rende edificabili suoi terreni? Un magistrato può inquisire o giudicare un soggetto che ha come avversario sul piano condominiale, di carriera o affettivo? Un Consigliere di Stato che fa da capo gabinetto o di ufficio legislativo in un ministero può successivamente vagliare atti in sede giudiziaria che siano attuativi dei provvedimenti assunti da gabinettista? Un magistrato può avere un figlio in uno studio di un avvocato che abbia giudizi innanzi al genitore del suo remunerato praticante? Un politico influente che abbia procedimenti giudiziari in corso può spingere il Parlamento a intervenire con leggi su processi che lo riguardano (es. sulla durata o decorrenza della prescrizione)? Un funzionario pubblico può far parte di una commissione di gara (o di concorso) alla quale partecipa un parente o la sua amante? Un primario ospedaliero può esprimere per la sua azienda un parere formale per l'acquisto di protesi sanitarie qualificandole "infungibili", ove fornite da azienda farmaceutica per le quali tiene lezioni o redige articoli scientifici assai ben remunerati? Un primario ospedaliero può, a fronte di liste di attesa di lunghissima durata, suggerire al paziente un delicato intervento presso strutture private ove lavora *extramoenia*? Un politico influente può far approvare dal Parlamento una legge che depenalizzi un illecito commesso da un parente? La giunta di un Comune in crisi può incrementare entrate con contravvenzioni stradali con rilevanti posizionamenti di autovelox? Un componente di *authorities* (es. Banca d'Italia o Antitrust) può avere un figlio che lavori in una impresa bancaria vigilata? Un funzionario della Agenzia delle entrate può collaborare con studio di commercialista in orari extra ufficio? Un amministratore di condominio può affidare lavori a ditte amiche di cui è socio occulto? Un insegnante può fare lezioni private a suoi studenti? Un docente universitario può far adottare il proprio manuale ai propri studenti? Un magistrato o un professore o un avvocato possono essere componenti di una commissione di concorso preparando allievi in appositi corsi privati? Un vice consigliere di prefettura preposto all'ufficio contravvenzioni stradali può autoannullarsi una sanzione ancorché illegittima? Un agente del fisco può esercitare l'autotutela su un proprio avviso di accertamento? Un componente del c.d.a. di ente pubblico ambientale può dallo stesso c.d.a. essere nominato, a fine mandato, dirigente generale senza tra l'altro seguire procedure di interpello? Un ex magistrato può andare a lavorare in uno studio legale di un avvocato che ha patrocinato per anni presso di lui? Un avvocato può difendere un cliente pur avendo una profonda amicizia con la controparte convenuta o, addirittura, con il giudice?

Questi sono solo alcuni dei quotidiani conflitti di interesse, reali o potenziali, riscontrabili in contesti lavorativi, professionali, condominiali, familiari, politici, giudiziari.

Alcuni conflitti sono *occasional*i, legati cioè a singoli atti, contratti, scelte gestionali, mentre altri conflitti sono *strutturali*, derivanti cioè da uno *status* o da legami incompatibili, "a regime" e in modo permanente per un funzionario pubblico o un amministratore, con un sereno e indipendente esercizio delle proprie funzioni.

Il problema si pone con particolare frequenza e rilevanza all'interno della p.a., tenuta al principio di *buon andamento* (art. 97 Cost.) e retta dal canone di *esclusività del servizio pubblico alla Nazione* (art.98 Cost.), e presso la quale si configura un conflitto di interessi quando il funzionario pubblico, che deve agire in modo imparziale e indipendente, è portatore di un interesse privato – personale o di terzi – diverso dall'interesse pubblico alla cui cura egli è preposto, o, comunque, in contrasto con esso. Questa situazione può mettere a rischio l'imparzialità e, più in generale, il buon andamento dell'azione amministrativa. Tale conflitto nasce nel contesto ambientale, culturale, scientifico, economico e operativo del mondo in cui ogni dipendente pubblico, al pari di ogni professionista privato, deve affrontare quotidianamente lo svolgimento del proprio lavoro.

In altre parole, nella p.a. il conflitto si configura laddove la cura dell'interesse pubblico istituzionale cui è preposto il funzionario potrebbe essere deviato per favorire il soddisfacimento di interessi differenti, concernenti anche la sua sfera privata, di cui sia titolare il medesimo funzionario o terzi da lui assecondati in via immediata o anche indirettamente.

Gli interessi esterni che possono incidere sulla terzietà del funzionario pubblico possono essere di diversa natura: *a)* personali, familiari e affettivi (di natura anche non economica, ma persino di immagine, di stima sociale o sentimentali); *b)* finanziari ed economici (benefici di carriera, stipendiali, incarichi extra, percezione di contributi, valorizzazione di propri terreni etc.); *c)* politici, sindacali (3) o associativi (appartenenza a un sodalizio che crea forti legami di reciproco aiuto, talvolta con regole interne molto "ferree"); *d)* gerarchici (da parte di superiori che abbiano interessi di vario tipo in talune pratiche); *e)* lavorativi o professionali (legami nascenti da retribuite collaborazioni esterne, es. per

(2) Il problema, non solo teorico, si è posto nel caso Berlusconi (in cui si prospettarono soluzioni, non andate in porto, di *blind trust*, istitori o meccanismi di altro tipo della c.d. legge Fratini, ecc.), ma anche nei casi Soru/Tiscali in Sardegna, nei casi dei ministri Passera, Guidi e Marcegaglia.

(3) L'espletamento del servizio in funzione della collettività-Nazione, tuttavia, non rende il dipendente agnostico o ideologicamente indifferente e non preclude dunque al lavoratore l'esercizio di tutti i diritti di cittadinanza costituzionalmente sanciti (artt. 49 e 18 Cost.): il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero politico, di associarsi in partiti e, in quanto lavoratore, di aderire a una organizzazione sindacale e di esercitare il diritto di sciopero. Il problema sorge, in punto di conflitto di interesse, dalla sudditanza del dipendente nei confronti dell'associazione di appartenenza, che può attenuare o elidere la sua terzietà, favorendo altri affiliati alla associazione a scapito di altri più meritevoli aventi diritto. Sul delicato tema, v. A. Pizzorusso, *Appunti per lo studio della libertà di opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1607. Ecco perché i codici di comportamento che dispongono l'obbligo di comunicazione circa l'appartenenza ad associazioni richiedono "che il dipendente informi tempestivamente della adesione il responsabile dell'ufficio, indipendentemente dal carattere riservato o meno della associazione, nel caso in cui gli ambiti di interesse della associazione o della organizzazione possano interferire con quelli dell'ufficio" (cfr. Anac, delib. n. 177/2020).

il personale in *part-time*, o per alcuni “incarichisti”); f) giuridici o di affiliazione (ad esempio nascenti da contenziosi in atto o in potenza con destinatari del proprio provvedimento o da ruoli formali in associazioni destinatarie del provvedimento).

Ma tutti i codici di comportamento, al pari di quanto previsto per i magistrati dall’art. 51 c.p.c. (4), annoverano anche, quale previsione di chiusura sugli interessi esterni “devianti”, le “*gravi ragioni di convenienza*” (v., ad es., l’art.7, c. 3, del codice di comportamento del personale dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli, approvato con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014, che recepisce l’art. 7 del d.p.r. n. 62/2013), formulazione volutamente ampia, come tale atta sussumere nella sua portata applicativa casistiche ulteriori e diverse da quelle sopra tipizzate, circostanza, come si vedrà, non sempre ben valorizzata dalla giurisprudenza, ancorata al canone penalistico, e qui non pertinente, della tipizzazione tassativa, in realtà fortemente attenuato dal chiarissimo e ampio dato normativo sul conflitto di interesse. Le evenienze in materia di “*gravi ragioni di convenienza*” sono davvero molteplici (legami di amicizia non stabile ma profonda, o legami di inimicizia non plateale con: ex partner, vecchi compagni di scuola, padrini o madrine di battesimo dei figli, genitori di compagni di classe, professionisti o società presso i quali lavorano parenti stretti, condomini, avversari sentimentali, ecc.) e ricondurle a sistema per fornire orientamenti operativi è cosa assai difficile (5).

Tale conflitto di interesse riguarda, di regola, l’attività provvedimentale o privatistica avente *rilevanza esterna*; solo raramente *l’attività endoprocedimentale* (pur ritenuta destinataria dell’obbligo di astensione dall’art. 6-bis l. 7 agosto 1990, n. 241) (6) può originare problemi di conflitto di interesse, soprattutto se si tratta di atti meramente propulsivi, prodromici e non decisori, talvolta anche doverosi e non facoltativi (es. richiesta da parte di un dirigente al competente e distinto ufficio di una ispezione o di una azione disciplinare su soggetto con cui si è in forte attrito, che saranno svolti da altro ed autonomo soggetto che gode di piena libertà ed autonomia valutativa), come tali inidonei a ledere terzi arrecando svantaggi (7).

Il rischio di conflitto di interessi, secondo la giurisprudenza (e come recepito nel novellato art. 323 c.p. di seguito analizzato), riguarda principalmente le determinazioni dal contenuto *discrezionale* che, per loro natura, implicano scelte che possono essere più facilmente condizionate dal fatto che chi concorre all’adozione dell’atto abbia, nella vicenda, un interesse personale. Il rischio di conflitto di interessi è, al contrario, ridotto/eliminato nel caso di attività *vincolata*, ossia di quella attività volta a una verifica oggettiva di requisiti, presupposti o condizioni interamente predeterminati per legge (es., una doverosa segnalazione di fatti di valenza disciplinare all’Upd da parte di un dirigente pubblico, la cui inerzia si tradurrebbe a sua volta in un illecito).

Tale conflitto, in tutte le sue predette manifestazioni, mina la fiducia verso l’imparzialità del potere pubblico e della p.a., che agisce tramite uomini: politici/amministratori o funzionari. Tutte le infra-analizzate previsioni che regolano l’istituto sono “*norme di pericolo*”, in quanto esse, e le misure che contemplano, operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, indipendentemente dalla circostanza che poi il pregiudizio si verifichi: essere operano dunque in astratto ed *ex ante* e non già in concreto ed *ex post*: risulterebbe dunque abnorme e grottesco escludere un conflitto di interesse in una gara o in un concorso nascente dalla vittoriosa partecipazione a tali procedure di un parente di un commissario, facendo attestare al collegio di gara o di concorso che non ci sono state interferenze valutative a favore del vincitore da parte del parente commissario.

Va ben chiarito che le situazioni di conflitto di interesse per un dipendente pubblico possono sussistere sia in sede di reclutamento (o di conferimento di nuovo incarico o funzione) sia sopravvenire nel corso del rapporto di lavoro: da qui la necessità di autodichiarazioni e controlli in sede di reclutamento (potrebbero riscontrarsi anche assorbenti ipotesi di inconfiribilità *ex d.p.r. n. 39/2013* che tranciano ogni successivo problema di conflitto di interesse), ma anche di periodici (annuali) successivi verifiche e rinnovi delle iniziali dichiarazioni di assenza di conflitti in corso di rapporto. Le situazioni di conflitto di interesse vanno dunque ben monitorate dalla dirigenza, dal responsabile della prevenzione della anticorruzione e della trasparenza e dall’Anac, in quanto mutevoli ed escludibili solo *rebus sic stantibus*.

La situazione di conflitto di interesse, una volta debitamente segnalata al superiore gerarchico (o, per i dirigenti apicali, al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza), porterà alla sostituzione del funzionario, sempre che si ravvisi la effettiva sussistenza del conflitto, meramente prospettato dal segnalante. La medesima conclusione vale qualora a segnalare il conflitto non sia il soggetto che versa in tale situazione, ma un terzo: il superiore

(4) Recita l’art. 51, c. 2, c.p.c.: “*In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell’ufficio l’autorizzazione ad astenersi; quando l’astensione riguarda il capo dell’ufficio, l’autorizzazione è chiesta al capo dell’ufficio superiore*”.

(5) Un encomiabile tentativo di riconduzione a sistema di una variegata e atomistica casistica all’interno della p.a. è stato effettuato dall’Irpa e dalla Regione Lombardia, che hanno realizzato il 30 marzo 2021, tramite la società Polis Lombardia, una pubblicazione a cura di B. Mattarella e altri, *Linee guida in materia di conflitto di interessi per i dirigenti della Regione Lombardia*.

(6) Recita l’art. 6-bis l. n.241: “*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”. Cfr. anche Anac, delib. n. 177/2020.

(7) Da qui l’inconfigurabilità di un abuso d’ufficio derivante da mera richiesta da parte di un dirigente di una ispezione o di un procedimento disciplinare su fatti di possibile valenza illecita (la cui segnalazione è tra l’altro doverosa e non facoltativa nella p.a. *ex art.55-sexies*, c. 3, d.lgs. n. 165/2001) posti in essere da un subordinato con cui sia in attrito, come si vedrà meglio nel successivo par. 3, lett. B).

gerarchico (o il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza per i dirigenti apicali) dovrà sostituire il subordinato con altro collega.

Per una miglior comprensione dell'istituto e del suo ambito applicativo all'interno della p.a. occorre partire dal basilare referente costituzionale che ne rappresenta la evidente base normativa.

L'art. 98, c. 1, Cost. recita: *“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”*. E tale obbligo, strutturale, funzionale e nel contempo finalistico, è plasticamente ribadito dalla non banale, seppur aulica e antica, espressione *“Servitori dello Stato”* (8), con cui sovente si identificano i dipendenti pubblici.

Il precetto, che costituisce il frutto di un progressivo lavoro di cesello in sede costituente (9), rientra tra i pochi articoli dedicati dalla suprema Carta alla pubblica amministrazione (10), ma in tempi più recenti, diversi interventi legislativi, di seguito analizzati (l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo; d.lgs. n. 29/1993, oggi d.lgs. n. 165/2001, sulla privatizzazione del pubblico impiego; l. n. 190/2012, c.d. anticorruzione, e suoi decreti attuativi), hanno reso centrale l'agere della p.a. e dei suoi dipendenti, dettagliando, sostanziando e problematizzando il laconico precetto costituzionale dell'art. 98 (oltre che dell'art. 97) nonché originando interventi giurisprudenziali e dottrinali su diversi profili della *“esclusività”* del servizio reso *“alla Nazione”*.

In buona sostanza, si è dovuta attendere una più recente multidirezionale specificazione legislativa per sostanziare il sintetico e lapidario precetto costituzionale, che aveva comunque, pur nella sua laconicità, una chiara portata teleologica e quasi di *“monito”* (11) ribadita, già prima degli interventi normativi sopradetti, sia dall'art. 13, cc. 1 e 2, del d.p.r. n. 3/1957 – ai sensi del quale *“L'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene. L'impiegato deve conformare la sua condotta al dovere di servire esclusivamente la Nazione, di osservare lealmente la Costituzione e le altre leggi e non deve svolgere attività incompatibili con l'anzidetto dovere”* – sia dagli artt. 60 e 65 del medesimo d.p.r. n. 3, che vietano cumuli di rapporti di lavoro.

Il principio di esclusività a favore della Nazione del servizio reso dai pubblici impiegati intende sottolineare, in primo luogo, come si vedrà nel successivo par. 5, l'indipendenza dalla politica dell'organizzazione amministrativa e, dunque, del funzionario pubblico e del suo agere, indipendenza assente nel periodo fascista, ed esprime, nel contempo, il carattere servente dell'apparato amministrativo per la realizzazione del fine pubblico in modo imparziale e senza interferenze di interessi personali o esterni, ovvero evitando conflitti di interesse (12). In perfetta sintonia con tale obiettivo si pone il basilare principio di accesso alla p.a. tramite concorso (art. 97, c. 4, Cost.), che, sulla carta, esprime l'indipendente e meritocratica scelta dei *“migliori”* candidati, scevra da lottizzazioni politiche o lobbistiche.

L'articolo 98 Cost. in esame si correla poi ad altri canoni costituzionali: come è noto, ogni cittadino ha un dovere di *fedeltà* alla Repubblica in base all'art. 54, c.1, Cost. (13). Questo dovere di fedeltà viene ulteriormente dettagliato, sul piano modale, dal secondo comma dell'art. 54, che impone ai cittadini cui sono affidate *“funzioni pubbliche”* di adempierle con *“disciplina e onore”*.

In coerente sviluppo di tale dovere di *“disciplinata fedeltà”* generale si pone l'art. 98, c. 1, Cost., che lo ribadisce e rafforza per una particolare categoria di cittadini, ovvero i pubblici dipendenti, cui viene imposta, per il ruolo rivestito, una *“fedeltà qualificata”* (14), ossia la esclusività del servizio reso alla p.a. che, invece, non è regola generale (salvo

(8) Come ben coglie A. Cerri, voce *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, l'attività esercitata dal pubblico impiegato deve ritenersi un *“nobile servizio reso al sistema democratico, non anche manifestazione di meschino servilismo”*. Pare evidente come il concetto di *servire* non debba essere inteso, per un pubblico dipendente, come *esser servo di*.

(9) L'interessante cronistoria del testo partorito dal Costituente è rinvenibile in <www.nascitacostituzione.it/03p2/03t3/s2/098/index.htm?art098-999.htm&2>. Le discussioni intervenute sulla elaborazione del testo sono ben riassunte da A. Saitta, *Art. 98 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 1911 ss.

(10) Lo scarso interesse del Costituente nel normare l'attività della p.a., la c.d. *“Costituzione amministrativa”*, è rimarcato da S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 437.

(11) La genericità del precetto è stata colta anche da G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 499, e da G. Arena, *L'amministrazione dalla parte dei cittadini*, in <www.urp.it>, 17 novembre 2005, ben richiamati da C. De Fiore, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione? Considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 149.

(12) Su tale *ratio*, v. F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005, 82 ss. Tra i vari contributi sull'art. 98 Cost., oltre ai saggi contenuti nelle successive note, v. C. Pinelli, *La pubblica amministrazione. Commento all'art. 98 Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. La pubblica amministrazione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1991, 424; A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, 254 ss.; A. Saitta, *op. cit.*, 1917; C. De Fiore, *op. cit.*; D. Immordino, *Brevi spunti sullo “statuto costituzionale” del pubblico impiego*, in *Riv. amm.*, 2011, 277; M. Cecere, *Commento all'art. 98 Cost.*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, Milano, Giuffrè, 2017, 492.

(13) Sul legame tra artt. 54 e 98 Cost., v. S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 396, ma la tesi era stata già propugnata da A. Cerri, *op. cit.*; Id., *Fedeltà (dovere di)*, postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, agg. XVI; G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, 176 ss. Anche C. Pinelli, *La pubblica amministrazione*, cit., 419, evidenzia come dal combinato disposto fra le due norme *“se ne deve ricavare che il servizio esclusivo della Nazione costituisce vincolo più intenso della fedeltà alla Repubblica e dell'osservanza della Costituzione e delle leggi”*.

(14) Parla felicemente di fedeltà qualificata anche C. De Fiore, *op. cit.*, 160.

pattizia statuizione tra le parti) nel lavoro con datore privato, se non in caso di attività in concorrenza con quella datoriale (art. 2105 c.c.) (15). Tale “*fedeltà qualificata*” non interviene, si badi, nei confronti del (temporaneo) vertice politico (ministro, sindaco, presidente della regione, ecc.), ma opera nei confronti dell’amministrazione di appartenenza e di tutta la p.a. in generale, stante la convergenza di tutte le amministrazioni nel comune obiettivo della corretta gestione della “cosa pubblica” e, dunque, del principale fine della Nazione, cui fa riferimento l’esclusività sancita dall’art. 98.

Né va dimenticato il raccordo con il principio di imparzialità sancito dall’art. 97 Cost. (a sua volta corollario del principio di eguaglianza formale), di cui l’art. 98 costituisce rafforzamento, come ben rimarcato dalla Consulta (16), secondo cui «*L’art. 97, primo comma, Cost. individua nella “imparzialità” dell’amministrazione uno dei principi essenziali cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l’organizzazione dei pubblici uffici. Alla salvaguardia di tale principio si collegano anche le norme costituzionali che individuano nel concorso il mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici (art. 97, terzo comma) e che pongono i pubblici impiegati al servizio esclusivo della Nazione (art. 98). Sia l’una che l’altra di tali norme si pongono, infatti, come corollari naturali dell’imparzialità, in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l’azione del governo – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l’azione dell’amministrazione – che, nell’attuazione dell’indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall’ordinamento*».

La richiamata regolamentazione del conflitto di interesse anche sul piano costituzionale garantisce dunque, attraverso la uguaglianza delle posizioni, la giustizia, la parità di trattamento, la tutela della concorrenza e la tutela dell’immagine imparziale del potere pubblico.

Sotto il profilo soggettivo, la dizione, volutamente ampia, “*pubblici impiegati*”, quale anacronistico e bigio sinonimo (di evidente matrice “burocratese” quasi gogoliana) di “*lavoratore (o dipendente) pubblico*” (termine più tecnico e maggiormente ancorato a comuni categorie lavoristiche), è idonea a sussumere nella sua vasta portata applicativa qualsiasi dipendente della pubblica amministrazione, centrale e locale, statale o di enti pubblici, a statuto ordinario o speciale, privatizzato o non privatizzato (17).

A quest’ultimo proposito, pare evidente come la sopravvenuta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego (ad opera del d.lgs. n. 29/1993, oggi d.lgs. n. 165/2001) (18), riguardante la maggior parte dei lavoratori, non abbia scalfito minimamente il principio costituzionale di esclusività del servizio reso alla Nazione, mutando solo lo *status* giuridico e le fonti normative di riferimento. Difatti, anche la Consulta ha ben rimarcato come la cornice dei principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione non deve ritenersi “*garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente*”, dal momento che tale soluzione costituirebbe un esito non imposto dall’art. 97 Cost. (né dall’art. 98, agguagliamo noi) (19).

Può dunque concludersi che, nonostante l’evoluzione policentrica delle Istituzioni titolari di indirizzo politico, il principio codificato nel primo comma dell’art. 98 ha operatività generale nel lavoro presso la p.a. e ha una portata soggettiva più ampia rispetto ai precetti del d.lgs. n. 165/2001, il cui art. 1, c. 2, delimita la portata dei principi sulla c.d. “*privatizzazione del pubblico impiego*” ai soli dipendenti delle pubbliche amministrazioni ivi menzionate.

(15) Un dipendente di datore privato può, al termine dell’orario di lavoro, salvo diverse previsioni contrattuali, legittimamente svolgere una ulteriore attività lavorativa privata o libero-professionale, purché non in concorrenza con quella datoriale, lesiva del canone di fedeltà codificato nell’art. 2105 c.c. Sul tema è sufficiente il richiamo a G. Cian, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, Cedam, 2007, *sub* art. 2105, con vasti richiami giurisprudenziali e dottrinali, e a V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, Epc, 2020, 593.

(16) Corte cost. 15 ottobre 1990, n. 453, in *Giur. cost.*, 1990, 2706. Potremmo dunque affermare che, nel perseguire gli interessi obiettivi della Nazione da parte della doverosa azione amministrativa, fatta di scelte tra valori e interessi, l’imparzialità è il canone a cui ispirarsi. Specularmente, l’amministrazione è imparziale perché ad agire sono dipendenti al servizio esclusivo della Nazione.

Sulla imparzialità della p.a., v. F. Satta, voce *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XV.

(17) Sulla ampia portata soggettiva dell’art. 98, c. 1, Cost., v. C. Pinelli, *Art. 98, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1984, 419; G. D’Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, il Mulino, 1979, 791 ss.

(18) Sulle tappe fondamentali della privatizzazione è sufficiente il rinvio a V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 44 ss., con vasti richiami normativi, dottrinali e giurisprudenziali.

(19) Così Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *Foro it.*, 1997, I, 34, con nota di A. Falcone, *La “mezza” privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*, che chiarisce che “*il valore dell’imparzialità, infatti, non deve essere garantito necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo trovare attuazione in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici che colgano l’aspetto dinamico-funzionale dell’attuale collocazione della dirigenza, assicurando anche i valori dell’efficienza e del buon andamento della p.a.*” e che altri regimi, quale quello privatistico, nel rapporto di lavoro con la p.a. potrebbero meglio “*garantire, senza pregiudizio dell’imparzialità, anche il valore dell’efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentano, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività, ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione*”.

Sotto il profilo oggettivo e teleologico, la portata applicativa del principio, sgombrato il campo da risalenti e non condivisibili tesi sulla sua valenza non giuridica, ma prevalentemente “etica” (20), va individuata in due direttrici fondamentali unificate dalla unitaria nozione di imparzialità cui tende il dovere di esclusività: a) l’esclusività come indipendenza dalla politica; b) l’esclusività come freno a possibili conflitti di interesse esterni.

Su questo secondo aspetto occorre concentrare prioritariamente l’attenzione per cogliere adeguatamente la portata degli attuali precetti sul conflitto di interesse. Al primo aspetto, ovvero l’indipendenza dalla politica, sarà dedicato il conclusivo par. 5.

2. I precetti normativi che prevedono il conflitto di interesse. Il codice di comportamento (d.p.r. n. 62/2013)

I richiamati obiettivi costituzionali tesi a prevenire il conflitto di interesse, come detto, sono stati in tempi più recenti dettagliati da varie normative primarie: art. 6-bis della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo (21); art. 53, cc. 1-bis, 6 e 7, del d.lgs. n. 165/2001 (già d.lgs. n. 29/1993) in materia di inconfiribilità di incarichi dirigenziali gestionali del personale (c. 1-bis) (22) e di incompatibilità lavoristiche nel pubblico impiego alla stregua anche della sussistenza o meno di conflitti di interesse (cc. 6 e 7) (23); l. n. 190/2012, c.d. anticorruzione, e suoi decreti attuativi (si pensi al d.p.r. 8 aprile 2013, n. 39, sul conflitto di interessi nello svolgimento di incarichi amministrativi) (24); art. 42 del d.lgs.

(20) La risalente tesi è stata espressa, con sfumature simili, da G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, Marzotti, 1948, e da M. Cantucci, *La pubblica amministrazione*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla costituzione*, Firenze, Barbera, 1950, 161 ss.

(21) L’art. 6-bis l. n. 241, introdotto dalla legge anticorruzione n. 190/2012, fa un generico riferimento alla astensione per conflitto “operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio”: sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415; 14 maggio 2018, n. 2853; Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577.

(22) L’art. 53, c. 1-bis, d.lgs. n. 165 recita: “Non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni”.

(23) L’art. 53, cc. 6 e 7, d.lgs. n. 165 recita: “6. I commi da 7 a 13 del presente articolo si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, compresi quelli di cui all’articolo 3, con esclusione dei dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno, dei docenti universitari a tempo definito e delle altre categorie di dipendenti pubblici ai quali è consentito da disposizioni speciali lo svolgimento di attività libero-professionali. Sono nulli tutti gli atti e provvedimenti comunque denominati, regolamentari e amministrativi, adottati dalle amministrazioni di appartenenza in contrasto con il presente comma. Gli incarichi retribuiti, di cui ai commi seguenti, sono tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso. Sono esclusi i compensi e le prestazioni derivanti:

- a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;
 - b) dalla utilizzazione economica da parte dell’autore o inventore di opere dell’ingegno e di invenzioni industriali;
 - c) dalla partecipazione a convegni e seminari;
 - d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;
 - e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo;
 - f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita.
- f-bis) da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e di ricerca scientifica.

7. I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza. Ai fini dell’autorizzazione, l’amministrazione verifica l’insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Con riferimento ai professori universitari a tempo pieno, gli statuti o i regolamenti degli atenei disciplinano i criteri e le procedure per il rilascio dell’autorizzazione nei casi previsti dal presente decreto. In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell’erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell’entrata del bilancio dell’amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti”.

(24) Tale normativa, criticata per essersi limitata a fissare, per le inconfiribilità, limiti per l’accesso (o obblighi di uscita per le incompatibilità) alle sole cariche gestionali e non anche a quelle politiche (pur unitariamente entrambe tese alla cura dell’interesse pubblico), ha anch’essa come obiettivo una attenta osservanza dell’art. 98 della Costituzione (oltre che dell’art. 97). E ciò sia nell’attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice (segretario generale, capo dipartimento, direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni, da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni) sia nel modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l’esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate.

Mentre le ipotesi di conflitto di interesse normate dall’art. 7 del d.p.r. n. 62/2013 riguardano la gestione di singoli procedimenti espressivi dell’attività amministrativa, le ipotesi di inconfiribilità e incompatibilità normate dal d.p.r. n. 39/2013 operano anch’esse sul piano del conflitto di interesse, ma su un livello più alto e strutturale, quello dell’organizzazione e dell’incardinamento del dipendente pubblico all’interno dell’articolazione amministrativa, tipizzando ipotesi di “divieto di ingresso” e “obblighi di uscita” dall’organizzazione senza alcun margine di apprezzamento su conflitti potenziali, essendo tutti normativamente attuali e reali.

Sul tema, v. A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *op. cit.*; M. Faviere, *L’inconfiribilità e l’incompatibilità di incarichi*, in C. Contessa, A. Ubaldi, (a cura di), *Manuale dell’anticorruzione e della trasparenza*, Piacenza, La Tribuna, 2021, 201; F. Merloni, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici. Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell’imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 806.

n. 40/2016 (c.d. codice dei contratti) (25), alla cui stregua è stato valutato il noto caso degli acquisti di camici e mascherine dalla Regione Lombardia da società di proprietà del cognato e della moglie del Governatore Fontana, norma che tutela l'imparzialità dei poteri pubblici, ma anche la concorrenza. Lo stesso art. 323 c.p., nel tipizzare alcune ipotesi di abuso d'ufficio, lo ritiene perfezionato se il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio ometta *“di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”*.

Ma il rischio di conflitti di interesse era stato già in passato in parte normato e drenato, per quanto concerne gli incarichi esterni confliggenti con la terzietà decisoria ed il conseguente servizio esclusivo a favore della Nazione, attraverso il regime delle incompatibilità di cui agli artt. 60 ss. del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (c.d. t.u. del pubblico impiego), vivo e vitale in virtù del richiamo operato dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, che oggi disciplina la materia (oltre che da varie norme settoriali afferenti carriere pubbliche non privatizzate) (26), prevedendo che il rilascio di autorizzazioni ad espletamento di attività extralavorative è condizionato anche alla verifica sulla *“insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”*.

In tempi più recenti, tale rischio di conflitti di interesse è stato più in dettaglio normato, per qualsiasi attività posta in essere da pubblici dipendenti (e non solo nell'espletamento di incarichi esterni), dagli artt. 3-6 (27) e soprattutto dall'art. 7 del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*), che, in attuazione della legge anticorruzione (l. n. 190/2012) e in sintonia con l'art. 6-bis della l. 7 agosto 1990, n. 241, impone che *“Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza”*.

Tale precetto è stato poi recepito da ciascuna amministrazione nel proprio codice di comportamento aziendale, che ha facoltà di dettagliare e ampliare i precetti, fatalmente più generici in quanto valevoli per tutte le p.a., del d.p.r. n. 62 del 2013. Ad esempio, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014, ha adottato il proprio codice di comportamento, il cui art. 7 ha ripreso (senza apportare integrazioni) gli artt. 6 e 7 del d.p.r. n. 62, stabilendo che *“(Obblighi di astensione) 1. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con quelli personali, del coniuge, di conviventi, di parenti e affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniale, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali, di categorie professionali o di superiori gerarchici. 2. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di parenti e/o affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti o organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito, ovvero di soggetti o organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni, comitati, società di cui sia amministratore o gerente o dirigente. 3. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. 4. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza o il sovraordinato gerarchico. 5. La dichiarazione di astensione è formalizzata con atto scritto consegnato al responsabile dell'ufficio di appartenenza, o*

(25) L'art. 42 del d.lgs. n. 40/2016, oggetto di numerose pronunce della magistratura amministrativa e dell'Anac, stabilisce che vi è conflitto di interessi quando un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o *“che potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito”*, ha un interesse finanziario, economico o altro interesse personale in capo a tale procedura che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

(26) Sul regime delle incompatibilità, v. L. Busico, *Dipendenti pubblici. Incompatibilità e attività extraistituzionali*, Milano, Giuffrè, 2021; M. Rossi, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in C. Contessa, A. Ubaldi (a cura di), *op. cit.*, 255; V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 591 ss.; Id., *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, Giuffrè, 2014, 121 ss.; R. De Luca Tamaio, O. Mazzotta, *Commentario breve alle leggi sul lavoro, commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, Padova, Cedam, 2013, 1773 ss.; M. D'Aponte, *Commento all'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001*, in G. Amoroso et al., *Il diritto del lavoro, III, Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, 873; Id., *Lo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, 965; M. Rossi, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in M. Barilà, M. Lovo (a cura di), *Il nuovo testo unico sul pubblico impiego*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2010, 423; E.A. Apicella, nota redazionale in *Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico*, in *Giust. civ.*, 2010, 2378; V. Tenore, M. Rossi, M. Tilia, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, Roma, Epc, 2008; V. Tenore, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 1097; L. Paolucci, *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, Utet, 2004, 796.

(27) L'art. 3, cc. 1 e 2, prevede che *“1. Il dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Il dipendente svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare. 2. Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi”*.

al sovraordinato gerarchico, che si pronuncia sulla sua ammissibilità e fondatezza entro tre giorni. 6. L’Agenzia pre-dispone un sistema di archiviazione dei casi di astensione formalmente registrati ai fini di rilevazione statistica e di catalogazione casistica”.

Tale norma, attuativa della legge anticorruzione del 2012, estende a tutti i dipendenti pubblici, e in parte amplia, i doveri di astensione (e di speculare recusazione) da sempre previsti per i magistrati (e oggetto di una rilevante produzione giurisprudenziale e persino disciplinare da parte del Csm per mancate astensioni), ontologicamente tenuti a giudicare con terzietà in assenza di conflitti di interesse: si vedano l’art. 51 c.p.c. (28) e gli artt. 36 e 52 c.p.c. sulla astensione, ai quali anche i codici sul processo amministrativo e sul processo contabile si riportano per le magistrature speciali.

Tale normativa processuale, seppur prevista testualmente per i soli magistrati, è espressione, secondo univoca giurisprudenza, di un principio generale (29): ecco perché tutte le sentenze in materia di conflitto di interesse in sede di procedimenti amministrativi (e non di processi) sono solite richiamare l’art. 51 c.p.c. in luogo del più pertinente e dettagliato d.p.r. n. 62 del 2013 (artt. 6 e 7).

Ma anche in altri micro-ordinamenti (per richiamare le categorie del Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti) sono state introdotte norme sul conflitto di interesse: si pensi all’art. 78, c. 2, d.lgs. n. 267/2000, Tuel (30) per gli amministratori di enti locali, oggetto di interessanti pronunce dell’Anac sul suo ambito soggettivo di applicazione; si pensi all’art. 11, c. 8, d.lgs. 175 del 2016, t.u. delle società a partecipazione pubblica (31) sul conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società pubbliche. Ma anche il codice civile, all’art. 2391, norma il conflitto di interesse, oltre a tutti i codici deontologici professionali per i diversi Ordini, che presentano peculiari e settoriali casi di conflitto di interesse per i liberi professionisti (32).

Va ben rimarcato che i precetti sul conflitto di interesse fissati dai codici di comportamento, ivi compreso quello dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli approvato con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014, riguardano non solo i dipendenti dell’ente, ma anche i terzi, soggetti pubblici o privati (persone fisiche e giuridiche, ovviamente nei loro amministratori e dipendenti), che vengono in contatto con p.a. quali controparti di contratti, accordi, convenzioni o affidatari di incarichi o consulenze. Difatti, sia l’art. 2, c. 3, del d.p.r. 62/2013 (33) sia l’art. 1, c. 2, del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli prevedono che *“Le disposizioni contenute nel presente*

(28) Art. 51 c.p.c. Astensione del giudice.

Il giudice ha l’obbligo di astenersi [c.p.c. 73]:

se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;

se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado [c.c. 74, 76] o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;

3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;

4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;

5) se è tutore, curatore [c.c. 346, 392], amministratore di sostegno [c.c. 404], procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un’associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa [c.c. 39, 2247].

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell’ufficio l’autorizzazione ad astenersi; quando l’astensione riguarda il capo dell’ufficio l’autorizzazione è chiesta al capo dell’ufficio superiore”.

(29) *Ex pluribus*, Tar Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 19 maggio 2016, n. 517, secondo cui le cause d’incompatibilità sancite dall’art. 51 c.p.c. sono estensibili, proprio in rispetto al principio costituzionale di imparzialità, a tutti i campi dell’azione amministrativa, in quanto presunzioni di doverosa declinatoria eccepibile dalla parte interessata. Prima causa d’incompatibilità contemplata dal codice di procedura civile, con conseguente obbligo di astensione del funzionario che versi in tale ipotesi, è esattamente l’aver interesse proprio nella causa (*id est* nel procedimento amministrativo) o in altra vertente su identica questione di diritto. L’obbligo di astensione figura altresì tra i doveri che il codice di comportamento dei pubblici dipendenti, approvato con d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, configura tra i doveri d’ufficio la cui violazione è fonte, ferme restando le ipotesi di responsabilità civile, penale e amministrativa, di responsabilità disciplinare.

(30) L’art. 78, c. 2, d.lgs. n. 267/2000 prevede che *“Gli amministratori di cui all’articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L’obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell’amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado”.*

(31) Recita la norma dell’art. 11, c. 8, d.lgs. n. 175/2016: *“gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti”.*

(32) Sul tema v. V. Tenore, *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, Giuffrè, Milano, 2012.

(33) Prevede l’art. 2, c. 3, d.p.r. n. 62/2013 che *“Le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell’amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice”.*

codice si applicano a tutti i dipendenti dell’Agenzia nonché, in quanto compatibili, a tutti i collaboratori e consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico, individuati mediante pubblicazione obbligatoria sul sito internet dell’Agenzia e ai collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi” (così il codice dell’Agenzia). Ciò comporta, sia per il conferente l’incarico (p.a.) che per destinatario (privato), l’obbligo di inserire – nel contratto, nell’accordo o nell’atto di conferimento – apposita clausola che preveda che una dichiarazione mendace del privato comporterà la revoca dell’incarico, originando concorrenti profili penali e risarcitori, come si vedrà.

Non condividiamo l’indirizzo giurisprudenziale (34) espresso in sede penale, e verosimilmente dettato dal timore di “abuso di denuncia”, secondo cui le cause di astensione (aventi rilevanza *ex art. 323 c.p.*) sarebbero tassative, avendo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (35) spiegato come, anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 6-*bis* della l. n. 241/1990, che impone l’astensione in caso di conflitto d’interessi anche potenziale, le cause di incompatibilità dei componenti delle commissioni di concorso indicate dall’art. 51 (astensione per i magistrati) rivestano carattere tassativo e sfuggano all’applicazione analogica poiché va tutelata l’esigenza di certezza dell’azione amministrativa. È agevole replicare a tale approdo interpretativo che sia l’art. 51, c. 2, c.p.c. sia i soprarichiamati precetti dell’art. 7 d.p.r. n. 62/2013 (recepiti nel corrispondente art. 7 del codice di comportamento del personale dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli), pur ispirati a una tendenziale tipizzazione di taluni evidenti casi di conflitto di interesse, sono suscettibili di più ampia interpretazione, senza ricorrere al meccanismo della analogia, in quanto è il dato testuale a stabilire che “*Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza*” e lo stesso vale per i magistrati. Potrebbero dunque esserci situazioni ulteriori rispetto a quelle riconducibili a legami familiari, affettivi, amicali o inimicali, economici o credito/debitorie.

Va poi ricordato che anche un altro precetto del d.p.r. n. 62/2013 (recepito nell’art. 6, cc. 1 e 2, del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli) regola il conflitto di interesse: gli artt. 6 e 13 del d.p.r. n. 62/2013, unitariamente recepiti nell’art. 6, cc. 1 e 2, del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli. Quest’ultimo recita “1. *Il dipendente, all’atto di assegnazione all’ufficio, informa per iscritto il dirigente circa tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando: a) se egli, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i precedenti rapporti di collaborazione; b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all’ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate. 2. Il dirigente, inoltre, prima di assumere le sue funzioni, comunica al proprio sovraordinato gerarchico le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari che possano porlo in conflitto di interessi con l’attività istituzionale della Struttura di cui assumerà la responsabilità e dichiara se ha parenti e affini entro il secondo grado, coniuge o convivente che esercitano attività politiche, professionali o economiche che li pongano in contatti frequenti con l’ufficio che dovrà dirigere o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività inerenti all’ufficio. Il dirigente, previa motivata richiesta, fornisce informazioni sulla propria situazione patrimoniale e le proprie dichiarazioni annuali dei redditi*”.

È dunque evidente in tutta la p.a., ivi compresa l’Agenzia delle dogane e dei monopoli, la notevole e crescente attenzione al conflitto di interesse, le cui manifestazioni sono state oggetto di una tendenziale tipizzazione, completata, assai opportunamente, da clausole più aperte: difatti, il già citato art. 7 del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli, se da un lato positivizza alcuni casi tipici di conflitto di interesse (36), al comma 2, con previsione “di chiusura”, lo individua, con conseguente obbligo di astensione, “[...] *in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza*”. Da qui i fatali ampi margini valutativi da parte degli organi disciplinari nel vagliare, come possibili illeciti, talune mancate astensioni per conflitto potenziale di interesse a fronte di evenienze non tipizzate, ma comunque “sconvenienti”.

Non solo l’attenzione normativa legislativa e regolamentare, ma anche quella giudiziaria e mediatica si è spesso concentrata su ipotesi di conflitti di interesse, come meglio si vedrà nel successivo par. 3: tra i settori maggiormente attenzionati il comparto sanità, in quanto connotato da rilevanti flussi di denaro e forti e suadenti pressioni di aziende farmaceutiche e fornitrici su personale sanitario preposto ad acquisti di farmaci, protesi e articoli sanitari, sovente

(34) Cass. pen., Sez. VI, 3 maggio 2021, n. 16782, in *Guida dir.*, 2021, 23, 84, con nota di G. Amato, *C’è reato se la disistima riguarda fatti estranei a compiti istituzionali*.

(35) Cons. Stato, Sez. III, 29 aprile 2019, n. 2775; 28 aprile 2016, n. 1628; Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3373; Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015.

Sulla *ratio* sottesa, ovvero il rischio di “*abuso di denuncia*” da parte di taluni soggetti per impedire la regolare costituzione di un organo non gradito (es. in gare o concorsi), v. Cons. Stato, Sez. III, n. 1577/2014, cit.; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 24 ottobre 2022, n. 2988.

(36) Recita l’art. 7, c. 2: “2. *Il dipendente si astiene dal partecipare all’adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di parenti e/o affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti o organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito, ovvero di soggetti o organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni, comitati, società di cui sia amministratore o gerente o dirigente*”.

qualificati come “infungibili” per favorire acquisti senza gara. Il tema, assai interessante, esula dagli intenti di questo studio più sistemico e non settorialmente votato al comparto sanità (37).

3. Conseguenze derivanti dalla violazione dei precetti sul conflitto di interesse: disciplinari, penali, civili, amministrativo-contabili, dirigenziali

La violazione dei precetti sul conflitto di interesse, che impone l’astensione del dipendente pubblico dal “trattare pratiche” (es. di autorizzatorie, concessorie, negoziali, finanziarie, concorsuali, ispettive, ecc., in palese violazione dell’art. 98 Cost. e del d.p.r. n. 62/2013), in cui non sia in grado di assicurare terzietà gestionale e indipendenza di giudizio, può comportare diverse e concorrenti conseguenze sanzionatorie: disciplinari, penali, civili, amministrativo-contabili, dirigenziali, come desumibile dal sistema e come testualmente confermato dall’art. 54, c. 3, d.lgs. n. 165/2001 (38).

Ovviamente tali responsabilità sorgono solo ove si configuri un reale o potenziale conflitto ben acclarato e non solo lamentato o prospettato dall’interessato: la giurisprudenza analizzata nel successivo par. 4 evidenzierà come la tassatività delle ipotesi di astensione per conflitto di interesse e il loro rigoroso accertamento in concreto portino a escludere molto spesso la sussistenza dei presupposti per l’astensione (il caso della “*notoria inimicizia*” infra-analizzato è un caso emblematico della frequente temerarietà di tale asserito vizio procedurale sovente prospettato in varie sedi).

Dunque, le cinque responsabilità prospettabili sono le seguenti:

A) sul piano interno, è evidente che l’inosservanza di qualsiasi precetto del codice di comportamento, e dunque anche sul conflitto di interesse, assuma valenza *disciplinare*. La conclusione, già in passato desumibile dal sistema per i prevalenti codici di comportamento del 31 marzo 1994 e del 28 novembre 2000, è oggi confermata dal cennato art. 54, c. 3, d.lgs. n. 165 e dal codice disciplinare rinvenibile in tutti i c.c.n.l. di comparto (39).

In ossequio al basilare principio di proporzionalità punitiva (40), ovviamente, la sanzione potrà essere conservativa o espulsiva a seconda della gravità della condotta, della sua reiterazione, dei danni arrecati all’amministrazione, alla qualifica del dipendente, di attenuanti o di aggravanti, del concorso di persone nella condotta. Di recente la Cassazione ha confermato un licenziamento per mancata astensione (41).

L’iter punitivo seguirà le comuni regole ispirate al contraddittorio, alla tempestività, alla trasparenza, alla parità di trattamento e all’autonomia dall’azione penale (42) e, non trattandosi di condotta minimale da richiamo verbale, la competenza punitiva spetterà all’Ufficio procedimenti disciplinari (Upd) *ex art. 55-bis*, c. 2, d.lgs. n. 165/2001.

Le casistiche più frequenti, oltre alla violazione dell’obbligo di comunicare al superiore gerarchico, come previsto dal codice di comportamento (v. artt. 5 e 6 codice comportamento del personale dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli), i legami o le partecipazioni in associazioni o società che possono in astratto porre problemi di conflitto di interesse, hanno riguardato ipotesi di attività extralavorative non espletabili (es. funzionario dell’Agenzia delle dogane

(37) Dopo un sofferto iter parlamentare, è stata approvata la l. 31 maggio 2022, n. 62. Si tratta del c.d. *Sunshine Act* italiano, “*Disposizioni in materia di trasparenza dei rapporti tra le imprese produttrici, i soggetti che operano nel settore della salute e le organizzazioni sanitarie*” che, in linea con Usa, Francia, Gb, vuol rendere più trasparenti i rapporti tra le imprese produttrici, i professionisti e le aziende della sanità pubblica e Stato. Questa legge intende garantire il diritto alla conoscenza dei rapporti intercorrenti tra le imprese produttrici e i soggetti operanti nel settore della salute, per finalità di trasparenza nonché di prevenzione e contrasto della corruzione nell’azione amministrativa, e colmare così un vuoto normativo sulle dinamiche in cui vi è un trasferimento di valore a scopo commerciale, di promozione o di sviluppo dei prodotti attraverso la creazione di un registro pubblico telematico in cui tutte queste informazioni sono raccolte e rese disponibili a tutti in maniera aperta.

Inoltre, nel 2006, il Comitato nazionale per la bioetica, istituito sotto la Presidenza del Consiglio dei ministri, ha pubblicato un documento dal titolo “*Conflitti di interesse nella ricerca biomedica e nella pratica clinica*”.

Sul tema dei conflitti di interesse in sanità, Farmindustria (che unisce 163 aziende) ha adottato nel 2016 un codice deontologico che richiede a tutte le aziende associate la pubblicazione dei dati sui trasferimenti di valore verso professionisti e aziende sanitarie. Tuttavia, il 45% delle società che fanno parte dell’associazione non pubblica tali informazioni, tra l’altro lacunose, e non fornisce dati aggregati in unitaria banca dati (occorre andare nel sito di ogni impresa) e poi non esistono sanzioni. Rendendo così inefficace questa autoregolamentazione. Anche Transparency International Italia e React, nell’ambito del Forum per l’integrità in sanità del 2020, hanno pubblicato a luglio 2021 un *policy paper* contenente talune osservazioni e proposte sul tema del conflitto di interesse.

(38) Recita l’art. 54, c. 3, d.lgs. n. 165: “*La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all’attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l’applicazione della sanzione di cui all’articolo 55-*quater*, comma 1*”.

(39) Sul punto, v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 2021, 157 ss.

(40) Sulla proporzionalità il rinvio è sempre a V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 198 ss.

(41) Cass., Sez. lav., 25 settembre 2018, n. 22683: in tema di pubblico impiego privatizzato, ha rilievo disciplinare e legittima la sanzione espulsiva del licenziamento la condotta del dipendente, responsabile del procedimento amministrativo, il quale ometta di astenersi dalle attività di ufficio in caso di conflitto di interessi, ovvero ometta di segnalare situazioni di conflitto, anche solo potenziale, venendo in rilievo obblighi finalizzati a garantire la trasparenza e imparzialità dell’azione amministrativa e, a un tempo, a prevenire fenomeni corruttivi.

(42) Su tutti i richiamati principi fondanti del sistema disciplinare il rinvio è sempre a V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 190 ss.

e dei monopoli che nel pomeriggio lavori “in nero” presso uno spedizioniere o un commercialista) o non precedute da autorizzazione che serve anche a valutare conflitti reali o potenziali di interesse (es. funzionario dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli che svolga incarichi esterni occasionalmente presso privati) (43). Ma ben ipotizzabili sono ricadute disciplinari derivanti da mancate astensioni su pratiche relative a parenti, amici, soggetti frequentati abitualmente o a società di cui il funzionario è socio (si pensi a un funzionario dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli che controlli spedizioni provenienti o destinate a propri parenti o amici o a società di cui è pur legittimamente socio).

Da segnalare la vasta casistica giurisprudenziale e persino disciplinare presso il Csm relativa a mancate astensioni di magistrati in conflitto di interesse in violazione dell’art. 51 c.p.c. (44).

Tali sanzioni disciplinari operano per il solo personale dipendente (anche a termine o con incarico dirigenziale esterno ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 e art. 110 Tuel), mentre per il personale privato legato alla p.a. da rapporto contrattuale (aggiudicatari di appalti, fornitori, ecc.) o affidatario di incarichi (consulenti, docenti, esperti), e parimenti tenuto alla osservanza dei precetti del codice di comportamento (tra cui quelle sul conflitto di interesse) ex art. 2, c. 3, d.p.r. n. 62/2013 ed ex art. 1, c. 2 codice di comportamento Agenzia delle dogane e dei monopoli, non possono applicarsi sanzioni disciplinari, ma si procederà sul piano civilistico alla risoluzione del contratto o alla revoca dell’incarico per grave inadempimento o, se si tratta di condotte minori, alla sospensione temporanea del contratto o dell’incarico ovvero all’applicazione di penali (che è opportuno prevedere al momento della sottoscrizione del contratto o dell’affidamento dell’incarico, quali “pene private” a fronte di inadempimenti anche parziali).

B) La violazione del principio di esclusività, l’agire in situazioni di conflitto di interesse quale conseguenza della mancata astensione possono poi assumere valenza *penale*: a prescindere da pur possibili forme di truffa ai danni dello Stato, di falso in autodichiarazioni, di concorso nel reato con il soggetto beneficiario dal provvedimento non rilasciabile dal pubblico dipendente in conflitto di interessi o di reati più gravi quali la corruzione se la mancata astensione sia frutto di un “prezzo”, tale omessa astensione realizza di regola una testuale ipotesi di abuso d’ufficio. Recita difatti l’art. 323 c.p. (45): “*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità*”.

Trattasi di norma penale in bianco quella dell’art. 323 c.p. nella parte in cui parla di omessa astensione “*in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti*”, ben completabile ad opera di fonti secondarie, quale l’art. 7 del d.p.r. n. 62/2013 (già art. 6 del d.m. 31 marzo 1994), come statuito dalla giurisprudenza (46), essendo preservato il canone della tipicità e della tassatività propri del precetto penale quando il livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria si risolve solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria.

Può incorrere nel reato non qualsiasi dipendente, ma solo chi assuma la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Dunque, tale qualifica non è individuabile in qualsiasi attività, ad esempio endoprocedimentale, espletata da un dipendente della p.a., ma solo in quelle riconducibili alle espressioni autoritative e volitive degli artt. 357 e 358 c.p. (47): si pensi a funzionari dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli preposti a compiti di controllo

(43) Sulle conseguenze disciplinari, espulsive o conservative, derivanti dalla violazione del regime autorizzatorio delineato dall’art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 178 ss.

(44) Sul punto, v. M. Fresca, *La giustizia disciplinare*, Napoli, Esi, 2021, 264, 289.

(45) Sull’art. 323 c.p. novellato, tra i tanti saggi v. G.L. Gatta, *La riforma del 2020*; M. Gambardella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*; T. Padovani, *Una riforma imperfetta*, tutti in B. Romano (a cura di), *Il nuovo abuso d’ufficio*, Pisa, Pacini, 2021; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in M. Catenacci, V.N. D’Ascola, R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, RomaTre Press, 2021; V. Manes, *Sull’abuso d’ufficio non pesa il semplice eccesso di potere*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 luglio 2020; A. Natalini, *Nuovo abuso d’ufficio, il rischio è un’incriminazione fantasma*, in *Guida dir.*, 2020, 42, 24; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in <www.giurisprudenzapenale.com>, 28 luglio 2020.

(46) Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 2008, n. 27936; Sez. fer., 17 novembre 2020, n. 32174; Sez. VI, 8 settembre 2021, n. 33240; 9 dicembre 2020, n. 442; Trib. Roma, Sez. III pen., 22 ottobre 2021, n. 12169.

(47) Art. 357 c.p. (pubblico ufficiale): “*Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*”.

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

Art. 358 c.p. (incaricato di pubblico servizio): “*Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio*”.

Per pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest’ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”.

doganale, a gare, a commissioni di concorso, a uffici disciplinari, a compiti ispettivi che non si astengano in situazioni di conflitto di interesse codificate nel codice di comportamento approvato con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014.

Pertanto le attività amministrative interne prive di rilevanza afflittiva esterna, le attività meramente istruttorie ancorché propulsive di successivi interventi sanzionatori (si pensi a doverose richieste di indagini ispettive interne da parte di un dirigente su fatti potenzialmente illeciti di subordinati; si pensi a segnalazioni all'Upd da parte di un capostruttura di illeciti posti in essere da subordinati) non sono atti di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio, oltre ad essere condotte propulsive *doverose* per un dirigente (le cui inerzie nel segnalare illeciti sono passibili di sanzioni nei suoi confronti *ex artt. 55-quater, c. 3-quinquies, e 55-sexies, c. 3, d.lgs. n. 165/2001*) (48) e comunque inidonee a procurare *a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale* ovvero ad arrecare *ad altri un danno ingiusto*, come richiesto dall'art. 323 c.p.

La Cassazione (49) ha sotto quest'ultimo profilo di recente ribadito che, secondo un consolidato principio giurisprudenziale, anche nel caso in cui il reato di abuso d'ufficio consegua alla violazione dell'obbligo di astensione, è richiesta la sussistenza dell'ulteriore elemento costitutivo del danno o vantaggio ingiusto. Il danno ingiusto non deriva, *in re ipsa*, dalla violazione dell'obbligo di imparzialità gravante sul pubblico ufficiale, ma è requisito ulteriore e diverso rispetto alla violazione del dovere di imparzialità, che presuppone la produzione di un effetto pregiudizievole, concreto e individuabile, conseguente alla mancata astensione la violazione del dovere di astensione non comporta di per sé la responsabilità dell'agente se dal fatto non deriva alcun ingiusto vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno.

A identico approdo giunge l'indirizzo di legittimità (50) secondo cui l'art. 323 c.p. delinea un reato di evento e non attribuisce rilievo alla mera esposizione a pericolo dell'interesse garantito, sicché deve escludersi l'esistenza del delitto allorché non vi sia la prova certa che dalla condotta sia conseguito un risultato *contra ius*, e ciò anche nel caso in cui la condotta dell'agente sia *non iure*. La mera violazione del dovere di astensione non è punibile in se stessa, dovendo essa essere, da una parte, diretta in modo idoneo e non equivoco a cagionare l'evento normativamente previsto, e, dall'altra, sorretta dal dolo intenzionale richiesto dalla norma incriminatrice. La violazione del dovere di astensione, cioè, non comporta di per sé la responsabilità dell'agente se dal fatto non deriva alcun ingiusto vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno.

Va poi rimarcato che il decreto Semplificazioni (d.l. n. 76/2020), con l'intento di ridimensionare il reato di abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*, ha espunto dalla norma i riferimenti all'attività connotata da margini di *discrezionalità* (51) e viziata da eccesso di potere, limitando la potestà di controllo del giudice penale soltanto in relazione all'*attività vincolata*: tale principio di fondo, ovvero quello della non configurabilità del reato a fronte di scelte discrezionali del pubblico

(48) Sulla obbligatorietà dell'azione disciplinare e dunque delle connesse segnalazioni e verifiche ispettive preliminari, v. Cass., Sez. lav., 10 luglio 2020, n. 14810; 8 agosto 2019, n. 21202. Tale indirizzo recepisce la tesi sostenuta in dottrina da V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 190 ss.

(49) Così Cass. pen., Sez. VI, 12 luglio 2021, n. 26429 (fattispecie relativa a un p.m. penale che non si è astenuto nel formulare al Gip, che la aveva valutata e concessa, richiesta di misura cautelare nei confronti di un indagato, ex marito di una donna da lui malmenata, di cui il magistrato inquirente era divenuto compagno); 6 febbraio 2020, n. 12075; 15 marzo 2016, n. 14457; 27 ottobre 2009, n. 47978 (fattispecie relativa alla condotta di un vice-procuratore onorario che non si era astenuto dal trattare il procedimento penale nel quale era imputato un soggetto di cui era stato in precedenza difensore).

(50) Cass. pen., Sez. VI, n. 16782/2021, cit.; la decisione richiama Cass. pen., Sez. VI, n. 12075/2020, cit.; n. 14457/2016, cit.; n. 47978/2009, cit.; 26 aprile 2007, n. 26324; 21 febbraio 2003, n. 11415. La decisione chiarisce che non è ingiusto il profitto o il danno ogni qual volta vi sia stata la violazione del dovere di astensione, occorrendo invece che profitto e danno siano in se stessi ingiusti; il danno o il vantaggio procurato non possono considerarsi ingiusti in tutti i casi in cui un corretto uso del potere discrezionale da parte di un altro pubblico ufficiale, non interessato all'atto, avrebbe condotto allo stesso risultato. L'ingiustizia del danno non si identifica nella illegittimità del mezzo utilizzato: esso deve sussistere a prescindere dall'abuso perpetrato, attesa la necessità che il risultato della condotta corrisponda di per sé ad una situazione anti-giuridica, senza considerare il mezzo con cui questa è stata posta in essere (cfr. Cas. pen., Sez. VI, 18 marzo 2016, n. 17676).

(51) Con la recente riforma del reato di abuso di ufficio, la dicotomia *attività discrezionale-attività vincolata* approda nel testo della fattispecie penale dell'art. 323 c.p., ma era già espressa nella seguente disciplina amministrativa: l'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, secondo cui è vietato l'annullamento del provvedimento per violazione di norme formali o procedurali "qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"; l'art. 31, c. 3, c.p.a. "Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata"; l'art. 19, c. 1, l. n. 241/1990, per delimitare i casi in cui all'autorizzazione si sostituisce la Scia "ogni atto di autorizzazione [...] il cui rilascio dipende esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale".

Il "catalogo" degli atti vincolati, d'altra parte, si è arricchito nel tempo di varie ipotesi tratte dall'elaborazione giurisprudenziale, tra cui è possibile citare: le sanzioni in materia di urbanistica e di edilizia; - la materia dei contratti pubblici, tra l'altro, nelle fasi di accertamento dei requisiti e di applicazione dei criteri di verifica dell'anomalia delle offerte; le prestazioni patrimoniali imposte ai privati (c.d. potere impositivo); l'attribuzione di contributi e di sovvenzioni ai privati; la materia dell'iscrizione agli albi professionali; l'applicazione dello sconto obbligatorio sul prezzo dei farmaci previsto dall'art. 13, c. 1, lett. a), d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (convertito in l. 24 giugno 2009, n. 7735); la sospensione obbligatoria dalla carica del Sindaco destinatario di determinate condanne penali prevista dall'art. 11 del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235; la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della licenza di porto di fucile per uso di caccia prevista dall'art. 32 della l. 11 febbraio 1992, n. 1573; le sanzioni in materia ambientale per lo sfioramento dei parametri di riferimento.

ufficiale, vale, per la sua portata sistemica e ragionevolezza oggettiva, anche per l'ipotesi di mancata astensione per l'espletamento di *attività vincolate*, in cui il rischio di "abusi" da conflitto di potere sono inipotizzabili.

Inoltre la Cassazione penale e quella civile hanno univocamente chiarito (52) che, ai sensi dell'art. 51, n. 3, c.p.c. (norma prevista per i magistrati, ma valevole anche per tutti i dipendenti pubblici in base all'identica formulazione dell'art. 7 d.p.r. n. 62/2013), la "*grave inimicizia*" che impone l'astensione deve riferirsi a ragioni private di rancore o di avversione sorte nell'ambito di rapporti estranei ai compiti istituzionali, né è rinvenibile in pareri non lusinghieri espressi in contesti lavorativi (53). Ma anche la giurisprudenza lavoristica è monolitica nel ribadire che l'inimicizia che impone l'astensione è quella qualificata, ossia tradottasi in contenziosi *inter partes* per fatti extralavorativi, non avendo rilevanza i fisiologici dissapori tra colleghi ancorché tradottisi in denunce penali o persino in azioni civili in qualche caso) (54). In conclusione, è in concreto integrata l'ipotesi di inimicizia grave quando, all'esito di un rigoroso scrutinio,

(52) Cass. pen., Sez. VI, n. 16782/2021, cit.; Sez. II, 31 ottobre 2018, n. 27973; Sez. VI, 14 luglio 2012, n. 34280: quest'ultima ha chiarito che, nell'esercizio dei poteri di disciplina, l'obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, sicché non può costituire elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell'incolpato la proposizione (come nel caso in esame) di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare (nella specie, un dirigente scolastico era stato accusato di abuso di ufficio per avere omesso di astenersi, in presenza di un interesse personale, determinato dalla pendenza di una causa di lavoro per *mobbing* e di un procedimento penale, dal contestare una infrazione disciplinare).

(53) Afferma Cass. pen., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 16782, che il dovere di astenersi derivante dalla *grave inimicizia* presuppone che tra il pubblico agente e il destinatario dell'atto amministrativo sussistano motivi di rancore personale, mentre tale requisito non è integrato in presenza di manifestazioni di disistima e di critica professionale (fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'obbligo di astensione in capo al direttore generale di un'azienda sanitaria che, dovendo procedere alla nomina di un dirigente di struttura complessa, e potendo esercitare un'ampia facoltà di scelta discrezionale, preferiva altro candidato rispetto ad un soggetto che, in più occasioni, aveva manifestato di non stimare sotto il profilo professionale).

(54) Secondo Tar Lazio, Roma, 2 marzo 2022, n. 2433, l'aver presentato, da parte del militare inquisito disciplinarmente, denunce penali nei confronti del superiore gerarchico (senza allegarne, peraltro, l'esito) non comporta alcun dovere di astensione di quest'ultimo nei successivi procedimenti disciplinari, non ricorrendo né gli estremi della lite pendente né quelli della grave inimicizia. Diversamente ragionando, si arriverebbe alla paralisi del potere disciplinare, perché il superiore che sia stato denunciato dall'inferiore dovrebbe astenersi, per questo solo fatto, in tutti i successivi procedimenti disciplinari.

Ma anche la Cassazione penale (Sez. VI, n. 34280/2012, cit.) ha chiarito che, nell'esercizio dei poteri di disciplina, l'obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, sicché non può costituire elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell'incolpato la proposizione (come nel caso in esame) di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare (nella specie, un dirigente scolastico era stato accusato di abuso di ufficio per avere omesso di astenersi, in presenza di un interesse personale, determinato dalla pendenza di una causa di lavoro per *mobbing* e di un procedimento penale, dal contestare una infrazione disciplinare).

Anche Tar Campania, Napoli, Sez. I, 19 maggio 2010, n. 7147, afferma che, stante la natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento disciplinare a carico dei magistrati amministrativi e l'identica natura dell'organo disciplinare, il regime di incompatibilità va ricercato non già nell'art. 51 c.p.c. (che annovera tra le ragioni di astensione anche le "cause pendenti" tra il giudice e la parte od altra norma sugli organi giurisdizionali), bensì, in via analogica, nell'art. 149 d.p.r. n. 3/1957 sul "giudice disciplinare" nel pubblico impiego, il quale contempla l'ipotesi della "inimicizia grave" tra il componente dell'organo di disciplina (o alcuno dei suoi prossimi congiunti) e l'impiegato sottoposto al procedimento disciplinare. Detta situazione di "inimicizia grave" ricorre soltanto quando l'inimicizia sia dettata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e, in particolare, non può essere unilateralmente determinata dallo stesso soggetto inquisito, neppure attraverso la proposizione di denunce penali o di querele che siano, appunto, legate all'esercizio della funzione disciplinare senza riferimento alla sussistenza di un interesse personale del membro dell'organo di disciplina, con conclusione "*a fortiori*" estendibile al caso in cui il soggetto inquisito, come nel caso di specie, abbia convenuto in giudizio per danni quest'ultimo in relazione ad un preteso illegittimo esercizio della sua funzione.

Anche per Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2007, n. 5437, l'obbligo di astensione sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio; non può costituire, pertanto, elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell'incolpato anche la proposizione di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare. *In terminis*, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 giugno 2021, n. 1152, per il quale la presentazione di denunce, come anche le pubbliche accuse di scorretta amministrazione dell'urbanistica comunale, non possono essere considerate motivo di astensione obbligatoria del funzionario. La tesi è pacifica: v. Tar Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 18 gennaio 2021, n. 6; Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 7 luglio 2020, n. 267; Tar Marche, Ancona, Sez. I, 26 marzo 2019, n. 175.

Anche per i magistrati, Cass. pen., Sez. VI, 13 marzo 2018, n. 22540, afferma addirittura che non solo la presentazione di una denuncia penale ma anche l'instaurazione di una *causa civile* per il risarcimento del danno nei confronti di un magistrato non è di per sé sufficiente a integrare l'ipotesi di ricasazione trattandosi di iniziative riferibili alla parte e non al magistrato, mentre il sentimento di grave inimicizia, per risultare pregiudizievole, deve essere reciproco e deve trarre origine da rapporti di carattere privato, estranei al processo, non potendosi desumere dal mero trattamento riservato in tale sede alla parte, anche se da questa ritenuto frutto di mancanza di serenità (fattispecie relativa a dichiarazione di ricasazione fondata sulla presentazione di una domanda di risarcimento danni nei confronti del magistrato in quanto lo stesso aveva fatto parte, in qualità di relatore, del collegio che aveva applicato al ricorrente la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, successivamente revocata dalla corte di appello).

Anche Cass. pen., Sez. VI, 27 maggio 2020, n. 28113, conferma che, in tema di ricasazione, non integrano inimicizia grave, ai sensi degli artt. 36, c. 1, lett. d), e 37, c. 1, lett. a), c.p.p., le manifestazioni di dissenso ideologico e culturale, anche radicale, del giudice rispetto all'attività svolta dall'imputato, ove non si traducano in un'avversione di tipo personale, incompatibile con le logiche di neutrale professionalità che devono invece informare la condotta del decisore. (Fattispecie in cui sono state ritenute non significative di inimicizia grave

si possa ritenere che la presentazione della denuncia o querela abbia tratto origine da esperienze di vita e rapporti interpersonali che esulano dalla sfera strettamente professionale.

Si è già sopra detto che non condividiamo l'indirizzo giurisprudenziale (55), espresso in sede penale, secondo cui le cause di astensione (aventi rilevanza *ex art. 323 c.p.*) sarebbero tassative per evitare il c.d. abuso di denuncia.

Non vanno poi dimenticati, in relazione ad altre fattispecie di reato ipotizzabili in materia di conflitto di interesse, i non rari giudizi su profili di truffa ai danni dello Stato o di false autodichiarazioni relativi alla violazione dolosa da parte di dipendenti pubblici (soprattutto professori universitari o medici in regime di tempo pieno o di *intramoenia*) delle basilari regole sul divieto di espletamento di attività extralavorative senza autorizzazione o non autorizzabili, in spregio dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 e di norme settoriali (ad esempio, per i professori universitari a tempo pieno, dell'art. 6, c. 10, della legge Gelmini 30 dicembre 2010 n. 104), con conseguente introito di somme non dovute per maggiorazioni retributive correlate a regimi di esclusiva lavoristica e, dunque, al divieto di espletare incarichi libero-professionali o *extramoenia* (rispettivamente per docenti e medici pubblici).

C) La mancata astensione nonostante il conflitto di interesse in capo al funzionario deliberante o agente può inoltre originare una *responsabilità civile* nascente da contenziosi amministrativi tesi all'annullamento di gare, concorsi, procedimenti vari e a cumulative azioni risarcitorie innanzi al medesimo complesso Tar-CdS. Si pensi al caso di mancata astensione da parte di un commissario di gara nonostante la partecipazione di una impresa di un suo stretto congiunto risultata poi vincitrice: l'aggiudicazione risulterebbe annullabile e il successivo annesso contratto diverrebbe inefficace (56). Una società concorrente esclusa, dunque, potrebbe far invalidare la gara per violazione di legge (la mancata astensione) e chiedere il risarcimento dei danni patiti (costi sopportati per la partecipazione e perdita della *chance*, ove provata). Ad analogo approdo dovrebbe pervenirsi in caso di annullamento di un concorso per mancata astensione di un commissario in evidente conflitto di interesse, con richiesta altresì di risarcimento dei danni a favore dei candidati ricorrenti (per spese di viaggio, albergo, pasti, e per sofferenza, patimento, ecc.).

Il soggetto evocato in tali possibili contenziosi sarà la p.a. e più difficilmente il singolo dipendente che ha portato al vizio invalidante e foriero di danno, stante la evidente maggior capienza patrimoniale del datore, corresponsabile solidale *ex art. 28 Cost.*

D) Tali ultimi esempi evidenziano altresì una ben ipotizzabile *responsabilità amministrativo-contabile* (57) per i possibili danni erariali patiti dalla p.a. che si veda annullare una gara o un concorso per una mancata astensione di un componente della commissione: oltre ai danni risarciti al terzo (impresa ricorrente; candidati ricorrenti), configuranti un c.d. danno patrimoniale indiretto per la p.a., vi è un ulteriore e concorrente danno patito dal soggetto pubblico, ovvero quello per i costi sopportati per la procedura di gara o per quella concorsuale (affitto di costosi locali, dispendio di ore lavorative per attività rivelatesi inutili, ecc.).

Non è da escludere, in qualche caso connotato da peculiare gravità dei fatti e rilevante ritorno mediatico, un danno all'immagine, purché il fatto configuri reato (es. abuso d'ufficio, truffa, falso) e dopo il giudicato penale: questi ultimi limiti alla perseguibilità del danno all'immagine sono stati introdotti dall'improvvido "lodo Bernardo" (art. 17, c. 30-ter, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in l. n. 102/2009) (58).

Né può escludersi, sempre che se ne ammetta la sua configurabilità, un danno da "disservizio" (59), ovvero derivante da costi sopportati dalla p.a. per inutile attività gestionale svolta per una gara o un concorso, che ha comportato retribuzione per dipendenti a fronte di attività rivelatesi inutile in quanto viziata dal conflitto di interesse vittoriosamente fatto valere in giudizio. Altra voce di danno da disservizio potrebbe riguardare i costi per verifiche ispettive per la ricostruzione dei fatti che hanno portato all'invalidazione di gare, concorsi o per interventi in autotutela volti a correggere gli errori gestionali commessi con colpa grave o con dolo.

l'adesione del magistrato, già candidato alle elezioni regionali, a partito politico antagonista allo schieramento del ricorrente nonché la redazione di alcuni scritti critici nei confronti di detto schieramento).

Ribadisce Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4009, che l'obbligo di astensione (di un componente della commissione di disciplina) sussiste solo quando l'inimicizia sia dettata da motivi d'ordine personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio.

Sull'"abuso di denuncia" da parte di taluni soggetti per impedire la regolare costituzione di un organo non gradito (es. in gare o concorsi), v. Cons. Stato, Sez. III, n. 1577/2014; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 2988/2022, citt.

(55) Si rinvia al par. 2, nt. 34 e 35. Sull'abuso di denuncia, v. la precedente nt. 54, nel finale.

(56) Gli artt. 21-124 c.p.a. parlano di inefficacia del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione "a monte": in realtà tale categoria attinge al profilo degli effetti derivanti da quella che possiamo definire una nullità speciale del contratto tra p.a. e impresa aggiudicataria: *in terminis*, V. Lopilato, *op. cit.*, 1170 ss.

(57) Sulla responsabilità amministrativo-contabile è sufficiente il rinvio a V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2021.

(58) Sulla portata del lodo Bernardo, prima e dopo la novella del codice del processo contabile (d.lgs. n. 174/2016), cfr. V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 334 ss.

(59) Sul danno da disservizio v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 180 ss.; Id., *La nuova Corte dei conti*, cit., 363 ss.

Assai diffuso è poi il già segnalato contenzioso giuscontabile sui danni da mancati versamenti stragiudiziali al datore di lavoro dei proventi di attività extralavorative non autorizzate o non autorizzabili: la violazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 ha infatti originato moltissimi giudizi innanzi alla Corte dei conti, soprattutto nel mondo universitario e nel comparto sanità (riguardanti quasi esclusivamente docenti a tempo pieno e medici optanti per il regime *intramoenia*), con analisi casistica di centinaia di ipotesi e con importanti pronunciamenti sul computo (purtroppo) al lordo delle somme da versare e sulle attività da ritenere liberalizzate, e come tali non necessitanti autorizzazione (es. attività didattiche o di mera percezione di diritti d'autore, attività meramente consulenziali occasionali per i professori a tempo pieno) (60).

E) Da ultimo, una tollerata e reiterata mancata astensione propria o di propri subordinati in vari procedimenti facenti capo a un ufficio di un ente pubblico potrebbe originare in capo al relativo dirigente una plastica ipotesi di *responsabilità dirigenziale ex art. 21 d.lgs. n. 165/2001* (61). Difatti quest'ultima norma sanziona *“il mancato raggiungimento degli obiettivi, [...] l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, [...] la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione”*. Orbene, a tali previsioni sono verosimilmente riconducibili, ferma restando la responsabilità disciplinare, le predette reiterate tollerate mancate astensioni per conflitto di interesse, passibili di misure gestionali che vanno dal mancato rinnovo dell'incarico al recesso unilaterale.

In conclusione, come si coglie da tali plurimi profili patologici, il canone costituzionale di esclusività statuito dall'art. 98 Cost., sui cui si fondano i precetti sul conflitto di interesse comportante obbligo di astensione, ha una portata non meramente teorica, bensì concreta e dalle diversificate ricadute sanzionatorie.

4. *Alcune casistiche concrete: a) concorsi pubblici; b) gare pubbliche; c) attività extralavorative; d) procedimenti disciplinari; e) controlli e ispezioni; f) interessi finanziari di dirigenti; g) grave inimicizia e amicizie sui social*

Il conflitto di interesse nella gestione amministrativa della pubblica amministrazione si è posto in molte occasioni. Una rassegna casistica (62) appare dunque opportuna.

a) Con riferimento a selezioni o concorsi pubblici

Spesso la magistratura e l'Anac hanno vagliato obblighi di astensione connessi a conflitti di interesse in procedure selettive o concorsuali, utilizzando talvolta impropriamente quale referente l'art. 51 c.p.c. in luogo degli artt. 6 e 7 del d.p.r. n. 62/2013 e codici aziendali di recepimento.

Ad esempio, con la delibera n. 1305 del 2016, l'Anac si è espressa in merito alla mancata dichiarazione, da parte di un pubblico dipendente, della sussistenza di un rapporto di parentela con un soggetto poi assunto dalla stessa amministrazione di appartenenza; il dipendente, nell'ambito della procedura di valutazione delle candidature, avrebbe avuto un ruolo non meramente di ausilio, avendo attivamente collaborato con la sindaca durante la fase di selezione. Nel caso di specie, l'Autorità non ha ritenuto idonea a rimuovere il conflitto di interessi la dichiarazione resa dalla sindaca circa la conoscenza del suddetto rapporto di parentela. Il d.p.r. n. 62/2013, infatti, prevede che l'organo che viene a conoscenza della situazione di conflitto di interessi deve disporre ogni misura volta a evitare la partecipazione del funzionario nei procedimenti nei quali lo stesso possa trovarsi in tale situazione. La partecipazione, da parte del dirigente non astenutosi, all'istruttoria e alla predisposizione dell'atto di nomina, senza l'adozione, da parte dell'amministrazione, di alcun ulteriore provvedimento oltre alla semplice presa di conoscenza da parte della sindaca del conflitto di interessi, hanno costituito, ad avviso dell'Autorità, una violazione dell'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013, con tutte le conseguenze sanzionatorie del caso. Stante, inoltre, la sussistenza di una relazione di parentela, il dipendente non astenutosi avrebbe violato anche l'art. 10 del decreto sopra citato.

La giurisprudenza ha sovente rimarcato (63) la tassatività delle ipotesi di conflitto di interesse ritenendo che nelle procedure concorsuali i componenti delle commissioni esaminatrici hanno l'obbligo di astenersi solo se sussiste una delle condizioni tassativamente indicate dall'art. 51 c.p.c., senza che le cause di incompatibilità previste dalla stessa disposizione possano essere oggetto di estensione analogica. In particolare, l'appartenenza allo stesso ufficio del candidato e il legame di subordinazione o di collaborazione tra i componenti della commissione e il candidato non rientrano nelle ipotesi di astensione di cui all'art. 51 c.p.c. Abbiamo già sopra rimarcato che non condividiamo tale approdo interpretativo in quanto i soprarichiamati precetti dell'art. 7 d.p.r. n. 62/2013 (recepiti nel corrispondente art. 7 del codice di comportamento del personale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli), pur ispirati a una tendenziale tipizzazione di taluni evidenti casi di conflitto di interesse, sono suscettibili di più ampia interpretazione, senza ricorrere al meccanismo della analogia, in quanto è il dato testuale a stabilire che *“Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui*

(60) Per una compiuta analisi della giurisprudenza intervenuta in materia v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 180 ss.; Id., *La nuova Corte dei conti*, cit., 88 ss.

(61) Sulla responsabilità dirigenziale v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 589 ss., con ampi richiami dottrinali.

(62) Per una utile analisi della prassi vagliata dall'Anac in materia di conflitto di interesse, cfr. A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *op. cit.*

(63) Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 796; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 14 giugno 2022, n. 868; Cons. Stato, Sez. III, n. 2775/2019, cit.; n. 1628/2016, cit.; Sez. VI, n. 3373/2017, cit.; Sez. VI, n. 4015/2013, cit.; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 aprile 2019, n. 1844.

esistono gravi ragioni di convenienza". Potrebbero dunque esserci situazioni ulteriori rispetto a quelle riconducibili a legami familiari, affettive, amicali o inimicali e credito/debitorie.

Ma sia il giudice amministrativo che l'Anac hanno sovente vagliato questioni di conflitto in procedure concorsuali in relazione ai concorsi universitari, a fronte della laconicità dei codici di ateneo sui conflitti di interesse in sede selettiva. Un marmoreo indirizzo della magistratura amministrativa afferma che il rapporto di collaborazione accademica tra candidati e commissari, se espressivo di un *"fisiologico e ordinario rapporto di collaborazione scientifica e di ufficio in ambito universitario"*, non si traduce in una sistemica attività di comune e congiunta attività libero-professionale e non è dunque in grado di arrecare pregiudizio all'imparzialità della commissione giudicatrice presieduta dal docente (64). La conoscenza personale e/o l'instaurazione di rapporti lavorativi e accademici non sono motivi di astensione, salvo che i rapporti personali o professionali non siano di rilievo e intensità tali da far sorgere il sospetto che il candidato sia giudicato non in base al risultato delle prove, ma in virtù delle conoscenze personali (65).

La giurisprudenza ha poi più volte ribadito (66) che, ai fini dell'applicazione della fattispecie di cui all'art. 51 c.p.c., la *grave inimicizia* che impone il dovere di astensione deve essere necessariamente fondata su obiettive circostanze di conflittualità con il candidato istante, cui incombe l'onere di provare l'esistenza di comportamenti inequivoci e palesi di ostilità preconcetta. Non possono ricondursi, pertanto, a tale ipotesi, rilevante ai fini ricusatori ai sensi dell'art. 51, c. 1, n. 3, c.p.c. (e agli artt. 6 e 7 d.p.r. n. 62/2013), le normali dinamiche lavorative tra colleghi o tra dirigente e dipendente, di talché è esclusa la sussistenza di una causa di incompatibilità qualora non sia in alcun modo provato che tale contrapposizione abbia superato i limiti della tollerabilità, sfociando in atteggiamenti illeciti e persecutori, volti palesemente e ingiustificatamente a pregiudicare o danneggiare, irrimediabilmente, la persona del proprio dipendente-collaboratore.

Da ultimo va segnalato l'indirizzo secondo cui (67), in tema di abuso d'ufficio, il dovere di astenersi derivante dalla *grave inimicizia* presuppone che tra il pubblico agente e il destinatario dell'atto amministrativo sussistano motivi di rancore personale, mentre tale requisito non è integrato in presenza di manifestazioni di disistima e di critica professionale (fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'obbligo di astensione in capo al direttore generale di un'azienda sanitaria che, dovendo procedere alla nomina di un dirigente di struttura complessa e potendo esercitare un'ampia facoltà di scelta discrezionale, preferiva altro candidato rispetto a un soggetto che, in più occasioni, aveva manifestato di non stimare sotto il profilo professionale).

b) In relazione alle gare pubbliche

Il conflitto di interesse in materia di gare è normato dall'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 (68), che richiama l'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013. Sul piano definitorio, il Consiglio di Stato ha esplicitato (69) che, ai sensi dell'art. 42, c. 2, del

(64) Tra le tante, v. Tar Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 3 giugno 2021, n. 546; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5610; Tar Emilia-Romagna, Sez. I, 1 ottobre 2019, n. 743; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 392. *In terminis*, Anac delib. n. 209/2017 (il provvedimento riguarda un presunto conflitto di interessi in capo al presidente della commissione giudicatrice in una procedura di selezione per un posto di ricercatore universitario con la candidata vincitrice).

La delibera n. 384/2017 ha invece vagliato, escludendolo, il presunto conflitto di interessi in capo a un membro della commissione giudicatrice della selezione indetta per la copertura di un posto di professore ordinario derivante dalla sussistenza di una serie di rapporti professionali di carattere patrimoniale e fiduciario con i familiari della candidata risultata vincitrice. In particolare, i familiari e gli affini della vincitrice avrebbero conferito al commissario valutatore svariati incarichi professionali; l'Anac ha ravvisato l'occasionalità di tali incarichi escludendo dunque un conflitto di interesse valutativo.

Anche nel campo dei concorsi sanitari, Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2019, n. 5397, afferma che nel concorso pubblico per l'assunzione a tempo indeterminato di un dirigente medico, la semplice collaborazione scientifica o anche professionale, all'interno della stessa équipe medica, tra un componente di una commissione di concorso e un candidato non configura automaticamente una situazione di incompatibilità tale da giustificare l'astensione del commissario, purché tale collaborazione non sia in realtà espressione dell'esistenza di una più solida e stabile comunanza di interessi economici e di vita tra le parti.

(65) Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3804.

(66) Da ultimo, Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, n. 267/2020, cit.

(67) Cass. pen., Sez. VI, n. 16782/2020, cit.

(68) L'art. 42 d.lgs. n. 50 recita: *"1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.*

2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico".

(69) Cons. Stato, Sez. V, n. 3415/2017, cit.

d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si ha conflitto di interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi – che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato – ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale, che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

Sul tema sono intervenute le Linee guida Anac n. 15/2019.

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che (70), ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*; in altre parole, per le sue caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è da intendersi come norma *lato sensu* "di pericolo", in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare. Nondimeno, se il conflitto di interessi è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, o addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento conclusivo della procedura, viziato in via derivata dal conflitto di interessi (71).

Costituisce principio generale nella giurisprudenza amministrativa (72) che non sussiste l'obbligo di astensione dall'esercizio delle funzioni di componente della commissione giudicatrice di una procedura concorsuale se la situazione di fatto in concreto verificatasi non sia riconducibile ad alcuno dei casi di astensione o di incompatibilità previsti espressamente dalla legge, né *ex art. 51 c.p.c.*, né *ex art. 13, c. 6, direttiva Ce 18 giugno 1992, n. 92/50*.

Sempre la giurisprudenza ha chiarito che (73) non ricorre una situazione di conflitto di interessi nel caso in cui risulti che un dirigente della p.a. nominato presidente della commissione di gara nel corso degli anni, nello svolgimento delle sue mansioni, abbia adottato molteplici provvedimenti pregiudizievoli tali da determinare l'insorgere di diverse controversie giurisdizionali con l'impresa concorrente; tale fattispecie non integra alcuna delle condizioni tassativamente previste dall'art. 51 c.p.c. e dall'art. 42 d.lgs. n. 50/2016, in presenza delle quali sussiste l'obbligo di astensione dalle funzioni di commissario né un potenziale conflitto di interessi per l'esistenza di gravi ragioni di convenienza, di una causa pendente tra le parti o di una grave inimicizia tra le medesime.

È stato poi precisato (74) che le regole sul conflitto di interesse operano anche per i funzionari esterni, ovvero i professionisti e i professori universitari, allorché l'amministrazione appaltante sia costretta a rivolgersi a tali categorie di soggetti per l'accertata carenza in organico di adeguate professionalità ovvero nei casi in cui, secondo le specifiche previsioni del regolamento, ricorrono esigenze oggettive e comprovate.

c) In materia di attività extralavorative non autorizzabili o non autorizzate

La casistica relativa alla lesione dell'esclusività e del connesso principio di prevenzione del conflitto di interesse a fronte dell'espletamento di attività extralavorative non autorizzabili (in quanto vietate *ex art. 60 ss. d.p.r. n. 3/1957*) o per le quali non è stata chiesta l'autorizzazione prevista dall'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 è davvero poderosa ed è stata vagliata sia in sede lavoristica (innanzi al g.o. o al g.a. a fronte di sanzioni disciplinare inflitte a personale privatizzato e non) sia in sede giuscontabile (per il mancato versamento al datore delle somme percepite senza la previa autorizzazione all'incarico o non autorizzabili proprio: art. 53, cc.7 e 7-bis, d.lgs. n. 165) sia in sede penale (per eventuali profili di truffa ai danni dello Stato o di falso per autodichiarazioni mendaci o non veritiere). Il tema è stato analizzato nel precedente par. 3, al quale è sufficiente rinviare.

Per le attività *assolutamente vietate* (imprenditoriali, commerciali, libero professionali, altri lavori pubblici o privati: art. 60 d.p.r. n. 3/1957, richiamato dall'art. 53 d.lgs. n. 165/2001) opera una presunzione di legge di conflitto di interesse implicante *ope legis* la decadenza non disciplinare dall'impiego in caso di espletamento.

Per le attività invece *autorizzabili* (occasionalmente, svolte nel tempo libero, non lesive dell'immagine della p.a. e non in contrasto con compiti istituzionali), l'art. 53 del d.lgs. n. 165 impone una richiesta al datore e una verifica di quest'ultimo sulla autorizzabilità anche alla stregua della sussistenza di conflitti di interesse, palesemente configurabile se il conferente l'incarico è destinatario (o è stato destinatario: sul punto sarebbe opportuno che i codici di comportamento

(70) Cons. Stato, Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151, che richiama Cons. Stato, Sez. atti norm., n. 667/2019, Sez. III, n. 355/2019 e Sez. V, n. 3048/2020.

(71) Cons. Stato, Sez. III, n. 5151/2020, cit., che richiama Cons. Stato, Sez. V, n. 7389/2019.

(72) Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1011 (nella specie è stata esclusa dall'ambito di operatività dei summenzionati articoli l'ipotesi in cui il membro di commissione di gara fosse legato da rapporto di collaborazione volontaria ed essenzialmente gratuita con una società collegata ad altra partecipante al procedimento di gara).

(73) Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2018, n. 7170. *In terminis*, Tar Lazio, Roma, Sez. II, 9 agosto 2018, n. 8953.

Inoltre, secondo Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4903, è generica l'eccezione con cui ci si duole del fatto che due membri della commissione di gara sono colleghi universitari del progettista, atteso che non viene specificato come l'essere commissari e incaricato della progettazione colleghi universitari dia luogo a una delle tassative cause di astensione di cui all'art. 51 c.p.c.

(74) Cons. Stato, Sez. V, n. 3415/2017, cit.

fissino un periodo “di raffreddamento”) di atti o controlli che fanno capo al dipendente pubblico che riceve l’incarico dal privato.

Per le attività *liberalizzate* infine (quelle che non richiedono autorizzazione *ex art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165*) va comunque prevista una comunicazione conoscitiva al datore per prevenire incomprensioni e, soprattutto, conflitti di interesse che potrebbero configurarsi anche a fronte di attività espletabili sul piano lavoristico (75).

Per approfondimenti sul tema, sul piano normativo e giurisprudenziale, è sufficiente il rinvio a studi specifici (76).

d) Con riferimento all’esercizio dell’azione disciplinare

Pur non operando nel procedimento disciplinare il principio processuale di terzietà valevole per il giudice (è il datore, ovvero una delle parti del rapporto contrattuale, a sanzionare la controparte tramite l’Upd o il capo struttura) (77), l’organo disciplinarmente competente deve agire con serenità, imparzialità ed indipendenza. Sono dunque ben applicabili anche per tale procedimento sanzionatorio gli obblighi di astensione in caso di conflitto di interesse.

Pur non rinvenendosi se non poche casistiche giudiziarie sul punto, è ben ipotizzabile dunque un dovere di astensione (78) del preposto all’azione disciplinare se in rapporto di parentela, notoria amicizia o inimicizia (qualificata, ovvero tradottasi in denunce reciproche per fatti extralavorativi, non avendo rilevanza i fisiologici dissapori tra colleghi ancorché tradottisi in iniziative legali) (79), frequentazione abituale o in rapporto di significativo credito/debito con il collega giudicando.

(75) Si pensi a un primario medico che svolga numerose attività di docenza o scriva molti articoli (attività che non richiedono autorizzazione *ex art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165*), ricevendo buona remunerazione, per azienda farmaceutica o di protesi sanitarie, il quale venga poi a far parte di commissione di gara per forniture sanitarie e farmacologiche nella azienda ospedaliera, con partecipazione alla gara della stessa impresa per cui tiene lezioni o scrive articoli. Palese sarebbe il conflitto di interesse se questa seconda attività fosse intensa e reiterata. Il primario dovrebbe essere escluso dalla commissione di gara per potenziale conflitto di interesse.

(76) Si rinvia alla bibliografia in nt. 26.

(77) Sulla assenza di un principio di terzietà, ma sulla applicabilità degli obblighi di astensione codificati nel codice di comportamento, v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 279 ss.

(78) Tar Campania, Napoli, Sez. VI, 6 luglio 2021, n. 4642: l’obbligo di astensione, tipizzato all’art. 51 c.p.c. (a nostro avviso il richiamo più pertinente sarebbe stato al d.p.r. n. 62/2013, artt. 6 e 7), rappresenta un corollario del principio di imparzialità, sancito dall’art. 97 Cost., il quale, in virtù della sua portata generale, non può non trovare applicazione anche rispetto all’ordinamento militare e in particolare nei procedimenti sanzionatori.

(79) V. la vasta giurisprudenza citata nelle nt. 52-54. Secondo Tar Lazio, Roma, n. 2433/2022, cit., l’aver presentato, da parte del militare inquisito disciplinarmente, denunce penali nei confronti del superiore gerarchico (senza allegarne, peraltro, l’esito), non comporta alcun dovere di astensione di quest’ultimo nei successivi procedimenti disciplinari, non ricorrendo né gli estremi della lite pendente né quelli della grave inimicizia. Diversamente ragionando, si arriverebbe alla paralisi del potere disciplinare, perché il superiore che sia stato denunciato dall’inferiore dovrebbe astenersi, per questo solo fatto, in tutti i successivi procedimenti disciplinari.

Ma anche la Cassazione penale (Sez. VI, n. 34280/2012, cit.) ha chiarito che, nell’esercizio dei poteri di disciplina, l’obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale sussiste solo quando l’inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all’esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, sicché non può costituire elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell’incolpato la proposizione (come nel caso in esame) di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare (nella specie, un dirigente scolastico era stato accusato di abuso di ufficio per avere omesso di astenersi, in presenza di un interesse personale, determinato dalla pendenza di una causa di lavoro per *mobbing* e di un procedimento penale, dal contestare una infrazione disciplinare).

Anche Tar Campania, Napoli, Sez. I, n. 7147/2010, cit., afferma che, stante la natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento disciplinare a carico dei magistrati amministrativi e l’identica natura dell’organo disciplinare, il regime di incompatibilità va ricercato non già nell’art. 51 c.p.c. (che annovera tra le ragioni di astensione anche le “cause pendenti” tra il giudice e la parte o altra norma sugli organi giurisdizionali), bensì, in via analogica, nell’art. 149 d.p.r. n. 3/1957 sul “giudice disciplinare” nel pubblico impiego, il quale contempla l’ipotesi della “inimicizia grave” tra il componente dell’organo di disciplina (o alcuno dei suoi prossimi congiunti) e l’impiegato sottoposto al procedimento disciplinare. Detta situazione di “inimicizia grave” ricorre soltanto quando l’inimicizia sia dettata da motivi di interesse personale, estranei all’esercizio della funzione e, in particolare, non può essere unilateralmente determinata dallo stesso soggetto inquisito, neppure attraverso la proposizione di denunce penali o di querele che siano, appunto, legate all’esercizio della funzione disciplinare senza riferimento alla sussistenza di un interesse personale del membro dell’organo di disciplina, con conclusione “*a fortiori*” estendibile al caso in cui il soggetto inquisito, come nel caso di specie, abbia convenuto in giudizio per danni quest’ultimo in relazione ad un preteso illegittimo esercizio della sua funzione.

Anche per Cons. Stato, Sez. VI, n. 5437/2007, cit.; Sez. IV, 9 giugno 2006, n. 3467, l’obbligo di astensione sussiste solo quando l’inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all’esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio; non può costituire, pertanto, elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell’incolpato anche la proposizione di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare.

Ribadisce Cons. Stato, Sez. VI, n. 4009/2012, cit., che l’obbligo di astensione (di un componente della commissione di disciplina) sussiste solo quando l’inimicizia sia dettata da motivi d’ordine personale, estranei all’esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio.

Tuttavia Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2005, n. 4486, afferma che più che su di una rigorosa applicazione dell’obbligo di astensione e la ricusazione del giudice desumibili dagli artt. 51 e 52 c.p.c., il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti della p.a. è governato dal principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost.: qualora l’autorità agente sia un organo collegiale, l’obbligo di astenersi del singolo componente trova perciò espressione nell’interesse a partecipare alla deliberazione cui questi sia direttamente interessato, per la presunzione che il soggetto coinvolto nella situazione oggetto del provvedimento non possa determinarsi con la dovuta serenità. Deve ritenersi, pertanto, illegittima la delibera della giunta municipale con cui viene inflitta la sanzione disciplinare della sospensione dalla

Del resto, la giurisprudenza ha nitidamente chiarito che (80), con riferimento alla impugnazione di una sanzione disciplinare irrogata dalla stessa persona fisica oggetto del comportamento del dipendente per cui è stata irrogata la sanzione, il principio di terzietà e di obiettività dell'azione amministrativa supera la previsione legislativa della competenza al superiore gerarchico, in quanto il principio di imparzialità, sancito dall'art. 97 Cost., ha portata generale e di questo l'obbligo di astensione rappresenta un corollario che non tollera alcun tipo di compressione ed ha quindi carattere immediatamente e direttamente precettivo.

L'omessa astensione, oltre a configurare un vizio procedurale da far valere in giudizio, potrebbe assurgere a valenza disciplinare e persino penale, o tradursi in *mobbing*, i cui profili risarcitori, ove acclarati in sede lavoristica, ridondano in punto di danno erariale per gli esborsi patiti dalla p.a. per la mancata astensione per finalità "persecutorie" di taluni dirigenti in sede disciplinare.

La giurisprudenza ha poi chiarito, in punto di conflitto, che l'identità tra la persona fisica, titolare dell'ufficio dei procedimenti disciplinari, e la persona fisica titolare della struttura nella quale sia collocato il dipendente incolpato, non configura alcuna incompatibilità che possa dare luogo alla nullità del procedimento disciplinare e del provvedimento sanzionatorio conclusivo del procedimento, anche alla luce di quanto prevede l'attuale c. 9-ter dell'art. 55-bis del d.lgs. n. 165/2001 (81) e lo stesso approdo è stato confermato in caso di presenza del soggetto segnalante l'illecito all'interno dell'Upd quale componente (82).

Sempre la giurisprudenza (83) ha esplicitato che aver reso un generico parere su una questione in esame da parte dell'organo disciplinare da parte di un suo componente non configura una causa di astensione.

La magistratura ha poi soggiunto (84) che non è incostituzionale un regime disciplinare che non prevede l'obbligo di astensione da parte del membro della commissione di disciplina già sentito nel medesimo procedimento in qualità di testimone, in quanto non possono essere automaticamente trasferiti al procedimento amministrativo i principi che regolano lo svolgimento del processo, oltre al fatto che tale norma assicura adeguate garanzie, prevedendo l'astensione del membro del collegio in presenza di situazioni obiettivamente in grado di mettere in dubbio la terzietà dell'organo decidente.

e) In relazione all'attività ispettiva o di controllo

Anche l'attività ispettiva o comunque di controllo, al pari di qualsiasi attività gestionale affidata a pubblici dipendenti, va svolta con serenità e indipendenza. Anche per tale attività sono dunque pacificamente applicabili gli obblighi di astensione previsti dal codice di comportamento qualora il controllato/ispezionato ponga problemi di conflitto di interesse (85). Anzi, la peculiare terzietà ed obiettività che ontologicamente connota la funzione di controllo, impone una ancor maggiore attenzione a possibili conflitti di interesse anche potenziali, che dovrebbero indurre le amministrazioni, nel redigere i propri codici di comportamento aziendali, a prevedere e puntualizzare precetti ancor più rigorosi per i preposti a compiti di controllo, non solo in tema di non accettazione di donativi in connessione a compiti d'ufficio, ma anche in tema di divieto di espletare incarichi esterni a favore di soggetti anche potenzialmente controllabili o ad essi connessi.

Del resto, anche la direttiva 2 luglio 2002 sulle attività d'ispezione del Dipartimento della funzione pubblica chiarisce al punto A) che *"Tutte le iniziative dell'ispettore devono basarsi su imparzialità e autonomia di giudizio. L'attività di ispezione presuppone l'imparzialità e l'autonomia di giudizio. La funzione di soggetto estraneo e neutrale (terzietà), che deve caratterizzare l'attività dell'ispettore, gli permette di avanzare proposte adatte a risolvere le inefficienze che incontra; mentre l'autonomia di giudizio ne qualifica la professionalità e garantisce l'imparzialità che deve caratterizzare il lavoro di ogni dipendente della pubblica Amministrazione. Se l'incaricato non è in grado di assicurare l'imparzialità e l'estraneità personale, deve rinunciare ad effettuare la verifica"*.

qualifica, nel caso in cui il procedimento tragga origine da dissidi personali insorti fra l'incolpato e il sindaco e il provvedimento sia stato assunto in violazione del dovere del sindaco di astenersi dal partecipare alla commissione di disciplina data l'inimicizia grave, la quale poteva lasciar supporre un suo interesse alla deliberazione, per la presunzione che il coinvolgimento nella situazione oggetto del provvedimento non lo inducesse a determinarsi con la dovuta imparzialità in relazione a circostanze concernenti i rapporti personali con l'interessato.

(80) Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2020, n. 1654, con riferimento alla impugnazione di una sanzione disciplinare a carico di un militare dell'Arma dei carabinieri, irrogata dalla stessa persona fisica oggetto del comportamento del militare.

(81) Trib. Perugia, Sez. lav., 4 febbraio 2019, n. 17, in <www.ilgiuslavorista.it>, 22 febbraio 2019.

(82) Cass., Sez. lav., 1 giugno 2021, n. 15239, in *Foro it.*, 2021, I, 2746.

(83) Cass. civ., Sez. II, 8 luglio 2020, n. 14299, in tema di procedimento disciplinare promosso dal Consiglio dell'ordine degli psicologi, non integra un motivo di riconsiderazione l'aver manifestato pubblicamente il proprio parere sulla vicenda oggetto del procedimento, purché si tratti di affermazioni del tutto generiche, prive di riferimenti anche superficiali al possibile esito del procedimento stesso (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva escluso che integrasse un motivo di riconsiderazione nei confronti del presidente del Consiglio dell'ordine degli psicologi – per effetto del dovere di astensione contemplato dall'art. 3 del regolamento dell'Ordine degli psicologi della Toscana – la circostanza che questi si fosse pubblicamente espresso, in maniera critica, sulle cinque leggi Hamer, l'adesione alle quali era oggetto della contestazione disciplinare a carico del professionista).

(84) Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 13 giugno 2013, n. 559, ha ritenuto manifestamente infondata, in riferimento agli art. 24 e 111 Cost., la q.l.c. dell'art. 149 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3.

(85) Sul punto si rinvia a V. Tenore, *Studio sull'ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, Milano, Giuffrè, 2020, 138 e 273.

La mancata astensione potrebbe avere effetti invalidanti sui provvedimenti assunti dall'amministrazione attiva sulla scorta di risultanze ispettive faziose e originare profili disciplinari e persino penali (art. 323 c.p.) in capo all'ispettore in conflitto di interesse non dichiarato, ferme restando ipotesi di concorso omissivo in forme ulteriori di reato ipotizzabili in capo all'ispezionato.

Giova tuttavia ribadire che tali conclusioni non valgono a fronte di mere richieste di ispezione al competente organo di controllo da parte di un soggetto che l'ispezionato ritenga "non sereno" nei suoi confronti: pare evidente che la non partecipazione del richiedente l'ispezione al successivo e concreto controllo esclude in radice qualsiasi conflitto di interesse. E tale conclusione vale ancora di più qualora la richiesta di verifica ispettiva si palesi come atto doveroso da parte di un dirigente che, ancorché in generico conflitto con l'ispezionato (non tradottosi in "grave inimicizia" come sopra delineata dalla giurisprudenza) (86), ravvisi possibili profili di illiceità in condotte di un subordinato da acclarare in sede ispettiva per successive iniziative punitive o segnalazioni all'autorità giudiziaria. In altre parole, la richiesta di una verifica ispettiva, soprattutto se doverosa a tutela del principio di legalità operante all'interno della p.a., non configura alcun illecito per il richiedente: né disciplinare, né penale (87), né amministrativo-contabile.

f) Con riferimento alla dichiarazione dirigenziale sulla sussistenza di eventuali interessi finanziari contrastanti con l'esercizio della funzione pubblica

La delibera Anac n. 740/2018 si è pronunciata su un caso di violazione dell'art. 13 del d.p.r. n. 62/2013 che, in ottica preventiva su conflitti di interesse, impone al dirigente di dichiarare, prima dell'assunzione delle funzioni, la sussistenza di eventuali interessi finanziari contrastanti con l'esercizio della funzione pubblica nonché di rapporti di parentela con soggetti che possano entrare in contatto con l'ufficio o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività dell'ufficio stesso. La delibera n. 740/2018, individuata l'assenza della dichiarazione di cui all'art. 13 da parte di un dirigente medico responsabile di una struttura pubblica in violazione del codice di comportamento, ha rimarcato la valenza disciplinare dell'omissione e ha stigmatizzato la successiva inerzia sanzionatoria dell'ente di appartenenza.

g) Con riferimento alla c.d. "grave inimicizia" e alla amicizia su social

Il valore basilico della "amicizia" e, specularmente, la sua antitesi, ovvero "l'inimicizia", assurgono spesso a rilevanza giuridica quali cause di astensione codificate per i magistrati nell'art. 51 c.p.c. e per tutti i pubblici dipendenti nell'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013 (recepito nell'art. 7 del codice di comportamento del personale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli).

Si è già visto, nel precedente paragrafo, che non qualsiasi "inimicizia" impone l'astensione, ma solo la c.d. "grave inimicizia". Afferma una lapidaria giurisprudenza (88) che, ai sensi dell'art. 51, n. 3, c.p.c. (norma prevista per i magistrati, ma valevole anche per tutti i dipendenti pubblici in base all'identica formulazione dell'art. 7 d.p.r. n. 62/2013), la "grave inimicizia" che impone l'astensione deve riferirsi a ragioni private di rancore o di avversione sorte nell'ambito di rapporti estranei ai compiti istituzionali né è rinvenibile in pareri non lusinghieri espressi in contesti lavorativi. Ma anche la giurisprudenza lavoristica è monolitica nel ribadire che l'inimicizia che impone l'astensione è quella qualificata, ovvero tradottasi in denunce reciproche per fatti extralavorativi, non avendo rilevanza i fisiologici dissapori tra colleghi ancorché tradottisi in iniziative legali.

In ordine allo speculare concetto di "amicizia", che parimenti impone l'astensione, la stessa non coincide con la mera "colleganza" d'ufficio, ma deve tradursi in una durevole intensa frequentazione abituale in contesti anche extralavorativi. La giurisprudenza, sul sempre più frequente utilizzo dei *social* (89), ha poi ritenuto che le amicizie sui profili *social* e le foto ivi caricate non costituiscano un elemento di per sé rilevante a manifestare il carattere abituale della frequentazione richiesto dall'art. 51 c.p.c. (o dagli artt. 6 e 7, aggiungiamo noi, del d.p.r. n. 62/2013).

(86) V. nt. 52-54.

(87) Si rammenta sul punto la chiara giurisprudenza penale (v. nt. 48 e 49) sulla irrilevanza come illecito *ex art.* 323 c.p. di mere richieste di iniziative punitive ai competenti organi da parte di soggetto in potenziale conflitto di interesse con il soggetto punibile: la mediazione del soggetto terzo, che dispone la misura restrittiva o sanzionatoria valutandone i presupposti, esclude in radice qualsiasi danno o vantaggio ingiusto che l'art. 323 c.p. presuppone.

(88) Si rinvia alle nt. 52-54.

(89) Cons. Stato, Sez. VII, 14 aprile 2022, n. 2849, che ricorda che anche la delibera del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa n. 40 del 25 marzo 2021, avente ad oggetto l'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei *social media* da parte dei magistrati amministrativi, all'art. 8 stabilisce che "le amicizie sui profili social non costituiscono un elemento di per sé rilevante a manifestare la reale consuetudine di rapporto personale richiesta ai fini delle incompatibilità, la cui disciplina, di carattere tassativo, è prevista unicamente nell'art. 51 c.p.c.". Interessante sul tema è anche Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2020, n. 7508, secondo cui non può costituire causa di astensione l'aver il magistrato "ritwittato" alcuni *post* pubblicati nel profilo di un'associazione animalista, nell'ipotesi in cui questa assuma veste di parte del processo in cui il magistrato è chiamato a decidere. Difatti, l'atto del "retweet", cioè il pubblicare il *post* pubblicato da un altro soggetto nel proprio profilo, non necessariamente implica adesione al contenuto del *post*, ben potendo avere il diverso obiettivo di far conoscere detto *post* ai propri *followers*, anche allo scopo di criticarlo o magari di stigmatizzarlo. A dirlo è il Consiglio di Stato in relazione a una istanza di ricasazione mossa verso un magistrato amministrativo che aveva utilizzato la nota piattaforma *Twitter*, ritwittando il *post* di un'associazione, finita poi parte del processo cui era chiamato a decidere. Per i giudici amministrativi le eventuali dichiarazioni del giudice non sono sintomatiche dell'esistenza di rapporti di inimicizia con una parte del processo né possono essere considerate manifestazioni di simpatia nei confronti di un'altra. Trattasi, piuttosto, di espressioni di libertà di opinione, costituzionalmente tutelata.

5. Un conflitto di interesse scarsamente attenzionato: l'indipendenza dell'apparato amministrativo dalla politica

Gli artt. 6 e 7 del d.p.r. n. 62 stabiliscono non solo che “(Obblighi di astensione) 1. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con quelli personali, del coniuge, di conviventi, di parenti e affini entro il secondo grado”, ma anche che “Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniale, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali, di categorie professionali o di superiori gerarchici”.

Come si è già rimarcato nel par. 1, una delle due linee portanti dell'art. 98 Cost., e del principio di “esclusività” del servizio alla Nazione volto a prevenire conflitti di interesse, è dato proprio dalla indipendenza dell'apparato amministrativo (*ergo* dei dirigenti e funzionari pubblici) dal vertice politico. È il precetto contenuto nell'art. 7 del codice di comportamento dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli 28 aprile 2014, statuente il divieto di “assecondare pressioni politiche, sindacali, di categorie professionali o di superiori gerarchici”, ne è concreta attuazione.

In perfetta sintonia con tale obiettivo si pone anche il basilare principio di accesso alla p.a. tramite concorso (art. 97, c. 4, Cost.), che, sulla carta, esprime l'indipendente e meritocratica scelta dei “migliori” candidati, scevra da lottizzazioni politiche, sindacali o lobbistiche.

Secondo la Consulta (90), dunque, l'organo di governo fissa le direttive di indirizzo politico legato agli interessi di una parte politica ed espressivo delle forze di maggioranza, mentre l'amministrazione è vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche, per il perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento.

Il principio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione, dall'altro, è oggi testualmente sancito dall'art. 4, cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 165/2001 (completato dall'art. 14).

Il principio è ribadito, per gli enti locali, dall'art. 51 della l. n. 142/1990 e, oggi, dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, circa il riparto tra compiti di governo, di indirizzo e di controllo, spettanti agli organi politici elettivi, e compiti di gestione, spettanti ai dirigenti.

In sintonia con tale riparto di compiti si pone, in materia di responsabilità amministrativo-contabile, l'art. 1, c. 1-ter, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, secondo cui “Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione” (91).

Sul piano sistemico complessivo, come dimostrano altresì alcuni interventi sulla l. n. 241/1990, è stato dunque esaltato l'aspetto funzionale per evitare il rischio di sovrapposizioni di ruoli, di interferenze e di ingerenze fra autorità politica e dirigenti. Tale obiettivo è stato realizzato tramite la sostituzione, da parte del legislatore, del modello gerarchico dei rapporti tra ministro e dirigente con il modello funzionale basato sulla definitività dei provvedimenti amministrativi (e delle determine privatistiche) emanati dai dirigenti.

Anche la riforma di cui alla legge delega n. 15/2009 e al d.lgs. attuativo n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta), che ha investito la disciplina della dirigenza pubblica, ha avuto tra i principi ispiratori quello di rafforzare l'autonomia della dirigenza rispetto agli organi politici e, a tal fine, ha previsto la ridefinizione della disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali e delle modalità di accesso alla prima fascia dirigenziale, rivisitando altresì la procedura di valutazione delle prestazioni rese dai dirigenti.

La torsione privatistica intervenuta nel lavoro pubblico, salutata con ingenua enfasi da parte della dottrina che intravedeva e quasi auspicava una conversione dell'amministrazione in azienda e in una trasformazione dei burocrati pubblici in *manager* (92), non ha tuttavia affatto esaltato il principio di esclusività del “servizio esclusivo alla Nazione” dei pubblici dipendenti e dei dirigenti in particolare e, anzi, la ha messa seriamente in discussione.

Difatti, a fronte del quadro normativo qui sunteggiato, formalmente attuativo anche dell'art. 98, c. 1, Cost. e teso a prevenire conflitti di interesse derivanti da ingerenze politiche sull'agere dei dirigenti pubblici, va rimarcato come l'osservazione “sul campo” dell'attività gestionale della dirigenza pubblica, l'analisi del contenzioso giudiziario innanzi alle varie magistrature (ordinaria, del lavoro e penale, amministrativa e contabile), il franco dialogo con centinaia di dirigenti in contesti didattici, evidenzino una forte discrasia tra l'utopia normativa e la ben diversa realtà fattuale: se, in modo più edulcorato, parte della dottrina ha osservato come tali misure normative sul lavoro pubblico, pur essendo intervenute “a valle ed a monte dello svolgimento dell'incarico” dirigenziale, non risultino inidonee a garantire durante l'attuazione dello stesso incarico un esercizio della funzione dirigenziale effettivamente autonomo rispetto agli organi politici, noi riteniamo, con ancor più netta valutazione, che mai come in questo momento storico la dirigenza sia

(90) Corte cost. n. 453/1990, cit. (che ha fatto applicazione di tale ripartizione per la formazione delle commissioni di concorso); 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro it.*, 2007, I, 1631, con nota di D. Dalfino, *Dirigenza regionale e locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione e il giusto procedimento*, annotata da F.G. Scoca, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. cost.*, 2007, 1015 (che ha fatto applicazione di tale ripartizione per lo *spoils system* dei dirigenti generali).

(91) Per una ampia analisi di tale previsione, definita la “esimente politica”, e dei suoi limiti, v. V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 271 ss.

(92) C. D'Orta, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 347.

letteralmente asservita alla mutevole politica (93) in totale spregio del dettato costituzionale, con evidenti conflitti di interesse.

Depongono per questa cruda, ma realistica, conclusione diversi dati, che confermano la evidente forbice esistente tra intenti legislativi e distorsioni applicative fattuali:

a) la pervicace volontà di continuare a espletare in forma decentrata (presso ciascun ente, centrale e locale) i concorsi, i cui commissari sono scelti dal vertice politico, porta a scarsa indipendenza selettiva, garantibile esclusivamente con concorsi centralizzati presso soggetti terzi e meritocratici, quali la Sna (che ad oggi recluta solo una parte minima della dirigenza). La cooptazione locale in sede di reclutamento è il primo strumento di fidelizzazione della dirigenza al vertice politico;

b) il principio della separazione tra rapporto di lavoro, che si instaura, di regola, a seguito della partecipazione a un concorso pubblico e che resta stabile, e rapporto di ufficio, che si realizza a seguito del conferimento di un incarico da parte dell'organo politico (94), comporta una fatale sudditanza alla politica, stante la temporaneità e modificabilità (*in peius*) dell'incarico, il cui rinnovo presuppone "fedeltà" e "collateralismo";

c) gli incarichi di segretario generale e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali sono conferiti con d.p.r. su proposta del ministro competente, *ergo* su proposta politica (art. 14, c. 3, d.lgs. n. 165);

d) gli incarichi dirigenziali generali sono conferiti con d.p.c.m. su proposta del ministro competente (art. 14, c. 4, d.lgs. n. 165), *ergo* su proposta politica; a loro volta i dirigenti generali così prescelti conferiscono gli incarichi dirigenziali di seconda fascia ai dirigenti assegnati al proprio ufficio, con conseguenti possibili strascichi anche in tale fase dell'influenza politica;

e) gli incarichi dirigenziali apicali, generali e non generali, possono essere conferiti a termine (3 o 5 anni) anche a "persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione" sebbene non abbiano vinto un concorso per accedere alla p.a. (es. liberi professionisti). Analoga norma opera negli enti locali (art. 110 Tuel, d.lgs. n. 267/2000) (95). Tali precetti istituzionalizzano, nei limiti percentuali di legge, la nomina temporanea e non concorsuale, ma esclusivamente fiduciaria e meritocratica, che, se rettamente intesa, dovrebbe selezionare, a tempo, i migliori talenti operanti nel privato e nel pubblico per colmare lacune professionali interne e far crescere giovani funzionari interni sotto l'autorevole (e comunque indipendente dalla politica) (96) guida del prescelto, ma la realtà giudiziaria (soprattutto quella vagliata dalla attenta Corte dei conti) e la prassi applicativa (i prescelti e i relativi *curricula* sono *on line*, al pari dei reiterati rinnovi degli incarichi) evidenziano conferimenti, con le dovute eccezioni, di incarichi a soggetti con *curricula* abbastanza ordinari (97), ispirati a logiche clientelari, politiche nel senso spartitorio del termine e, soprattutto, una frequentissima reiterazione degli stessi, in evidente violazione della temporaneità normativa (triennale o quinquennale) (98);

f) il c.d. *spoils system* al momento dell'insediamento del nuovo Governo, codificato nell'art. 19, c. 8, del d.lgs. n. 165, seppur ritenuto costituzionalmente illegittimo per i dirigenti generali (in quanto la precarizzazione dell'incarico dirigenziale generale è stata ritenuta in contrasto con il valore costituzionale dell'imparzialità e autonomia dalla politica), ha retto al vaglio della Consulta con riferimento agli incarichi di funzioni dirigenziali conferiti a personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 d.lgs. n. 165 (99) e ai capi dipartimento e segretari generali, in quanto tra tali

(93) Forse l'unico distinguo rispetto alla sudditanza fascista dell'amministrazione al partito unico è dato dalla attuale mutevolezza degli assetti politici, che preclude una "stabile" subordinazione ideologica dell'apparato burocratico, che, soprattutto nei suoi dirigenti apicali, deve dunque palesare doti camaleontiche di adattamento empatico alle alternanze dei vertici politici.

(94) Risulta normativamente smentito l'insegnamento della Corte costituzionale nelle sent. nn. 103 e 104/2017 che, sulla scorta degli artt. 97 e 98 Cost., ritiene che la precarizzazione dell'incarico dirigenziale è in contrasto con il valore costituzionale dell'imparzialità, che impone di garantire l'autonomia del dirigente dall'influenza dell'organo politico, e del buon andamento, che richiede che venga garantita continuità all'azione amministrativa e una valutazione dei risultati per il conseguimento dei quali è necessario che venga messo a disposizione un tempo adeguato.

Sul rapporto tra contratto di lavoro dirigenziale e incarico, è sufficiente rinviare a V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 740; E.A. Apicella, *Lineamenti del pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2012.

(95) L'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, richiede una "previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico".

(96) Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161, in *Giur. cost.*, 2008, 3967, con nota di S. Spuntarelli, *Struttura e ratio delle disposizioni sullo spoils system*, ribadisce che anche il rapporto di lavoro dei dirigenti non appartenenti ai ruoli e nominati dall'esterno deve essere connotato da specifiche garanzie, che assicurino la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra indirizzo e gestione: infatti, "la natura esterna dell'incarico non costituisce un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale, che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie".

(97) Emblematico, tra i tanti, il caso vagliato da Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 22 giugno 2017, n. 91, in *Giust. amm.*, 2017, relativo a dirigente apicale di Arpa Lombardia.

(98) L'art. 19, c. 6, testualmente prevede che "La durata di tali incarichi, comunque, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di tre anni, e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni".

(99) Corte cost. 28 ottobre 2010, n. 304, in *Giur. cost.*, 2010, 3943, secondo cui non è fondata, in riferimento agli artt. 97 e 98 Cost., la q.l.c. dell'art. 1, c. 24 bis, d.l. 18 maggio 2006, n. 181, convertito con modificazioni in l. 17 luglio 2006, n. 233, il quale – stabilendo che all'atto del giuramento del ministro, tutte le assegnazioni di personale, ivi compresi gli incarichi anche di livello dirigenziale e le consulenze

apicali dirigenti e l'organo politico vi è un rapporto diretto di stretta collaborazione ed è, quindi, ammissibile un rapporto di tipo fiduciario (100); tale istituto manifesta l'incremento delle già presenti forme di *collateralismo* tra politica e massimi livelli dirigenziali e della consequenziale sudditanza psicologica della dirigenza nei confronti del vertice politico (101);

g) il dirigente apicale degli enti locali, il segretario comunale, soggetto di elevata competenza tecnico-giuridica frutto di accurata selezione centrale (e non locale) e di costante formazione e aggiornamento nel lungo percorso di ascesa professionale, è soggetto a una sorta di *spoils system* sancito dall'art. 99 del d.lgs. n. 267/2000 (c.d. Tuel) allorché si insedia un nuovo sindaco; tale criticabile regime, ritenuto tuttavia costituzionalmente legittimo dalla Consulta (102), porta, ancor di più che presso ministeri ed enti nazionali, a una forte fidelizzazione con il vertice politico, delle cui scelte il segretario sarà per anni supporto coadiuvante, esecutore e garante in punto di legittimità, e tale quadro normativo, a nostro avviso da rivedere con urgenza, attenua fortemente la terzietà normativamente attribuita all'alto dirigente locale;

h) la stessa precarizzazione del rapporto di lavoro pubblico, attraverso forme flessibili, porta a una fatale dipendenza dalla politica in sede di conferimento, rinnovo o proroga degli incarichi (103).

e i contratti, anche a termine, conferiti nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, decadono automaticamente ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo ministro – lederebbe i principi di continuità e di buon andamento dell'azione amministrativa. La disposizione si giustifica, infatti, in ragione del rapporto strettamente fiduciario che deve sussistere tra l'organo di governo e tutto il personale di cui esso si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico-amministrativo, sicché è legittima la previsione, al momento del cambio nella direzione del ministero, dell'azzeramento degli incarichi esistenti, che possono essere confermati qualora il ministro stesso ritenga che il personale in servizio possa godere della sua fiducia, senza che possa limitarsi l'operatività della norma al solo capo di gabinetto, atteso che l'attuale configurazione degli uffici di diretta collaborazione impedisce di scindere l'attività di chi svolge funzioni "apicali" da quella del restante personale, poiché l'unitarietà di tali uffici, pur nella diversità dei compiti espletati dagli addetti, giustifica un trattamento normativo omogeneo in relazione alle modalità di cessazione degli incarichi conferiti.

In dottrina, sulle posizioni della Consulta in tema di *spoils system*, A. Vallebona, *Spoils system: solo per il vertice*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 325; D. Dalfino, *op. cit.*; P. Sciortino, *Spoils system "una tantum": i rapporti tra politica ed amministrazione secondo la Consulta*, in *Lav. giur.*, 2007, 783; C. Pinelli, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2006, 2357; E. Gragnoli, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 38; G. Gardini, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, *ivi*, 2006, 679; R. Salomone, *Spoils system regionale e riparto di competenza: via libera dalla Consulta*, *ivi*, 2006, 692.

(100) Corte cost. n. 103/2007, cit., annotata da P. Sciortino, *op. cit.* La Corte costituzionale, individuando come referente del proprio ragionamento gli artt. 97 e 98 Cost., si è pronunciata sull'art. 3, c. 1, lett. i), della l. n. 145/2002, che ha modificato l'art. 19, c. 8, del d.lgs. n. 165/2001, prevedendo che gli incarichi dirigenziali apicali cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo e sull'art. 3, c. 7, della l. n. 145/2002, il quale prevedeva che gli incarichi dirigenziali di direttore generale cessassero il sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge. La revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti "può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato (sentenza n. 193 del 2002)".

Con la coeva sent. 23 marzo 2007, n. 104, la Corte costituzionale ha poi vagliato medesima questione con riferimento agli enti ad autonomia costituzionalmente garantita e, in particolare, delle regioni. Questa sentenza ha confermato quanto enunciato nella pronuncia n. 103/2007, cit., con riferimento alla cessazione automatica dei direttori generali delle Asl delle Regioni Lazio e Sicilia all'inizio delle legislature regionali.

Con sent. 7 aprile 2011, n. 124, in questa *Rivista*, 2012, 1-2, 360, la Corte costituzionale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 8, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 40 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nella parte in cui dispone che gli incarichi di funzione dirigenziale generale di cui al comma 5-bis, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo".

Con sent. 25 luglio 2011, n. 246, in *Foro it.*, 2011, I, 2890, la Corte costituzionale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 19, comma 8, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'art. 2, comma 159, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 40 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nella parte in cui dispone che gli incarichi di funzione dirigenziale conferiti ai sensi del comma 6 del medesimo art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo". Sul tema, L. Fiorillo, *Incarichi di funzione dirigenziale e spoils system: la Corte costituzionale definisce il quadro di operatività dell'istituto*, in *Giur. cost.*, 2010, 2693; G. D'Auria, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo spoils system*, in *Foro it.*, 2010, I, 2278.

(101) Osserva assai efficacemente C. De Fiore, *op. cit.*, 170, come "il rapporto fiduciario con il potere politico contamina, alla base, il fondamento di legittimazione del dirigente, la cui titolarità dell'ufficio dipende non solo dal merito, ma, anche e soprattutto, dal gradimento politico". Concetto ribadito da G. Azzariti, *Modelli di amministrazione*, in *Pol. dir.*, 1996, 529, secondo cui "viola le regole e i valori sanciti dal nostro ordinamento costituzionale, dal momento che non può di certo essere definita imparziale e al servizio della nazione l'amministrazione collegata istituzionalmente agli interessi di partiti, tramite meccanismi – come quelli cui si è accennato – che ne sanciscono la parzialità".

(102) Corte cost. 8 gennaio 2019, n. 23, in *Giur. cost.*, 2019, 267, con nota di M. Gorlani, *I segretari comunali e lo "spoil system": un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, che pur ritenendo che "Lo statuto burocratico e funzionale che lo caratterizza resta segnato da aspetti tra loro in apparenza".

(103) Sulle forme flessibili nel lavoro pubblico, V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 629 ss.; M. Delfino, V. Luciani, *Rapporti flessibili di lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 171.

Si può quindi concludere, all'esito di tale disamina normativa espressiva della c.d. privatizzazione, che il tentativo operato con le progressive riforme apportate al lavoro pubblico, su pungolo di alcuni ministri della Funzione pubblica, della dottrina e della giurisprudenza, in particolare quella costituzionale e contabile, per cercare di mediare tra le spinte della politica tendenti a fidelizzare a sé la dirigenza pubblica e la tendenza a garantire l'autonomia della dirigenza dalla politica in funzione del rispetto dei principi sanciti dagli artt. 95, 97 e 98 dalla Costituzione sul conflitto di interesse, si è solo in teoria, e in modo tendenziale, tradotto in un doveroso ossequio legislativo al canone costituzionale del “*servizio esclusivo della Nazione*” reso dai dipendenti pubblici.

Difatti, sul piano della applicazione concreta delle norme, le ingerenze della politica, attraverso scelte fiduciarie fidelizzanti, permangono oggi più forti che mai, consentendo opzioni dei vertici gestionali, centrali e locali a favore di alti dirigenti vicini o contigui alla politica, che, a loro volta, prescelgono i dirigenti di seconda fascia con verosimili tributi alla politica.

Come icasticamente affermato da attenta dottrina “*non può di certo essere definita imparziale e al servizio della Nazione l'amministrazione collegata istituzionalmente agli interessi di partiti, tramite meccanismi – come quelli cui si è accennato – che ne sanciscono la parzialità*” (104).

6. Il conflitto di interesse “postumo” per il personale pubblico in quiescenza: il pantouflage e altri divieti

La l. n. 190/2012, per prevenire conflitti di interesse, ha introdotto ulteriori norme in materia di incompatibilità addirittura “postuma”: difatti l'art. 1, c. 42, lett. l), ha aggiunto il seguente comma all'art. 53: “*16-ter. I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti*” (il c. 43 dell'art.1 della l. n. 190 lascia in vita sino alla scadenza i contratti già in essere alla data di entrata in vigore della norma) (105).

La norma è evidentemente ispirata da affliti di tutela di trasparenza e imparzialità e, dunque, da un evidente ossequio all'art. 98 Cost., in quanto previene condotte poco imparziali (ovvero non al “*servizio esclusivo della Nazione*”, ma tese al perseguimento dell'interesse proprio) di dipendenti in servizio, assunte in vista di successivi incarichi, una volta in quiescenza, presso i soggetti privati beneficiari dell'attività della pubblica amministrazione.

Numerosi sono stati gli interventi dell'Anac sul punto e i conseguenti contenziosi innanzi al giudice amministrativo (106).

A una similare *ratio*, unita ad esigenze di risparmio di spesa, risponde anche il più risalente art. 25 della l. 23 dicembre 1994, n. 724, ritenuto costituzionalmente legittimo (107), che, al fine di garantire la piena ed effettiva trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, vieta il conferimento di incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca al personale delle amministrazioni pubbliche che, pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia, ha tuttavia il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità da parte dell'amministrazione di provenienza o di amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio e, dunque, cessa volontariamente dal servizio (108).

È poi intervenuto, poco prima della l. n. 190/2012, l'art. 5, c. 9, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. “*spending review*”), che vieta alle amministrazioni pubbliche di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti, già appartenenti ai ruoli delle stesse e collocati in quiescenza, che abbiano svolto, nel corso

(104) C. De Fiore, *op. cit.*, 170, che richiama G. Azzariti, *op. cit.* De Fiore ben rimarca come “*il pubblico impiegato si è così trovato in questi anni progressivamente relegato in una condizione di debolezza che lo ha reso sempre meno adatto ad assicurare l'imparziale ponderazione degli interessi di tutti, ad ispirare la propria azione al rispetto del principio di eguaglianza (visto che la stessa parzialità non è altro che un modo di essere della disuguaglianza)*” (S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, 80). Il punto è stato evidenziato anche da F. Sorrentino, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in <www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 2003.

(105) Su tale norma v. L. Busico, *op. cit.*, 95 ss., con vasti richiami giurisprudenziali e dottrinali; Id., *Il conferimento di incarichi esterni a soggetti in quiescenza*, in <www.lexitalia>, 5 dicembre 2014. Sulla portata applicativa della norma, v. i pareri Anac 4 febbraio 2015, n. AG2; 18 febbraio 2015, n. AG/8; 21 ottobre 2015, n. AG74/2015/AC; v. anche Ministero per la semplificazione e per la pubblica amministrazione, circolare 4 dicembre 2014, n. 6. In dottrina, v. D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella p.a.*, in <www.giustamm.it>, 30 settembre 2016; G. Gargiulo, *Il divieto di pantouflage quale presidio dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, 205; G. Telesio, *Il divieto di pantouflage-revolving doors*, in C. Contessa, A. Ubaldi (a cura di), *op. cit.*, 403.

(106) Su tali casistiche v. A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *op. cit.*, 60 ss.

(107) Corte cost. 27 luglio 1995, n. 406, in *Giur. cost.*, 2005, 2808. La disposizione intende arginare il fenomeno di dimissioni accompagnate da incarichi a ex dipendenti, sì da garantire la piena ed effettiva trasparenza e la imparzialità dell'azione amministrativa.

(108) V. Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 10 novembre 2011, n. 105, in questa *Rivista*, 2011, 5-6, 131; Cass., Sez. lav., 28 luglio 2008, n. 20523, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 1215.

dell'ultimo anno di servizio, funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dello stesso incarico di studio e di consulenza.

La disposizione, tesa anche al ricambio generazionale nella p.a., ha allargato il campo di applicazione rispetto all'art. 25 della l. n. 724/1994, che si limitava ad indicare quali destinatari solamente i dipendenti cessati per pensionamento di anzianità (e non di vecchiaia), estendendo il divieto a tutti i dipendenti collocati in quiescenza dall'amministrazione di appartenenza, senza alcuna distinzione. L'art. 5, c. 9, della l. n. 135/2012 è stato poi modificato ad opera dell'art. 6 della l. 11 agosto 2014, n. 114: la nuova versione della norma estende il divieto di attribuire incarichi di studio e di consulenza a tutti i soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Il successivo periodo prevede un'unica deroga alla citata disciplina, consentendo incarichi e collaborazioni a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile. La Corte dei conti (109) ha sottolineato in più di un'occasione che il divieto *ex art. 5, c. 9, l. n. 135/2012* non può essere applicato oltre i casi espressamente indicati dalla norma limitatrice, vale a dire gli incarichi di studio e di consulenza. Ne consegue l'inapplicabilità del divieto a tutte le ipotesi di incarico o collaborazione non rientranti nelle suddette fattispecie.

Va da ultimo rimarcato che la opportuna circolare 4 dicembre 2014, n. 6, del Ministero per la semplificazione e per la pubblica amministrazione ha individuato una serie di fattispecie di incarichi conferibili a dipendenti pubblici in quiescenza non ricadenti nel divieto: *a)* incarichi inerenti all'attività legale o sanitaria, non aventi carattere di studio o consulenza; *b)* incarichi di ricerca, per i quali occorre ricordare che presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell'amministrazione; *c)* incarichi di docenza; *d)* incarichi nelle commissioni di concorso e di gara (sull'utilizzo di pensionati da non oltre 4 anni per commissioni di concorso si veda anche l'art. 3, c. 11, l. 19 giugno 2019, n. 56, c.d. "legge concretezza"); *e)* la partecipazione a organi collegiali consultivi, a commissioni consultive e comitati scientifici o tecnici, ove essa non dia luogo di fatto a incarichi di studio o consulenza. La circolare della Funzione pubblica ha precisato altresì che devono ritenersi esclusi dall'applicazione del divieto, per la loro natura eccezionale, anche gli incarichi dei commissari straordinari nominati per l'amministrazione temporanea di enti pubblici o per lo svolgimento di compiti specifici.

In queste ultime ipotesi il servizio esclusivo alla Nazione è reso da soggetti particolarmente indipendenti e terzi, in quanto sottratti a pressioni e ingerenze politiche: i pensionati della p.a., un formidabile bacino di esperti alla cui vasta esperienza occorrerebbe sempre più spesso attingere per garantire in gare e concorsi una maggior rapidità (visto il tempo disponibile) e una più elevata impermeabilità a logiche lottizzatorie.

* * *

(109) Cfr. Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, 30 settembre 2014, n. 23; 12 novembre 2014 n. 26; Sez. contr. reg. Puglia, 6 novembre 2014, n. 193.

IL RUOLO DEL TERZO NEL GIUDIZIO DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA: UNA QUESTIONE RIAPERTA DALLA CORTE COSTITUZIONALE?

di Carlo Alberto Manfredi Selvaggi (*)

Abstract: La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 203/2022, nel decidere le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti per la Campania, ha focalizzato l'attenzione sul tema del terzo nel giudizio di responsabilità amministrativa, la cui chiamata per ordine del giudice è preclusa dall'art. 83 del codice di giustizia contabile e la cui posizione diventa immune una volta intervenuto un provvedimento formale di archiviazione, pur trattandosi di una preclusione processuale e non già di un giudicato sostanziale favorevole. Nell'articolo si è, pertanto, considerato come, secondo la Consulta, da una parte, c'è che il terzo non è estraneo alla vicenda, oggetto del giudizio, nella misura in cui si ragiona anche del suo apporto causale nel cagionare il danno erariale. Benché sia preclusa l'azione di responsabilità nei suoi confronti, stante la già effettuata valutazione "assolutoria" del pubblico ministero, soprattutto se trasfusa in un provvedimento di archiviazione, comunque sarebbe per il terzo pregiudizievole, anche sotto il profilo dell'immagine, una pronuncia del giudice, il quale, sulla base di un diverso apprezzamento dei fatti (non essendo, certamente, egli vincolato alle valutazioni del p.m.), riducesse (o finanche escludesse) la responsabilità dei soggetti convenuti in giudizio dal pubblico ministero per essere tale responsabilità, nella causazione del danno erariale, ascrivibile in parte (o in tutto) al terzo. D'altra parte, c'è anche che, nella particolare fattispecie della responsabilità amministrativa per danno erariale, il terzo rimane non di meno esposto, ricorrendone i presupposti, alla eventualità della domanda risarcitoria della p.a. danneggiata, la cui iniziativa giudiziaria non sarebbe preclusa, in tesi, dal mancato esercizio dell'azione del p.m., ove anche ciò si fosse tradotto in un formale provvedimento di archiviazione. La Corte ha rinviato al legislatore il compito di elaborare soluzioni adeguate, quando si discuta nel processo della concorrente responsabilità del terzo stesso, pur se al fine di accertare l'eventuale responsabilità parziaria dei soggetti convenuti in causa. L'auspicio è che il legislatore possa mantenere sempre un punto di equilibrio, come in fondo è quello raggiunto con l'art. 83 del codice di giustizia contabile, tra le varie esigenze e ragioni in gioco.

The Constitutional Court, in its recent judgment no. 203/2022, in deciding the questions of constitutional legitimacy raised by the Regional Judicial Section of the Court of Auditors for Campania, has focused attention on the issue of the third party in the judgment of administrative responsibility, whose call by order of the judge is precluded by art. 83 of the Accounting Justice Code, and whose position becomes immune once a formal decision to dismiss has been taken, even though it is a procedural foreclosure and not already of a favourable material judgment. The Court referred to the legislator the task of drawing up appropriate solutions. The hope is that the legislator can maintain a point of balance, as in the end is the one reached by art. 83 of the Accounting Justice Code, among the various needs and reasons at stake.

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *L'evoluzione delle disposizioni processuali sulla chiamata in giudizio del terzo iussu iudicis.* – 3. *La fattispecie nel giudizio principale.* – 4. *La disposizione censurata.* – 5. *Il presupposto della questione.* – 6. *La prima censura: la violazione della delega (art. 76 Cost.).* – 6.1. *Il criterio del necessario adeguamento alla giurisprudenza costituzionale.* – 6.2. *Il dubbio di eccesso di delega.* – 7. *La seconda, terza e quarta questione: artt. 3, 24 e 111 Cost.* – 8. *Ipotesi di possibile reductio ad legitimitatem: a) l'intervento per ordine del giudice ex art. 107 c.p.c.* – 8.1. *Segue: b) la litis denunciatio.* – 9. *La soluzione nella sentenza Corte cost. n. 203/2022.* – 10. *Considerazioni conclusive.*

1. *Premessa*

Il ruolo del terzo non *vocato in ius* nel giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti è da tempo al centro dell'interesse del legislatore e della giurisprudenza costituzionale, oltre che ovviamente di quella contabile.

Proprio la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 203 del 28 luglio 2022 (Pres. Giuliano Amato, Red. Giovanni Amoroso), che ha deciso le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti per la Campania, ha, anche richiamando, come si vedrà nel prosieguo, la propria precedente giurisprudenza, messo al centro l'ottica del terzo non chiamato in giudizio davanti al giudice contabile, demandando al legislatore il compito di rinvenire soluzioni adeguate, ponendo pertanto le premesse per la riapertura di una questione che pareva chiusa con l'introduzione dell'art. 83 del codice di giustizia contabile, che preclude la chiamata del terzo per ordine del giudice.

(*) C.A. Manfredi Selvaggi è presidente di sezione della Corte dei conti e professore a contratto di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi del Molise.

2. *L'evoluzione delle disposizioni processuali sulla chiamata in giudizio del terzo iussu iudicis*

Occorre preliminarmente rilevare che quella sollevata dalla Corte dei conti, Sezione giurisdizionale regionale per la Campania, non è una questione processuale minuta, di dettaglio, ma attiene a uno snodo importante del giudizio per responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei conti, che si pone in tutti i (numerosi) casi in cui quest'ultima – chiamata a giudicare della responsabilità amministrativa di soggetti evocati in giudizio con atto di citazione del pubblico ministero contabile – ritenga che ci siano anche altri soggetti che potrebbero essere corresponsabili, ma che non sono stati evocati in giudizio.

Viene in rilievo, infatti, il rapporto tra pubblico ministero (contabile) e giudice (la Corte dei conti in sede giurisdizionale).

Il pubblico ministero ha il monopolio dell'inizio dell'attività istruttoria che può sfociare nell'invito a fornire deduzioni (art. 67 c.g.c.), notificato al presunto responsabile, al quale può far seguito un formale provvedimento di archiviazione (art. 69 c.g.c.) ovvero, all'opposto, l'esercizio dell'azione risarcitoria per danno erariale mediante citazione a giudizio per ottenere la condanna del soggetto ritenuto responsabile.

Mentre però l'attività del pubblico ministero penale è comunque valutata da un giudice (il Gip, che può anche ordinare al p.m. la c.d. imputazione coatta), invece l'attività del pubblico ministero contabile non era (nel vecchio regolamento di procedura) e non è (nel nuovo codice di giustizia contabile) soggetta a controllo giudiziario (tale non può considerarsi il prescritto visto del procuratore regionale) perché il provvedimento di archiviazione non ha natura giurisdizionale e non è sindacabile, così come neppure è sindacabile il mancato esercizio dell'azione, né, all'opposto, il suo esercizio.

Però, fin quando il giudizio per responsabilità amministrativa è stato retto dal regolamento di procedura del 1933 (r.d. n. 1038/1933), è stato applicabile il suo art. 47, che prevedeva l'intervento del terzo per ordine del giudice. Era questo un potere che valorizzava la centralità del giudice: anche se il pubblico ministero aveva archiviato (o semplicemente non aveva considerato rilevante ai fini della causazione del danno erariale) la posizione di alcuni, esercitando l'azione risarcitoria solo nei confronti di altri, il giudice, esercitando proprio il potere conferitogli dall'art. 47, poteva ampliare il giudizio coinvolgendo persone che il pubblico ministero non aveva ritenuto responsabili (vuoi con un formale provvedimento di archiviazione, vuoi semplicemente non esercitando l'azione risarcitoria).

Di questo assetto ha dato atto la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 261 del 2006, nella quale si è affermato in proposito che le norme del regolamento consentivano al giudice “non solo di ordinare, se del caso, l'intervento in causa dei concorrenti nella causazione del danno pubblico (allargamento del contraddittorio non impedito dal fatto che la loro posizione sia stata archiviata dal Procuratore regionale, non formandosi il giudicato con l'archiviazione), ma anche, eventualmente, di procedere ad una più esatta personalizzazione ed individualizzazione della responsabilità nei confronti di coloro che sono stati citati a giudizio dal pubblico ministero”.

Quindi il potere del giudice di chiamare in giudizio il terzo corresponsabile, ma non convenuto dal pubblico ministero, rappresentava anche un riequilibrio della mancanza di controllo giudiziario dell'attività del pubblico ministero.

Ciò però significava anche una sorta di recessività del provvedimento di archiviazione, che un po' comprometteva la certezza dei rapporti. Chi era “prosciolto” – per mutuare una terminologia penalistica – con provvedimento di archiviazione non era del tutto al riparo dall'azione risarcitoria perché il giudice (la Corte in sede giurisdizionale) poteva ordinare il suo intervento *ex art. 47* con estensione anche nei suoi confronti della domanda del pubblico ministero (una sorta di “azione coatta” per ordine del giudice).

Con il nuovo codice di giustizia contabile (d.lgs. n. 174/2016, integrato dal correttivo d.lgs. n. 114/2019) si è voluto dare, invece, stabilità al provvedimento di archiviazione ed eliminare questa ibridazione che vedeva il giudice partecipare all'esercizio dell'azione per responsabilità amministrativa; ciò che indubbiamente era distonico rispetto all'affermata esclusività dell'azione in capo al pubblico ministero ed era poco compatibile con il principio della terzietà del giudice di cui al novellato art. 111 Cost..

Ciò è stato fatto dal legislatore delegato eliminando radicalmente e del tutto l'intervento del terzo per ordine del giudice. Esso è espressamente precluso al giudice dalla disposizione censurata dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Campania (art. 83, cc. 1 e 2, c.g.c. sia nella formulazione del 2016, sia in quella del correttivo del 2019).

Il sistema attuale è quindi centrato maggiormente sull'autonomia e sull'insindacabilità delle valutazioni del pubblico ministero. Non può più il giudice, che non condivide la valutazione “assolutoria” del pubblico ministero contabile (il quale abbia adottato un formale provvedimento di archiviazione o anche solo che non abbia esercitato l'azione risarcitoria), estendere la pretesa risarcitoria per danno erariale a soggetti non convenuti in giudizio a seguito della notifica dell'atto di citazione del pubblico ministero.

Sullo sfondo della questione di costituzionalità sta proprio questo assetto di sistema: il rapporto tra il pubblico ministero contabile e il giudice (la Corte dei conti in sede giurisdizionale).

3. *La fattispecie nel giudizio principale*

La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale regionale per la Campania, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, cc. 1 e 2, del codice di giustizia contabile nel giudizio di responsabilità proposto dal procuratore

regionale della Corte dei conti nei confronti dell'ex sindaco di un comune, dell'ex segretario comunale e di alcuni funzionari del comune.

Il danno erariale di importo ingente (euro 1.445.715,20, di cui euro 131.428.70 per danno all'immagine) – oggetto della richiesta risarcitoria azionata dal pubblico ministero contabile con notifica dell'atto di citazione – consiste nella mancata riscossione da parte del comune, nell'anno 2009, per numerosi immobili a destinazione abitativa e, nel periodo 2009-2013, per plurimi locali ad uso commerciale, dei canoni e/o delle indennità di occupazione. Si tratta di 750 immobili a destinazione abitativa e 34 locali a destinazione commerciale.

Il danno per il comune a causa di questa morosità protrattasi per anni è di tutta evidenza (si tratta di un comune in una zona non immune dalla criminalità organizzata; ciò che rende “difficile” l'esazione dei canoni dai conduttori).

La Corte dei conti ha definito con sentenza parziale una serie di questioni preliminari, tra cui la ritenuta inammissibilità della richiesta del pubblico ministero di risarcimento del danno all'immagine del comune come danno erariale, mancando una condanna per un delitto contro la pubblica amministrazione (la Corte rimettente aderisce sul punto all'indirizzo restrittivo della giurisprudenza costituzionale); e poi con ordinanza, contestuale alla sentenza, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento a plurimi parametri:

- 1) art. 76 Cost. (per violazione della delega);
- 2) art. 3 Cost. (per disparità di trattamento e irragionevolezza intrinseca);
- 3) art. 24 Cost. (per violazione del diritto di difesa);
- 4) art. 111 Cost. (per violazione del canone del giusto processo);
- 5) art. 81 Cost. (per difetto di integralità del risarcimento del danno erariale).

La Corte rimettente censura l'art. 83 non solo nel suo primo comma, che preclude l'intervento del terzo per ordine del giudice, ma anche nel suo secondo comma, dove si fa riferimento alla “responsabilità parziaria” (ogni convenuto in giudizio risponde solo *pro quota* del danno erariale cagionato, senza solidarietà con gli eventuali corresponsabili).

La Sezione campana della Corte vorrebbe sì “ritornare al passato”, ma con il rispetto delle garanzie procedurali: il previo invito a fornire deduzioni notificato dal pubblico ministero. Si legge infatti nell'ordinanza di rimessione che “il Collegio [è] consapevole della finalizzazione del radicale divieto di chiamata in causa *iussu iudicis*, alla realizzazione del principio di terzietà del giudice”.

Ma il fuoco delle censure sta soprattutto nel *deficit* di tutela del terzo, la cui corresponsabilità verrebbe in rilievo per ridurre la responsabilità delle parti convenute in giudizio per iniziativa del pubblico ministero (è il criterio della “responsabilità parziaria”, non quindi solidale, del secondo comma dell'art. 83).

4. La disposizione censurata

La Corte rimettente ritiene di dover fare applicazione dell'art. 83 c.g.c., che, dopo il decreto correttivo del 2019, ha la seguente formulazione complessiva (censurati sono, però, solo i primi due commi).

Con la rubrica “*Pluralità di parti*”, la disposizione prevede:

“1. Nel giudizio per responsabilità amministrativa è *preclusa la chiamata in causa per ordine del giudice*.

2. Quando il fatto dannoso è causato da più persone ed alcune di esse non sono state convenute nello stesso processo, se si tratta di *responsabilità parziaria*, il giudice tiene conto di tale circostanza ai fini della determinazione della minor somma da porre a carico dei condebitori nei confronti dei quali pronuncia sentenza.

3. Soltanto qualora nel corso del processo emergano fatti nuovi rispetto a quelli posti a base dell'atto introduttivo del giudizio, il giudice ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero per le valutazioni di competenza, senza sospendere il processo. Il pubblico ministero non può comunque procedere nei confronti di soggetto già destinatario di formale provvedimento di archiviazione, ovvero di soggetto per il quale, nel corso dell'attività istruttoria precedente l'adozione dell'invito a dedurre, sia stata valutata l'infondatezza del contributo causale della condotta al fatto dannoso, salvo che l'elemento nuovo segnalatogli consista in un fatto sopravvenuto, ovvero preesistente, ma dolosamente occultato, e ne sussistano motivate ragioni.

4. Nei casi di cui all'ultimo periodo del comma 3, il pubblico ministero non può comunque disporre la citazione a giudizio, se non previa notifica dell'invito a dedurre di cui all'articolo 67”.

La Corte rimettente ritiene che si prospetti in giudizio un'ipotesi di “responsabilità parziaria” (c. 2 dell'art. 83) per essere stato il danno erariale cagionato da più persone e “alcune di esse non sono state convenute nello stesso processo”; evenienza questa che, secondo giurisprudenza pacifica, non dà luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

Anche nell'ordinario giudizio civile, se un'azione risarcitoria è promossa solo nei confronti di alcuni autori dell'illecito e non di tutti, è pacifico che non si versi in un'ipotesi di litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.), neppure nell'ipotesi della responsabilità solidale *ex art. 2055 c.c.*, ma potranno esserci semmai l'intervento volontario della persona non convenuta (art. 105 c.p.c.), o l'intervento a istanza della parte costituita (art. 106 c.p.c.) o l'intervento per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.).

La Corte rimettente ritiene di dover procedere, in applicazione dell'art. 83, c. 2, c.g.c., alla “determinazione della minor somma da porre a carico dei condebitori nei confronti dei quali pronuncia sentenza”, scontando la parte di danno

erariale non attribuibile alle parti destinatarie dell'originario atto di citazione, ma a soggetti non investiti dall'azione risarcitoria esercitata dal pubblico ministero (corresponsabili non convenuti).

5. *Il presupposto della questione*

La questione nasce, in sostanza, a causa di una divergenza di vedute tra il giudice (la sezione giurisdizionale) e il pubblico ministero.

La sezione afferma che essa – nella situazione processuale determinatasi – “dovrebbe esaminare le condotte sia dei convenuti, che di soggetti non evocati in giudizio (anche se, per questi ultimi, al fine di statuire esattamente sugli addebiti di responsabilità dei primi)”.

E aggiunge: “questi ultimi in particolare, nella fattispecie, dovrebbero essere concretamente individuati nelle società concessionarie del servizio di riscossione dei canoni in discorso, prima – fino al 31 dicembre 2010 – e poi – affidataria del servizio di riscossione delle entrate comunali dal 2011 al 2020”.

Secondo la Corte rimettente si profila un apporto causale nella determinazione del danno erariale delle società (sono due), concessionaria (prima) e affidataria (dopo) del servizio di riscossione dei canoni che per anni il comune non ha percepito.

E quindi “il Collegio reputa ravvisabile, nella concreta fattispecie, l'incidenza causale ai fini della determinazione del ridotto danno, attribuibile alle condotte sia dei convenuti, che dei soggetti indicati al capoverso che precede” (ossia le due società, una concessionaria, l'altra affidataria della riscossione).

La Corte riferisce anche che il pubblico ministero non è d'accordo, come era prevedibile che fosse, atteso che egli non ha esercitato l'azione per responsabilità amministrativa nei confronti delle due società (non si sa se ha adottato un formale provvedimento di archiviazione o semplicemente nel corso dell'attività istruttoria è stata ritenuta l'insussistenza del contributo causale della condotta al fatto dannoso: sono le due ipotesi richiamate dal c. 3 dello stesso art. 83).

La Corte è molto esplicita nell'affermare che non sono “meritevoli di adesione le argomentazioni del requirente”.

Va però subito detto che la questione oggetto del giudizio costituzionale è strettamente processuale: attiene, nel suo nucleo essenziale, al diritto di difesa delle parti e al giusto processo.

In passato (e soprattutto in un passato più risalente), prima del codice di giustizia contabile, la Corte aveva questo potere di estensione del *thema decidendum* e di ampliamento della pretesa risarcitoria per danno erariale. Tale potere era contemplato, come detto, dall'art. 47 del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti (r.d. 1038/1933), che – oltre all'intervento di chi avesse interesse nella controversia e dell'intervento a richiesta del procuratore generale o di una delle parti – prevedeva espressamente che “[l]’intervento può essere anche ordinato dalla sezione d’ufficio”. Quindi la Corte poteva ordinare l'intervento del terzo, così come (da sempre) può fare il giudice civile ordinario in applicazione dell'art. 107 c.p.c. Ma – come si dirà – l'art. 47 è ben diverso dall'art. 107 perché quest'ultimo, stante il principio dispositivo (art. 99 c.p.c.), non comporta un'estensione della domanda ad opera del giudice.

Peraltro, in tempi più recenti, prima dell'introduzione del nuovo codice, si era dubitato, in giurisprudenza, della perdurante applicazione di questo intervento per ordine del giudice *ex art. 47* dopo l'introduzione del principio del giusto processo e della terzietà del giudice *ex art. 111 Cost.*; ciò induceva ad escluderne l'applicazione. La questione era, però, controversa, anche perché la norma era, in realtà, vigente (sarà abrogata solo con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito) e semmai potevano sorgere dubbi di compatibilità con il nuovo parametro (l'art. 111 Cost.).

Ma è certo che ora l'intervento per ordine del giudice *ex art. 47 cit.* è stato eliminato proprio dall'art. 83, c. 1, c.g.c. che prevede appunto che “[n]el giudizio per responsabilità amministrativa è preclusa la chiamata in causa per ordine del giudice”. Contestualmente la previgente disciplina è stata espressamente abrogata dall'art. 4, c. 1, lett. a), dell'allegato 3 al d.lgs. n. 174/2016, a decorrere dal 7 ottobre 2016.

6. *La prima censura: la violazione della delega (art. 76 Cost.)*

L'art. 20 della l. 7 agosto 2015, n. 124, ha delegato il Governo “ad adottare [...] un decreto legislativo recante il riordino e la ridefinizione della disciplina processuale concernente tutte le tipologie di giudizi che si svolgono innanzi la Corte dei conti, compresi i giudizi pensionistici, i giudizi di conto e i giudizi a istanza di parte”, ovvero il c.d. codice di giustizia contabile (approvato con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, poi modificato dal d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114).

Tra i criteri di carattere generale c'è la prescrizione di adeguarsi alla giurisprudenza costituzionale, oltre a quella delle giurisdizioni superiori.

Tra i criteri direttivi specifici ci sono quelli che hanno riguardato il riordino della fase dell'istruttoria e dell'emissione di eventuale invito a dedurre. Si tratta quindi del riordino dell'attività del pubblico ministero contabile, quella che si colloca prima della notifica dell'atto di citazione a giudizio. Inserito in questo catalogo, c'è però un criterio che in realtà riguarda non già l'attività del pubblico ministero, ma quella del giudice (della Corte dei conti in sede giurisdizionale). È il n. 6 dell'elenco, che stabilisce “preclusione in sede di giudizio di chiamata in causa su ordine del giudice e in assenza di nuovi elementi e motivate ragioni di soggetto già destinatario di formalizzata archiviazione”.

Alla collocazione impropria – nel riordino dell’attività del pubblico ministero – si aggiunge una formulazione testuale ambigua perché da una parte sembra che si voglia escludere *tout court* la chiamata per ordine del giudice, ma poi si aggiunge: “e in assenza di nuovi elementi e motivate ragioni di soggetto già destinatario di formalizzata archiviazione”.

Ciò farebbe pensare – ed è la tesi della Corte rimettente – che il legislatore delegato intendesse escludere la chiamata per ordine del giudice in caso di intervenuta archiviazione, salvo che sussistessero nuovi elementi e motivate ragioni che la giustificassero anche in presenza di una formale archiviazione; ciò al fine di dare stabilità a questo provvedimento, che non avrebbe potuto più essere “neutralizzato” dall’ordine del giudice di chiamare un terzo per estendere la domanda.

6.1. *Il criterio del necessario adeguamento alla giurisprudenza costituzionale*

Il legislatore delegato avrebbe poi dovuto rispettare il criterio generale di cui si è fatto menzione: la prescrizione di adeguarsi alla giurisprudenza costituzionale.

A questo proposito occorre fare un passo indietro e ricordare che in passato un altro contrasto tra sezione giurisdizionale della Corte dei conti e pubblico ministero contabile si è presentato come incidente di costituzionalità delle norme sui giudizi di responsabilità recate dalla riforma degli anni '90 (d.l. 15 novembre 1993, n. 453, e d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, come convertiti).

In particolare, si prevedeva già allora – com’è oggi – che il procuratore, all’esito dell’attività istruttoria, poteva emettere, secondo il suo apprezzamento dei fatti, l’atto di citazione ovvero disporre l’archiviazione.

La Corte dei conti, sezione giurisdizionale, aveva disposto, con ordinanza, l’acquisizione di un provvedimento di archiviazione riguardante soggetti non attinti dall’azione di responsabilità del pubblico ministero. Voleva vederci chiaro per capire se c’era, in ipotesi, un corresponsabile del danno erariale non convenuto in giudizio (all’epoca era possibile la chiamata del terzo per ordine del giudice *ex art. 47*). Il procuratore regionale però contestava la legittimità della richiesta, al punto di proporre un reclamo avverso l’ordinanza della Corte.

La quale, chiamata a decidere sul reclamo, negava che l’archiviazione, secondo l’interpretazione data dal pubblico ministero, fosse un atto interno, non conoscibile né dal giudice né dai convenuti tratti a giudizio. Se però così non fosse stato, la norma censurata – secondo la Corte rimettente – sarebbe stata illegittima per contrasto con l’art. 24 Cost. e con il novellato art. 111 della Costituzione e quindi ha sollevato la questione.

La Corte costituzionale (ord. n. 261/2006, sopra citata), nel ritenere manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, ha però fatto delle affermazioni importanti quanto al rapporto tra giudice e pubblico ministero nel giudizio per responsabilità amministrativa. Ha in particolare affermato, come già ricordato: «gli artt. 14 e 26 del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038 – e, per il tramite di quest’ultima disposizione, l’art. 210 del codice di procedura civile – [...] consentono alla Corte di ordinare alle parti di produrre gli atti e i documenti ritenuti necessari alla decisione della controversia, e quindi di richiedere l’esibizione dell’atto di archiviazione disposto nei confronti di altri soggetti, concorrenti nel medesimo fatto produttivo di responsabilità amministrativa: al fine, all’esito di quella esibizione, non solo di ordinare, se del caso, l’intervento in causa dei concorrenti nella causazione del danno pubblico (allargamento del contraddittorio non impedito dal fatto che la loro posizione sia stata archiviata dal Procuratore regionale, non formandosi il giudicato con l’archiviazione), ma anche, eventualmente, di procedere ad una più esatta personalizzazione ed individualizzazione della responsabilità nei confronti di coloro che sono stati citati a giudizio dal pubblico ministero, e ciò alla luce del principio – ribadito dall’art. 1, comma 1-*quater*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (aggiunto dall’art. 3 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione) – secondo cui “se il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso”».

La Corte costituzionale, dunque, seppur con una pronuncia in rito, ha ricordato come in generale fosse ammissibile, nel giudizio per responsabilità amministrativa, l’intervento dei terzi per ordine del giudice finanche quando vi fosse stato un provvedimento di archiviazione del pubblico ministero contabile. E ciò ha rilevato quando da tempo il principio del giusto processo *ex art. 111*, secondo comma, Cost. era già entrato nell’ordinamento.

Con ciò l’equilibrio tra giudice e pubblico ministero pareva fissato decisamente a favore del primo.

Certo era indebolita la portata dell’archiviazione del pubblico ministero adottata per alcuni contestualmente alla citazione a giudizio di altri, proprio perché poteva accadere che il giudice, andando in diverso avviso, chiamasse in giudizio quelli che il pubblico ministero aveva ritenuto non responsabili sicché anche ad essi si sarebbe estesa, in tal modo, la domanda risarcitoria.

6.2. *Il dubbio di eccesso di delega*

In breve, tornando alla delega del 2015, da una parte vi era un criterio generale, secondo cui il legislatore delegato doveva tener conto della giurisprudenza costituzionale, che – come si è rilevato – dava atto della possibilità dell’intervento del terzo per chiamata del giudice nel processo per responsabilità amministrativa.

D’altra parte, il criterio specifico, di cui si è detto, riguardava il riordino dell’attività del pubblico ministero sicché il riferimento all’“assenza di nuovi elementi e motivate ragioni di soggetto già destinatario di formalizzata

archiviazione” pareva proprio delimitare l’area della preclusione dell’intervento per chiamata del giudice. Si era voluto, essenzialmente, rafforzare il provvedimento di archiviazione in modo che non fosse mai recessivo a fronte dell’iniziativa del giudice e si rinsaldasse, al contempo, il carattere esclusivo del potere di azione del pubblico ministero contabile.

Il legislatore delegato ha sì attuato tale criterio escludendo l’intervento per chiamata del giudice nella conformazione assunta in passato per come era stato interpretato l’art. 47 dalla giurisprudenza più risalente. Ma – è questo l’assunto della Corte rimettente – il legislatore delegato avrebbe ecceduto per aver escluso *tout court* l’intervento del terzo per ordine del giudice, pregiudicando la posizione di quest’ultimo.

Il legislatore delegato non ha operato alcuna distinzione nell’art. 83, c. 1, avendo escluso, radicalmente in ogni caso, la chiamata del terzo per ordine del giudice.

Sostiene la Corte rimettente che “una tale radicale preclusione si spinge oltre i limiti indicati in sede di delegazione legislativa”.

Nel (sommariamente) descritto contesto normativo (art. 47) e giurisprudenziale (soprattutto l’ord. n. 261/2006) può in effetti considerarsi in qualche modo plausibile la lettura restrittiva che del suddetto criterio direttivo dà l’ordinanza di rimessione. Il legislatore in realtà – si potrebbe dire – voleva soltanto riequilibrare il rapporto giudice/pubblico ministero, rafforzando il potere di quest’ultimo: quando c’è stato un provvedimento di archiviazione o comunque il pubblico ministero non ha esercitato l’azione risarcitoria non può mai essere il giudice a estendere la domanda al terzo ritenuto (dal giudice) possibile corresponsabile.

Anche nella relazione illustrativa del decreto legislativo del 2016 la scelta legislativa di introdurre il divieto di chiamata in giudizio per ordine del giudice è stata motivata nel senso che “costituisce la doverosa cerniera garantista tra fase istruttoria e la fase del giudizio” e che «consentire un’integrazione del contraddittorio *iussu iudicis*, peraltro “saltando” tutta la parte dell’esercizio delle garanzie difensive, sarebbe ovviamente contraria ai principi del giusto processo oltre che, [...], alla titolarità esclusiva del potere di azione da parte del pubblico ministero contabile».

Insomma, nella parte in cui la disposizione censurata (art. 83, cc. 1 e 2) esclude che il giudice possa determinare un ampliamento, d’ufficio, dell’azione risarcitoria indirizzandola anche a un terzo, asserito corresponsabile del danno erariale, ma non convenuto in giudizio dal pubblico ministero, non sembra sussistere il denunciato vizio di eccesso di delega.

Invece, se si focalizza l’eccesso di delega (non già sul ripudio della chiamata per ordine del giudice nel modello dell’art. 47, ma) nella mancata considerazione della tutela del terzo, allora la censura prende corpo e apre, in continuità logica, alle altre censure, che pure muove la Corte rimettente e che ruotano attorno al denunciato *deficit* di tutela del terzo.

7. La seconda, terza e quarta questione: artt. 3, 24 e 111 Cost.

Le censure riferite agli artt. 3, 24 e 111 Cost., che hanno in realtà una matrice comune, possono essere prese in considerazione congiuntamente.

Una volta esclusa in ogni caso la chiamata del terzo per ordine del giudice (primo comma dell’art. 83) e affermata invece la possibilità che il giudice tenga conto che il fatto dannoso, causato da più persone, sia in ipotesi riferibile anche a soggetti non convenuti nel processo, al fine di stabilire la “responsabilità parziaria” di chi è invece convenuto in giudizio per essere stato destinatario dell’atto di citazione del pubblico ministero (secondo comma dell’art. 83), si pone il problema di tutela del terzo che è al fondo delle censure di violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost..

Il problema si sintetizza in questo dilemma.

Il giudice può ritenere che ci siano elementi per affermare che anche un terzo (o addirittura solo un terzo) è responsabile del danno erariale dedotto in giudizio e, a seguito anche di istruttoria dibattimentale, può egli rafforzarsi in tale convincimento e adottare la pronuncia conseguente. In tale evenienza il giudice, in applicazione del criterio della “responsabilità parziaria” di cui al secondo comma dell’art. 83, adotterà una pronuncia di accoglimento solo parziale della domanda del pubblico ministero con l’affermazione in sentenza che c’è un apporto causale concorrente di un terzo, non convenuto nel processo, che consente di “ridurre” il danno erariale risarcibile dalle parti convenute (il giudice potrebbe anche addirittura rigettare la domanda, se ritiene che tutto il danno erariale è stato causato dal terzo).

Ci si chiede allora se sia legittimo, o no, sul piano costituzionale dei tre parametri evocati, che questo accertamento possa esser fatto senza che in qualche misura sia almeno provocata la partecipazione in giudizio del terzo, la cui condotta asseritamente causativa del danno erariale comunque viene in gioco, anche se solo per ridurre o escludere la responsabilità della parte convenuta in giudizio.

È accettabile – ci si chiede – che il terzo, della cui responsabilità si ragiona in giudizio – seppur al solo fine della “responsabilità parziaria” (eventualmente “parziaria”) di chi è raggiunto dall’atto di citazione del pubblico ministero – possa rimanere del tutto estraneo, come un invitato di pietra?

È vero che il terzo, anche se ritenuto unico responsabile, non potrà essere condannato perché il pubblico ministero non ha esercitato nei suoi confronti l’azione di responsabilità amministrativa; e ciò a maggior ragione se il pubblico ministero ha adottato un formale provvedimento di archiviazione.

Ciò nonostante, il terzo ha un interesse ben preciso a “discolparsi” per far ricadere la responsabilità per danno erariale solo su chi è destinatario dell’azione esercitata dal pubblico ministero contabile.

Il terzo avrebbe innanzi tutto un danno alla sua immagine se in sentenza il giudice, nell'accogliere parzialmente, o finanche rigettare, la domanda nei confronti della parte convenuta, motivasse la pronuncia con il ritenuto apporto causale concorrente o addirittura esclusivo di esso terzo. Se ad esempio il terzo è un esponente politico, la sua immagine risulterebbe fortemente offuscata da una sentenza che mettesse in luce il suo apporto causale – in termini di condotta dolosa o gravemente colposa – al fine di ridurre o escludere la responsabilità della parte convenuta in giudizio.

Ma c'è di più.

Il terzo è pur sempre potenzialmente esposto alla domanda risarcitoria ordinaria (per inadempimento o per illecito aquiliano, in entrambe le ipotesi per l'ordinario danno civile, non già per quello erariale) dell'ente danneggiato (nella specie, il comune) e certo non è indifferente, per il terzo, che nella sentenza della Corte dei conti si affermi un suo concorrente o esclusivo apporto causale nella determinazione del danno erariale allo stesso ente, anche se al diverso fine di accertare la "responsabilità parziaria" (o l'esonero di responsabilità) delle parti convenute.

Per rimanere alla vicenda di cui al giudizio principale, se la Corte rimettente si convince che è tutta colpa delle società, concessionaria prima e affidataria poi, della riscossione dei canoni, rigetterà la domanda del pubblico ministero nei confronti del sindaco e degli altri convenuti. Il giudicato, in mancanza di impugnazione, si formerà – è vero – solo sull'accertamento negativo della responsabilità amministrativa delle parti convenute in giudizio. Ma il comune, i cui canoni di locazione non sono stati riscossi per anni (colpevolmente, secondo la Corte dei conti), potrebbe promuovere un'azione risarcitoria ordinaria nei confronti delle società per inadempimento delle obbligazioni assunte. In ciò si radica un interesse ben preciso del terzo (le società) a interloquire nel giudizio principale (quello innanzi alla Corte di conti) per "discolparsi" e per fare ricadere la colpa sulle parti convenute in quel giudizio, così come ritiene il pubblico ministero che solo nei loro confronti ha esercitato l'azione di responsabilità amministrativa.

Questo punto – *i.e.* rapporto tra danno erariale e danno civile (contrattuale o extracontrattuale), che non sono cumulabili, ma che rimangono distinti – è scivoloso perché mancano momenti di raccordo soprattutto sul piano processuale (a partire dalla giurisdizione, che è diversa). Si tratta comunque di fattispecie logicamente diverse: quella del risarcimento per danno erariale (la cui azionabilità è nel monopolio del pubblico ministero contabile) e quella del risarcimento del danno per inadempimento o per illecito aquiliano (la cui azionabilità spetta al danneggiato). Il formale provvedimento di archiviazione del pubblico ministero mette al riparo dal primo, ma non preclude l'azionabilità del secondo.

In proposito le Sezioni unite della Corte di cassazione (ord. n. 14792/2016) hanno affermato che la spettanza al p.m. contabile dell'esercizio dell'azione revocatoria innanzi alla Corte di conti (*ex art. 1, c. 174, della l. n. 266/2005; oggi art. 73 c.g.c.*) non esclude la sussistenza della legittimazione dell'amministrazione danneggiata, come per qualsiasi altro creditore, ad esperire l'omologa azione davanti al giudice ordinario, ancorché sulla base della stessa situazione creditoria legittimante l'azione del p.m. contabile. Questo orientamento, ribadito dalle Sezioni unite (Cass., S.U., 10 dicembre 2020, n. 28183), è stato seguito anche dalla giurisprudenza della Corte di conti (Corte conti, Sez. I centr. app., 14 luglio 2020, n. 188).

Non può neppure escludersi che per il terzo, in mancanza di un precedente provvedimento di archiviazione o di una precedente valutazione di "infondatezza del contributo causale" della sua condotta e sempre che non siano decorsi i termini di prescrizione, ci sia il promovimento di un distinto procedimento ad opera del pubblico ministero contabile.

Quindi, secondo la Sezione campana della Corte dei conti, c'è l'interesse del terzo (nella specie, le due società) ad interloquire nel giudizio *a quo* e, non essendo più possibile la chiamata del terzo per ordine del giudice *ex art. 83* (la disposizione censurata), c'è un *deficit* di tutela che ridonda in violazione dei tre parametri evocati dalla Corte rimettente.

Nel sistema precedente al nuovo codice di giustizia contabile, almeno fino a quando è stata ritenuta la possibilità di chiamata del terzo per ordine del giudice *ex art. 47* del regolamento di procedura del 1933, questo deficit di tutela non sussisteva mai. Il giudice, quando vedeva profilarsi la responsabilità di chi non era parte nel giudizio, poteva ordinarne la chiamata in giudizio sicché il terzo diveniva parte, con estensione nei suoi confronti della domanda, e la sua difesa così assicurata.

Ma nel momento in cui si esclude la chiamata per ordine del giudice, come fa in termini assoluti il primo comma dell'*art. 83*, il terzo non entra nel processo per questa via.

Questo *deficit* di tutela ridonda, al tempo, in violazione del principio di eguaglianza (perché, "quando il fatto dannoso è causato da più persone ed alcune di esse non sono state convenute nello stesso processo", queste ultime si trovano in una situazione processualmente peggiore non potendo interloquire in giudizio); vi è lesione del diritto di difesa (perché la persona la cui condotta è valutata in quanto causativa di danno erariale non ha la possibilità di discolparsi e di far sentire la sua voce); sussiste contrasto con il principio del giusto processo (per l'ingiustificata asimmetria che connota un siffatto giudizio).

8. *Ipotesi di possibile reductio ad legitimitatem: a) l'intervento per ordine del giudice ex art. 107 c.p.c.*

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, ci si sarebbe potuti attendere da parte della Corte costituzionale alcuni rimedi per la *reductio ad legitimitatem* sul base non già del canone delle rime obbligate (che la Corte costituzionale ha abbandonato), ma della soluzione più adeguata, idonea a correggere il *vulnus*.

La Corte rimettente avrebbe voluto una deroga al divieto di chiamata del terzo per ordine del giudice di modo che il terzo possa entrare nel processo come parte a tutti gli effetti, anche con estensione della domanda risarcitoria del

pubblico ministero, pur nel rispetto delle garanzie endoprocedimentali del previo contraddittorio (secondo il canone *audiatur et altera pars*).

Ma, riesumare la chiamata del terzo, sul modello dell'art. 47 cit., non è possibile perché – come si è già detto – contrasterebbe con il principio della terzietà del giudice.

Vi è però l'intervento del terzo per ordine del giudice ai sensi dell'art. 107 c.p.c. che invece sarebbe astrattamente praticabile, ma chiarendo che è cosa ben diversa dalla chiamata del terzo per ordine del giudice di cui all'art. 47 cit. Quest'ultima comportava l'estensione (per ordine del giudice) dell'azione risarcitoria per danno erariale anche al terzo. Invece l'intervento per ordine del giudice *ex art. 107 c.p.c.* lascia invariato il *thema decidendum* e i limiti soggettivi e oggettivi della domanda; intervento che è condizionato a una valutazione di "opportunità" di quest'ultimo, da leggersi oggi con la lente del giusto processo (giusto è il processo che coinvolga anche il terzo, però nel rispetto del principio dispositivo e senza che vi sia un'estensione della domanda per ordine del giudice).

Il regolamento di procedura del 1933 conteneva una norma di raccordo generalizzato con il codice di procedura civile dell'epoca (art. 26: "Nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento"). Il vigente codice di giustizia contabile contiene ancora una norma di rinvio seppur dal contenuto più mirato (art. 7 c.g.c.) perché le disposizioni del codice di procedura civile si applicano "in quanto espressione di principi generali".

C'è comunque un possibile travaso che orienterebbe la soluzione additiva. Del resto, è difficile pensare che nel giudizio per responsabilità amministrativa non trovi applicazione, ad esempio, l'art. 102 c.p.c. sull'integrazione del contraddittorio quando "la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti". Se il giudizio è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice contabile – al pari del giudice ordinario – ordinerà l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

La lettura dell'art. 107 c.p.c., compatibile con il principio dispositivo, si deve a Satta (1) e ruota intorno al concetto che con l'intervento del terzo per ordine del giudice non c'è un'estensione della domanda al terzo, quanto ai suoi presupposti soggettivi e oggettivi, ma solo un'estensione dell'efficacia anche nei suoi confronti dell'accertamento, che rimane nei limiti della domanda originaria.

La replica di questo istituto nel processo del lavoro (art. 420 c.p.c.) ha, in fondo, chiarito proprio tale aspetto perché alla notifica al terzo dell'ordine del giudice (*ex artt. 107 e 420 c.p.c.*) provvede la cancelleria che certamente non "estende" la domanda al terzo, mentre nel rito ordinario sono le parti a dover provvedere alla notifica sicché la notifica al terzo dell'atto di citazione originario, se fatta dall'attore, potrebbe significare anche estensione (ma per volontà dell'attore) al terzo della domanda.

Mette conto rilevare anche che lo stesso codice di giustizia contabile (art. 160-*bis*) conosce già un'ipotesi di ordine del giudice di "integrazione del contraddittorio" – che in realtà è una forma di intervento per ordine del giudice – affinché al giudizio (quello pensionistico) partecipino le "persone interessate ad opporsi al ricorso".

Il richiamo dell'art. 107 c.p.c. implicherebbe anche che – come espressamente prevede tale disposizione – il giudice provvede a ordinare l'intervento "quando [lo] ritiene opportuno". Questa valutazione di "opportunità", che fu inserita nel codice del 1940 e che era assente nella corrispondente disposizione del codice del 1865 (art. 205), è, nell'ipotesi in argomento, particolarmente utile proprio nel giudizio di responsabilità amministrativa per danno erariale. Infatti, c'è da pensare che la casistica più comune e ricorrente di "responsabilità parziaria" sia abbastanza indistinta ed operi come – *mutatis mutandis* – l'attenuante della causa non esclusiva prevista per il reato di omicidio e lesioni stradali. Ossia di norma il giudice (la Sezione giurisdizionale Corte dei conti) applicherà la "riduzione" del danno erariale risarcibile senza ordinare alcun intervento di terzi corresponsabili. Ma se la allegata "responsabilità parziaria" si focalizza nella posizione ben determinata di un terzo corresponsabile, allora il giudice potrà ritenere "opportuno" – per il rispetto del diritto di difesa del terzo e del canone del giusto processo – che egli sia chiamato in giudizio, pur senza alcuna estensione della domanda nei suoi confronti, rimanendo sempre in capo al pubblico ministero contabile l'esclusività del potere di azione.

L'assegnazione al giudice di un potere sostanzialmente discrezionale, in ragione di tale valutazione di "opportunità", prevista dall'art. 107 c.p.c., avrebbe avuto, dal lato del giudice, anche l'effetto di riequilibrare il rapporto giudice/p.m. in favore del primo, ma nel rispetto delle prerogative del secondo.

8.1. *Segue: b) la litis denunciatio*

Un'alternativa poteva esser quella che si colloca su una linea più arretrata: non già un intervento del terzo per ordine del giudice *ex art. 107 c.p.c.*, ma solo una *litis denunciatio* – come *minus* rispetto al *petitum* della Corte rimettente – per notiziare il terzo del fatto che, sotto il profilo della "responsabilità parziaria" delle parti convenute, potrebbe tenersi conto dell'eventuale suo apporto causale (quello del terzo) alla causazione del danno erariale.

(1) S. Satta, *Un preteso caso di intervento coatto ad istanza di parte*, in *Giur. it.*, 1967, IV, 35.

La *litis denuntiatio*, seppur non frequente, è nota al sistema processuale (in materia di opposizione allo stato passivo nel fallimento, che va notificata al fallito; in materia assicurativa per r.c.a., che prevede la comunicazione della lite all'impresa designata in caso di liquidazione coatta).

Una fattispecie di carattere generale, particolarmente calzante, può rinvenirsi nell'art. 332 c.p.c.

Ad esempio, se il giudice si pronuncia in un giudizio di responsabilità civile nei confronti di più parti convenute, che l'attore assume essere corresponsabili del danno, e la sentenza è impugnata soltanto da una parte, il giudice – prevede l'art. 332 c.p.c. – “ordina la notificazione alle altre”. Ma con questo “ordine” del giudice non si amplia l'oggetto del giudizio di impugnazione; non c'è un'“impugnazione coatta” che contrasterebbe con il principio dispositivo. C'è solo – è pacifico in giurisprudenza – una *litis denuntiatio*. Le parti destinatarie della notifica dell'ordine del giudice potranno attivarsi e impugnare a loro volta la sentenza; oppure potranno disinteressarsi non partecipando – e quindi rimanendo estranee – al giudizio di impugnazione.

Lo stesso codice di giustizia contabile conosce un'ipotesi analoga di *litis denuntiatio* (art. 183, c. 3, c.g.c.).

La *denuntiatio litis* avrebbe consentito al terzo di intervenire volontariamente nel giudizio, ove ne sussistano i presupposti di ammissibilità di cui all'art. 85 c.g.c., che recita (nella versione del decreto correttivo del 2019): “Chiunque intenda sostenere le ragioni del pubblico ministero può intervenire in causa, quando vi ha un interesse qualificato meritevole di tutela, con atto notificato alle parti e depositato nella segreteria della sezione”.

Quindi è possibile un intervento che sia allineato alla posizione del pubblico ministero, di contenuto adesivo ad esso e non oppositivo. Tale può essere in genere quello dell'amministrazione pubblica danneggiata. Ma la formulazione della disposizione è ampia: se un terzo ha un interesse qualificato, meritevole di tutela, può intervenire in giudizio per sostenere le ragioni del pubblico ministero che in tale fattispecie sono in sintonia alle sue ragioni.

Il terzo corresponsabile del danno erariale, ma non evocato in giudizio dal pubblico ministero, ha interesse a “discolparsi” e ciò, in realtà, è in sintonia – e non già in opposizione – alla posizione del pubblico ministero che in giudizio sostiene la responsabilità delle parti convenute.

Nel giudizio *a quo* è ben chiara la posizione del pubblico ministero che ritiene che il danno erariale non sia addebitabile alle società affidatarie o concessionarie della riscossione dei canoni. È la Corte rimettente che ritiene, al contrario, che non sono “meritevoli di adesione le argomentazioni del requirente”. Quindi un intervento delle società a difesa della loro posizione, allegando la loro estraneità alla causazione del danno erariale, potrebbe ben qualificarsi come allineato, e quindi adesivo, alle posizioni del pubblico ministero.

Ma tutto ciò sarebbe comunque rimesso alla stessa giurisprudenza della Corte dei conti.

9. La soluzione nella sentenza Corte cost. n. 203/2022

La Corte costituzionale ha invece fornito una risposta diversa da quella attesa dal giudice remittente ma non completamente di chiusura.

La Consulta ha premesso, all'esame delle questioni, una sintetica ricostruzione del complessivo quadro normativo di riferimento nel quale si collocano le norme espresse dai primi due commi della disposizione censurata.

Sul piano sostanziale, ha ricordato che, ancora all'attualità, la responsabilità amministrativa si fonda, essenzialmente sull'art. 82, c. 1, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato) secondo cui “[l]’impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo”.

Tale responsabilità, la giurisdizione sulla quale è demandata dall'art. 103 Cost. alla Corte dei conti, si caratterizza per una serie di aspetti peculiari rispetto alla concorrente responsabilità civile degli stessi agenti pubblici nei confronti dell'amministrazione di appartenenza, rinveniente il proprio fondamento negli artt. 28 Cost. e 22 ss. del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), che impone al danneggiante il risarcimento dei pregiudizi derivanti a terzi per effetto della propria condotta in forza di un illecito contrattuale (art. 1218 c.c.) ovvero aquiliano (art. 2043 c.c.), rimessa al giudice ordinario.

In particolare, come ha già sottolineato la stessa Corte costituzionale, la responsabilità amministrativa o erariale è connotata dalla combinazione di elementi restitutori e di deterrenza (sent. n. 355/2010, n. 453 e n. 371/1998), ciò che giustifica anche la possibilità di configurare la stessa solo in presenza di una condotta, commissiva o omissiva, imputabile al pubblico agente per dolo o colpa grave, al fine precipuo 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” (sent. n. 371/1998).

In realtà, l'elemento soggettivo permea l'illecito erariale su un piano più ampio, stante l'art. 83, c. 1, dello stesso r.d. n. 2440/1923, secondo cui la Corte dei conti, “valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto”.

In tale disposizione si concreta quello che è comunemente definito il “potere riduttivo” del giudice contabile che determina una attenuazione della responsabilità amministrativa, nei singoli casi, rimessa a un potere del giudice, che, a tal fine, può anche tener conto delle capacità economiche del soggetto responsabile, oltre che del comportamento, al livello della responsabilità e del danno effettivamente cagionato (sent. n. 340/2001).

Vi è dunque che, come ha ancora sottolineato la Corte costituzionale, nell'ambito della responsabilità amministrativa "l'intero danno subito dall'Amministrazione, ed accertato secondo il principio delle conseguenze dirette ed immediate del fatto dannoso, non è di per sé risarcibile e, come la giurisprudenza contabile ha sempre affermato, costituisce soltanto il presupposto per il promovimento da parte del pubblico ministero dell'azione di responsabilità amministrativa e contabile. Per determinare la risarcibilità del danno, occorre una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile, il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito dall'Amministrazione debba essere addossato al convenuto, e debba pertanto essere considerato risarcibile" (sent. n. 183/2007).

Un'altra caratteristica peculiare della responsabilità amministrativa, a seguito della novella operata dalla l. 14 gennaio 1994, n. 20 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), è la regola generale della parziarietà della stessa, atteso che, per un verso, ai sensi dell'art. 1, c. 1-*quater*, "[s]e il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso", e, per un altro, giusta il comma 1-*quinquies*, sono responsabili solidalmente i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo. Anche tale regola si distingue da quella, salve diverse previsioni di legge, della solidarietà dell'obbligazione sul versante passivo operante nella responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale (artt. 1292 e 2055 c.c.).

Nella giurisprudenza costituzionale la differente scelta ancora una volta effettuata per la configurazione della responsabilità erariale è stata ritenuta costituzionalmente legittima proprio evidenziando che, per i pubblici dipendenti, la responsabilità per il danno ingiusto può essere oggetto di discipline differenziate rispetto ai principi comuni in materia (sent. n. 453/1998).

Da questi presupposti differenziati per l'affermazione della responsabilità del pubblico agente sul piano civile e contabile deriva che l'azione di responsabilità per danno erariale promossa dal p.m. dinanzi alla Corte dei conti e quella di responsabilità civile promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario restano reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali, poiché la prima è volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della pubblica amministrazione e al corretto impiego delle risorse, e la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria e integralmente compensativa, a tutela dell'interesse particolare della amministrazione attrice (Cass. civ., S.U., ord. 23 novembre 2021, n. 36205, e 7 maggio 2020, n. 8634).

Ciò significa che un pubblico agente può essere convenuto affinché ne venga accertata la responsabilità per entrambi i titoli ovvero essere attinto da una soltanto delle due azioni, non sussistendo i presupposti per l'esercizio di entrambe, senza naturalmente che vi sia cumulo del danno risarcibile, erariale o civile.

Sul versante processuale, l'espressa previsione, da parte dell'art. 82, c. 1, del r.d. n. 2440/1923, di una responsabilità – pure già in parte elaborata nella giurisprudenza della Corte dei conti – che poteva fondarsi su illeciti non collegati con fatti di gestione finanziaria-contabile, non si accompagnò, peraltro, almeno all'epoca e per lungo tempo, all'introduzione di un rito diverso da quello che già regolava la responsabilità degli agenti contabili, costituente sino a quel momento l'unico modello di processo contabile.

Il giudizio di responsabilità amministrativa, in sostanza, è stato in origine disciplinato "per derivazione" da quello di conto e, sul modello di questo, avente carattere marcatamente inquisitorio e permeato dalla ricerca della verità nell'interesse dell'erario, si è caratterizzato per decenni, nella vigenza dell'abrogato regolamento di procedura, di cui al r.d. 13 agosto 1933, n. 1038 (Approvazione del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti), tanto per la sostanziale assenza di regolamentazione della fase pre-processuale affidata al p.m., quanto per gli ampi poteri cosiddetti sindacatori riconosciuti all'autorità giudiziaria.

Per quel che maggiormente rileva ai fini dell'esame da parte della Consulta delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione, il potere del giudice contabile di disporre la chiamata in causa di soggetti non evocati nel giudizio di responsabilità erariale dal p.m. era espressamente contemplato dall'art. 47 del r.d. n. 1038/1933, il cui secondo periodo stabiliva che "l'intervento può essere anche ordinato dalla sezione d'ufficio, o anche su richiesta del procuratore generale o di una delle parti".

Tale norma era stata comunemente integrata nella prassi, ai sensi dell'art. 26 del medesimo regio decreto – a mente del quale "[n]ei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento" – dalla disciplina recata dall'art. 107 c.p.c. per l'intervento per ordine del giudice nel processo civile.

Il potere del giudice (civile) di ordinare l'intervento del terzo quando ritiene opportuno che il processo si svolga nei confronti di un terzo al quale la causa è comune ai sensi dell'art. 107 c.p.c., ha plurime finalità, tra le quali, principalmente, evitare giudicati contraddittori e attuare il principio di economia processuale (tra le tante, Cass. civ., Sez. II, 9 gennaio 2013, n. 315), nonché scongiurare che il terzo subisca l'efficacia riflessa della sentenza, contenente l'accertamento di un fatto al medesimo comune, con un pregiudizio significativo al diritto di difesa derivante dalla mancata partecipazione al giudizio (Cass., Sez. lav., 13 dicembre 1982, n. 6850).

Nel processo civile, peraltro, l'intervento *iussu iudicis* ha una valenza meramente residuale rispetto alle altre forme con le quali può realizzarsi, anche al di fuori di una situazione di litisconsorzio necessario, la partecipazione, su istanza

di parte (art. 106 c.p.c.) o volontaria (art. 105 c.p.c.), di terzi nel giudizio pendente tra altri soggetti, realizzando di conseguenza un cumulo soggettivo e questo anche in fattispecie di litisconsorzio facoltativo (Cass. civ., Sez. I, 13 marzo 2013, n. 6208).

In seguito, a fronte dell'estensione del novero delle garanzie del giusto processo contemplate dall'art. 111 Cost., ad opera della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), è stata tuttavia messa in discussione, da parte della stessa giurisprudenza contabile, la compatibilità del potere dell'autorità giudiziaria, almeno nel processo di responsabilità amministrativa, di ordinare la chiamata in causa di soggetti non evocati dal p.m., con il principio dell'imparzialità del giudice.

Questo indirizzo interpretativo, inizialmente non univoco, è divenuto maggioritario soprattutto a seguito dell'orientamento delle sezioni centrali d'appello della Corte dei conti, che hanno in più occasioni ribadito, pur nella vigenza, all'epoca, dell'indicato art. 47 del regolamento di procedura, il quale prevedeva tale potere del giudice, che quest'ultimo doveva ritenersi ormai incompatibile con la necessaria imparzialità del giudice pretesa dall'art. 111 Cost. (Corte conti, Sez. I centr. app., 13 luglio 2015, n. 435; Sez. III centr. app., 21 aprile 2010, n. 316, e 30 settembre 2002, n. 300).

Per altro verso non si può trascurare che, tuttavia, anche dopo la citata novella dell'art. 111 Cost., la Corte costituzionale aveva precisato che «gli artt. 14 e 26 del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038 – e, per il tramite di quest'ultima disposizione, l'art. 210 del codice di procedura civile – [...] consentono alla Corte di ordinare alle parti di produrre gli atti e i documenti ritenuti necessari alla decisione della controversia, e quindi di richiedere l'esibizione dell'atto di archiviazione disposto nei confronti di altri soggetti, concorrenti nel medesimo fatto produttivo di responsabilità amministrativa: al fine, all'esito di quella esibizione, non solo di ordinare, se del caso, l'intervento in causa dei concorrenti nella causazione del danno pubblico (allargamento del contraddittorio non impedito dal fatto che la loro posizione sia stata archiviata dal Procuratore regionale, non formandosi il giudicato con l'archiviazione), ma anche, eventualmente, di procedere ad una più esatta personalizzazione ed individualizzazione della responsabilità nei confronti di coloro che sono stati citati a giudizio dal pubblico ministero, e ciò alla luce del principio – ribadito dall'art. 1, comma 1-*quater*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (aggiunto dall'art. 3 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione) – secondo cui “se il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso» (ord. n. 261/2006).

Ai fini della ricostruzione del quadro normativo di riferimento, la Corte costituzionale ha considerato, poi, che la norma censurata è stata emanata a fronte della delega contenuta nell'art. 20 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), avente ad oggetto, come precisato nel comma 1, “il riordino e la ridefinizione della disciplina processuale concernente tutte le tipologie di giudizi che si svolgono innanzi la Corte dei conti, compresi i giudizi pensionistici, i giudizi di conto e i giudizi a istanza di parte”.

Più in particolare, nell'ambito dei principi di delega espressi dal c. 2, lett. g), del predetto art. 20, volti a “riordinare la fase istruttoria e dell'emissione di eventuale invito a dedurre in conformità ai seguenti principi”, si colloca quello stabilito dal n. 6), che demandava al Governo di contemplare la “preclusione in sede di giudizio di chiamata in causa su ordine del giudice e in assenza di nuovi elementi e motivate ragioni di soggetto già destinatario di formalizzata archiviazione”.

In virtù del predetto principio di delega, il Governo ha emanato l'art. 83 c.g.c., della cui legittimità costituzionale, rispetto ai primi due commi, ha dubitato la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Campania, con riferimento agli artt. 76, 3, 24, 81 e 111 Cost.

In particolare, il c. 1 dell'art. 83 c.g.c. stabilisce, in termini generali, che “[n]el giudizio per responsabilità amministrativa è preclusa la chiamata in causa per ordine del giudice”.

Sotto tale profilo, la norma ha codificato l'orientamento affermato dalla giurisprudenza dominante delle sezioni centrali d'appello della Corte dei conti ancora nella vigenza dell'art. 47 del regolamento di procedura, le quali avevano ritenuto, come evidenziato, specie dopo le modifiche operate dalla l. cost. n. 2/1999 all'art. 111 Cost., che la mancata chiamata in giudizio da parte del p.m. di soggetti nei confronti dei quali lo stesso non avesse ritenuto di procedere con l'azione di responsabilità non comporta la necessaria integrazione del contraddittorio *iussu iudicis*, ben potendo il giudice, senza violare il principio della domanda e il proprio ruolo equidistante tra le parti, compiere un accertamento incidentale di responsabilità al solo scopo dell'esatta determinazione delle quote di danno da porre a carico dei soggetti evocati in giudizio (Corte conti n. 435/2015, n. 316/2010 e n. 300/2002).

Anche nella relazione illustrativa al decreto legislativo del 2016 la scelta legislativa di introdurre il divieto di chiamata in giudizio per ordine del giudice è stata motivata nel senso che “costituisce la doverosa cerniera garantista tra fase istruttoria e la fase del giudizio” e che «consentire un'integrazione del contraddittorio *iussu iudicis*, peraltro “saltando” tutta la parte dell'esercizio delle garanzie difensive, sarebbe ovviamente contraria ai principi del giusto processo oltre che, [...], alla titolarità esclusiva del potere di azione da parte del pubblico ministero contabile».

Per altro verso, nella formulazione originaria, il c. 2 dello stesso art. 83 del predetto decreto – anch'esso oggetto, nella versione attuale, delle censure del giudice rimettente – stabiliva che “[q]uando il fatto dannoso costituisce ipotesi di litisconsorzio necessario sostanziale, tutte le parti nei cui confronti deve essere assunta la decisione devono essere convenute nello stesso processo. Qualora alcune di esse non siano state convenute, il giudice tiene conto di tale

circostanza ai fini della determinazione della minor somma da porre a carico dei condebitori nei confronti dei quali pronuncia sentenza”.

La norma era apparsa di complessa lettura, stante la contraddittorietà logica nel ritenere possibile che un giudizio proseguiva sebbene non venga integrato il contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari pretermessi, atteso che ciò condurrebbe, in spregio al fondamentale principio di economia processuale, a una sentenza *inutiliter data*.

Peraltro, il successivo decreto correttivo del codice di giustizia contabile, varato con il d.lgs. n. 114/2019, ha modificato il censurato comma 2 eliminando la possibilità di disporre d’ufficio l’evocazione in giudizio nelle fattispecie di litisconsorzio necessario sostanziale.

La norma stabilisce, quindi, nella formulazione attinta dalle censure del giudice *a quo*, che “[q]uando il fatto dannoso è causato da più persone e alcune di esse non sono state convenute nello stesso processo, se si tratta di responsabilità parziaria, il giudice tiene conto di tale circostanza ai fini della determinazione della minor somma da porre a carico dei condebitori nei confronti dei quali pronuncia sentenza”.

Va poi considerato anche il c. 3 dello stesso art. 83 c.g.c., secondo cui, nel processo di responsabilità amministrativa, il giudice può ordinare la trasmissione degli atti al pubblico ministero per le valutazioni di competenza “[s]oltanto qualora nel processo emergano fatti nuovi rispetto a quelli posti a base dell’atto introduttivo del giudizio [...] senza sospendere il processo”.

Si tratta di una situazione differente da quella esaminata della Corte costituzionale, nella quale il p.m. contabile, pur senza disporre l’archiviazione, aveva comunque vagliato la posizione dei terzi dei quali era richiesta l’integrazione del contraddittorio.

In presenza di un fatto nuovo il collegio può trasmettere gli atti al p.m. affinché valuti, ai fini della proposizione di un’eventuale azione di responsabilità, la posizione dei soggetti che non aveva vagliato inizialmente.

Comunque, il pubblico ministero non può procedere nei confronti di un soggetto già destinatario di formale provvedimento di archiviazione, ovvero di soggetto per il quale, nel corso dell’attività istruttoria precedente l’adozione dell’invito a dedurre, sia stata valutata l’infondatezza del contributo causale della condotta al fatto dannoso, salvo che l’elemento nuovo consista in un fatto sopravvenuto, ovvero preesistente, ma dolosamente occultato, e ne sussistano motivate ragioni.

In ogni caso – dispone il c. 4 dell’art. 83 – il p.m. non può disporre la citazione a giudizio, se non previa notifica dell’invito a dedurre di cui all’art. 67 c.g.c.

Tutto ciò premesso, la Corte costituzionale ha esaminato dapprima, per priorità logica, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 83, cc. 1 e 2, c.g.c. sollevata in riferimento all’art. 76 Cost., la quale è stata ritenuta non fondata.

Il parametro interposto, per il tramite dell’art. 76 Cost., è costituito dall’art. 20 della l. n. 124/2015, che ha previsto la delega per il riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti; delega in forza della quale è stato emanato il codice di giustizia contabile, e il successivo decreto correttivo n. 114/2019.

Con specifico riferimento alla disposizione censurata dalla Corte rimettente, per un verso, rileva in generale che il Governo sia stato delegato ad adeguare le norme processuali all’epoca vigenti (quelle del regolamento di procedura del 1933) alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, coordinandole con le norme del codice di procedura civile, espressione di principi generali.

Per altro verso, in particolare, viene in rilievo la lett. g) del c. 2 dell’art. 20, che ha contemplato il riordino della fase dell’istruttoria del p.m. contabile.

Questa fase muove dalla notizia di danno, sempre che sia connotata da “specificità e concretezza”, la quale attiva i poteri istruttori del p.m., che ha l’attribuzione esclusiva dell’azione di responsabilità amministrativa per danno erariale.

Un momento importante nella procedimentalizzazione di tale fase è l’emissione dell’invito a dedurre rivolto dal p.m. al soggetto potenzialmente destinatario dell’azione di responsabilità amministrativa per danno erariale con audizione personale del medesimo, se richiesta, e con riconoscimento della facoltà di assistenza difensiva in favore di quest’ultimo.

L’esito possibile dell’attività istruttoria può essere l’esercizio dell’azione di responsabilità da parte del p.m. oppure l’adozione di un formale provvedimento di archiviazione. In questo contesto regolatorio dell’attività del p.m. si colloca il più specifico criterio di delega (numero 6), che chiude il catalogo di quelli (elencati nella lett. g del c. 2 dell’art. 20) relativi al riordino della fase istruttoria e che in particolare la Corte rimettente assume essere stato violato.

Il legislatore delegato è stato chiamato a introdurre nel codice la “preclusione in sede di giudizio di chiamata in causa su ordine del giudice”. In riferimento a questo specifico criterio si appuntano le censure della Corte rimettente.

Tale criterio esprime la scelta del legislatore delegante diretta, da una parte, a centrare l’esercizio dell’azione di responsabilità amministrativa solo ed esclusivamente nell’iniziativa del p.m. – ciò che ispira l’intero riordino dell’attività istruttoria di quest’ultimo – e, d’altra parte, a superare l’assetto precedente, risultante in particolare dall’art. 47 del regolamento di procedura del 1933, che – per com’era letto dalla giurisprudenza della Corte dei conti – assegnava al giudice un potere sindacatorio, sostanzialmente correttivo dell’azione del pubblico ministero, mediante l’ordine, a lui rivolto, di chiamare in giudizio un terzo perché rispondesse del medesimo danno erariale.

L'espressa esclusione, contenuta nel criterio di delega, della chiamata in giudizio, su ordine del giudice, del terzo potenzialmente corresponsabile, ma non convenuto in giudizio dal p.m., supera, infatti, la previsione dell'indicato art. 47 che per lungo tempo ha governato i poteri officiosi del giudice nei giudizi di responsabilità amministrativa per danno erariale. Il c. 1 dell'art. 83 c.g.c. – sia nell'originaria formulazione, che contemplava un vero e proprio divieto per il giudice, sia in quella introdotta dal decreto correttivo, che più propriamente parla di una preclusione – riproduce questa scelta.

La preclusione della “chiamata in causa su ordine del giudice”, di cui al criterio di delega in esame, più non consente quanto disponeva l'art. 47, secondo cui, invece, “[l]’intervento può essere anche ordinato dalla sezione, d’ufficio”.

Le censure della Corte rimettente si muovono lungo distinte direttrici argomentative e si articolano in plurimi profili.

Innanzitutto, non può dirsi che il legislatore delegato abbia operato in difformità alla giurisprudenza costituzionale, sì da violare – come assume la Corte rimettente – il (già ricordato) criterio generale che richiedeva l'adeguamento a quest'ultima.

È vero che la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 261/2006, nel dichiarare la manifesta inammissibilità della sollevata questione di legittimità costituzionale, aveva dato atto del diverso assetto risultante dall'applicazione dell'art. 47, affermando che esso consentiva al giudice di ordinare “l'intervento in causa dei concorrenti nella causazione del danno pubblico (allargamento del contraddittorio non impedito dal fatto che la loro posizione sia stata archiviata dal Procuratore regionale, non formandosi il giudicato con l'archiviazione)”; ciò al fine “di procedere ad una più esatta personalizzazione ed individualizzazione della responsabilità nei confronti di coloro che sono stati citati a giudizio dal pubblico ministero”.

In tal modo, la mancanza di un controllo giurisdizionale sul provvedimento di archiviazione del p.m. trovava un parziale riequilibrio nel potere sindacatorio del giudice, che poteva, d'ufficio, allargare il contraddittorio anche nei confronti di chi non era stato destinatario dell'azione di responsabilità amministrativa.

Si tratta, però, di un modulo processuale datato, non coesistente alla peculiarità dello specifico giudizio di responsabilità amministrativa per danno erariale e anzi destinato a essere rivisto in ragione dell'avvenuta esplicitazione in Costituzione del principio di terzietà del giudice (art. 111, c. 2, Cost.), come del resto, già prima dell'introduzione del nuovo codice di rito, veniva affermandosi nel più recente orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti.

L'esercizio dei pur ampi poteri officiosi del giudice non può comportare l'estensione soggettiva, *iussu iudicis*, dell'azione promossa dal p.m., che ne ha la piena disponibilità secondo un criterio di esclusività, quale proiezione del principio della domanda, tipico dell'ordinario codice di rito (art. 99 c.p.c.); principio che peraltro è espressamente richiamato dallo stesso codice di giustizia contabile (art. 7, c. 2).

La Corte costituzionale ha affermato, in generale, che “[i]l nostro ordinamento processuale civile è, sia pure in linea tendenziale e non senza qualche eccezione, ispirato dal principio *ne procedat iudex ex officio* (sentenza n. 123 del 1970), così da escludere che in capo all'organo giudicante siano allocati anche significativi poteri di impulso processuale” (sent. n. 184/2013).

La Corte dei conti in sede giurisdizionale, se da una parte non è vincolata al provvedimento di archiviazione del p.m., che non ha natura giurisdizionale, dall'altra non può determinare (od orientare) l'iniziativa di quest'ultimo, né supplire all'eventuale mancato esercizio dell'azione.

Ed è proprio ciò che ha voluto il legislatore delegante nel disegnare un nuovo equilibrio tra p.m. e giudice nel giudizio di responsabilità; mentre – può rilevarsi marginalmente – nel giudizio pensionistico, dove non c'è l'attribuzione esclusiva dell'azione al pubblico ministero, è valorizzato l'interesse del terzo “ad opporsi al ricorso”, che attiva il potere del giudice di ordinare l'integrazione del contraddittorio (art. 160-*bis*, c. 1, c.g.c.).

In coerente applicazione di questo criterio di delega, il legislatore delegato ha posto la generale preclusione dell'art. 83, c. 1, nella formulazione del decreto correttivo del 2019: “Nel giudizio per responsabilità amministrativa è preclusa la chiamata in causa per ordine del giudice”.

Ad avviso della Corte costituzionale, il criterio di delega non è violato neppure sotto l'ulteriore profilo che la preclusione alla chiamata del terzo per ordine del giudice non è condizionata all'intervenuta adozione di provvedimento di archiviazione che solo – nella prospettiva della Corte rimettente – lo metterebbe al riparo dall'iniziativa officiosa del giudice, in passato invece possibile (ord. n. 261/2006; sent. n. 415/1995).

È vero che il suddetto criterio di delega – quello del n. 6) della lett. g) del c. 2 dell'art. 20 citato, che preclude la chiamata officiosa del terzo – prosegue: “e in assenza di nuovi elementi e motivate ragioni di soggetto già destinatario di formalizzata archiviazione”.

Però la congiunzione coordinativa che lega le due proposizioni del criterio non pone una condizione limitativa della preclusione della chiamata officiosa del terzo, bensì introduce una specificazione parallela del criterio, che poi ha trovato attuazione nel c. 3 dell'art. 83.

Una volta intervenuto un provvedimento formale di archiviazione, non solo non è possibile la chiamata del terzo per ordine del giudice, ma la posizione del terzo diventa immune e schermata dal provvedimento, pur trattandosi di una preclusione processuale e non già di un giudicato sostanziale favorevole.

La regola generale è che “[i]l pubblico ministero non può comunque procedere nei confronti di soggetto già destinatario di formale provvedimento di archiviazione”, sempre che non si tratti di “fatti nuovi rispetto a quelli posti a base

dell'atto introduttivo del giudizio". Tale è il "fatto sopravvenuto, ovvero preesistente, ma dolosamente occultato", sempre che "ne sussistano motivate ragioni" (art. 83, c. 3).

In base alla medesima disposizione, il giudice che rilevi la sussistenza di "fatti nuovi", tali da far ritenere la corresponsabilità di un terzo, non convenuto in giudizio, ha un potere officioso (non già di chiamata in giudizio del terzo, bensì) di "segnalazione" al pubblico ministero: "il giudice ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero per le valutazioni di competenza".

In definitiva l'art. 83, nella cadenza dei suoi commi, detta una disciplina organica e pienamente coerente con il criterio di delega: a) in generale – ossia in ogni caso – non è possibile la chiamata officiosa in giudizio del terzo, quand'anche ritenuto dal giudice corresponsabile del danno erariale (comma 1); b) l'apporto causativo del danno erariale ad opera del terzo può venire in rilievo solo per dimensionare e quindi ridurre la responsabilità di chi è convenuto in giudizio per iniziativa del p.m. (comma 2); c) la posizione del terzo può essere rimessa in gioco a seguito di "segnalazione" del giudice, sul presupposto della sussistenza di "fatti nuovi", ma solo per iniziativa del p.m. (comma 3) e nel rispetto della fondamentale garanzia del previo invito, al terzo, a dedurre e discolarsi (comma 4).

Infine, secondo la Corte, il criterio di delega non è violato neppure sotto il profilo della portata generale della preclusione della chiamata del terzo per ordine del giudice, tale non solo da superare il regime di cui all'art. 47 del regolamento di procedura del 1933, ma anche da non lasciare spazio al parallelo intervento per ordine del giudice di cui all'art. 107 c.p.c.

La Corte rimettente assume che il legislatore delegato sarebbe andato oltre il criterio di delega perché in tal modo non solo è risultata non più applicabile la chiamata del terzo per ordine del giudice, di cui all'art. 47 citato, ma anche l'intervento del terzo per ordine del giudice di cui all'art. 107 c.p.c., disposizione in tesi applicabile per il tramite della richiamata norma di rinvio (art. 7 c.g.c.) alle disposizioni di quel codice di rito, quale modello generale di riferimento.

In effetti, la portata testuale della preclusione non consente di operare alcuna distinzione e quindi correttamente la Corte rimettente assume che l'art. 107 c.p.c., astrattamente applicabile *ex art. 7 c.g.c.*, in quanto riconducibile ai principi generali del processo civile, vede sbarrato l'ingresso nel giudizio di responsabilità proprio dalla disposizione censurata.

In vero, c'è una netta differenza tra la chiamata per ordine del giudice *ex art. 47* citato, che – per come è stato interpretato dalla giurisprudenza – comportava l'estensione dell'azione di responsabilità amministrativa al terzo chiamato, e l'intervento per ordine del giudice ai sensi dell'art. 107 c.p.c., che, veicolato peraltro da una valutazione di "opportunità" fatta dal giudice stesso, lascia invece inalterati i presupposti soggettivi e oggettivi della domanda, determinando solo l'estensione dell'efficacia soggettiva dell'accertamento (Cass., Sez. lav., 10 agosto 1996, n. 7436), salvo che non sia la parte attrice ad estendere la domanda al terzo chiamato.

Non di meno c'è da considerare che nel giudizio di responsabilità per danno erariale l'ordine del giudice sarebbe diretto al p.m., che dovrebbe notificare al terzo l'atto introduttivo del giudizio, sicché sarebbe pressoché ineluttabile che ci sia anche l'estensione al terzo della domanda risarcitoria, così riproponendosi, per altra via, il modello processuale dell'art. 47 del regolamento di procedura del 1933 che il legislatore delegante chiaramente ha voluto superare.

Ciò rende coerente – sul piano dell'art. 76 Cost. – la disposizione censurata al criterio direttivo e giustifica l'ampiezza della preclusione posta dal c. 1 dell'art. 83, che non fa salva – come invece vorrebbe la Corte rimettente – neppure la possibilità dell'intervento per ordine del giudice ai sensi dell'art. 107 c.p.c. In nessun caso il giudice può d'ufficio chiamare in giudizio un terzo, o ordinarne l'intervento, sull'assunto di una sua corresponsabilità nella causazione del danno erariale. Può solo, d'ufficio, segnalare al p.m. "fatti nuovi" che coinvolgano il terzo e comunque può tener conto dell'apporto del terzo alla causazione del danno erariale al fine di diminuire (o escludere) la responsabilità, non solidale, dei soggetti convenuti in giudizio dal pubblico ministero.

In conclusione, secondo la Corte costituzionale non sussiste il denunciato eccesso di delega sotto alcuno degli esaminati profili.

La Consulta ha, poi, ritenuto che le ulteriori questioni, poste con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., potessero essere trattate congiuntamente in quanto strettamente connesse, e le ha ritenute inammissibili.

Il filo conduttore delle censure mosse dalla Corte rimettente è quello di un denunciato *deficit* di tutela del terzo, il quale – come si è detto – in nessun caso può essere chiamato in giudizio per iniziativa officiosa del giudice, ma non di meno è interessato all'accertamento, che il giudice è chiamato a compiere, nel momento in cui il giudice stesso prefigura una sua responsabilità concorrente nella causazione del danno erariale, seppur al solo fine di dimensionare la responsabilità parziaria di ciascun convenuto in giudizio, destinatario dell'azione promossa dal p.m.

Questa denunciata carenza di tutela – secondo la Corte rimettente – ridonderebbe, al contempo, in violazione del principio di eguaglianza (perché, "quando il fatto dannoso è causato da più persone ed alcune di esse non sono state convenute nello stesso processo", queste ultime si troverebbero in una situazione processualmente peggiore non potendo interloquire in giudizio); vi sarebbe inoltre lesione del diritto di difesa (perché la persona, la cui condotta è valutata in quanto causativa di danno erariale, non avrebbe la possibilità di discolarsi e di far sentire la sua voce); sussisterebbe infine contrasto con il principio del giusto processo (per l'ingiustificata asimmetria che connoterebbe un siffatto giudizio).

Orbene, se la ipotizzata corresponsabilità del terzo deriva da “fatti nuovi” e tali sono quelli che eccedono i fatti “posti a base dell’atto introduttivo del giudizio”, il terzo in realtà non rimane estraneo, perché ciò attiva il potere officioso del giudice di segnalazione al p.m., di cui si è detto sopra.

In tale evenienza, il coinvolgimento del terzo, perché risponda del danno erariale cagionato ad una pubblica amministrazione, richiede l’iniziativa del pubblico ministero, titolare del potere di azione, nel rispetto delle garanzie procedurali dell’istruttoria e segnatamente dell’invito a dedurre, di cui all’art. 67 c.g.c., che consente al terzo di discolarsi.

Il giudice, nell’investire il p.m. con la segnalazione della posizione del terzo, non sospende il giudizio fin tanto che il pubblico ministero non adotti le valutazioni di sua competenza. Successivamente, ove sia esercitata l’azione anche nei confronti del terzo, sarà possibile la riunione dei giudizi ai sensi dell’art. 84 c.g.c.

Se invece la ipotizzata corresponsabilità del terzo non derivi da “fatti nuovi”, ma da un diverso apprezzamento da parte del giudice di fatti già valutati dal p.m. – sia che quest’ultimo abbia adottato un formale provvedimento di archiviazione, sia anche che egli abbia soltanto valutato l’infondatezza del contributo causale della condotta del terzo al fatto dannoso – la struttura del giudizio di responsabilità, esaminata, giustifica – per quanto sopra argomentato – che il terzo non possa essere chiamato, per ordine del giudice, a intervenire in giudizio. Ciò essenzialmente perché significherebbe un’inammissibile estensione officiosa della domanda del pubblico ministero, in violazione del principio di attribuzione esclusiva a quest’ultimo dell’azione di responsabilità e senza la garanzia, per il terzo, di una previa formale istruttoria e soprattutto senza il previo invito, a quest’ultimo, a dedurre e a discolarsi.

Però, secondo la Consulta, da una parte, c’è che il terzo non è estraneo alla vicenda, oggetto del giudizio, nella misura in cui si ragiona anche del suo apporto causale nel cagionare il danno erariale. Benché sia preclusa l’azione di responsabilità nei suoi confronti, stante la già effettuata valutazione “assolutoria” del pubblico ministero, soprattutto se trasfusa in un provvedimento di archiviazione, comunque sarebbe per il terzo pregiudizievole, anche sotto il profilo dell’immagine, una pronuncia del giudice, il quale, sulla base di un diverso apprezzamento dei fatti (non essendo, certamente, egli vincolato alle valutazioni del p.m.), riducesse (o finanche escludesse) la responsabilità dei soggetti convenuti in giudizio dal pubblico ministero per essere tale responsabilità, nella causazione del danno erariale, ascrivibile in parte (o in tutto) al terzo.

D’altra parte, c’è anche che, nella particolare fattispecie della responsabilità amministrativa per danno erariale, il terzo rimane non di meno esposto, ricorrendone i presupposti, alla eventualità della domanda risarcitoria della p.a. danneggiata, la cui iniziativa giudiziaria non sarebbe preclusa, in tesi, dal mancato esercizio dell’azione del p.m., ove anche ciò si fosse tradotto in un formale provvedimento di archiviazione.

La legittimazione “concorrente” (o “colegittimazione”), del pubblico ministero e dell’amministrazione creditrice, ad agire davanti a distinte giurisdizioni per la tutela del credito, sub specie di possibile danno erariale o civile, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza (Cass. civ., S.U., ord. 10 dicembre 2020, n. 28183, e 19 luglio 2016, n. 14792).

Il caso del giudizio *a quo* è emblematico: ove la Corte, adita dal pubblico ministero contabile, ritenesse che il danno erariale è stato causato anche (o solo) da chi aveva in carico – per concessione o affidamento del servizio – la riscossione dei canoni locatizi degli immobili del comune, ben potrebbe il comune danneggiato far valere, in un distinto e diverso giudizio ordinario, come tale non ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti, l’inadempimento colpevole del terzo rispetto alle obbligazioni assunte.

Pertanto, sotto entrambi questi profili, non è indifferente per il terzo che il giudice, in ipotesi, per giustificare il ridimensionamento della responsabilità parziaria di ciascun convenuto, o addirittura la ritenuta insussistenza di ogni sua responsabilità, faccia riferimento all’apporto (concorrente o finanche esclusivo) del terzo stesso nella causazione del danno erariale.

Ma – una volta esclusi, sia la chiamata (*ex art. 47* citato, ormai abrogato), sia l’intervento (*ex art. 107 c.p.c.*, per la preclusione posta dalla disposizione censurata) in giudizio del terzo per ordine del giudice (per le ragioni sopra esaminate) – rimarrebbe l’ipotesi di un’iniziativa volontaria del terzo stesso; la quale, però, implica la costruzione di una fattispecie processuale di intervento in giudizio del terzo e, prima ancora, di una ipotesi di segnalazione a quest’ultimo (*denuntiatio litis*), ad opera del giudice stesso, in parallelismo alla già prevista segnalazione al p.m. dei “fatti nuovi”, perché il terzo sia posto in condizione di conoscere della controversia e di valutare le iniziative da prendere a sua tutela.

Queste, però, a giudizio della Consulta, sono scelte di sistema, che vedono nel codice di giustizia contabile solo una traccia, non sufficiente per un intervento additivo della Corte costituzionale: nel giudizio di responsabilità è previsto l’intervento volontario di un terzo, ma solo in adesione alla posizione del pubblico ministero (art. 85), e nel giudizio pensionistico vi è un’ipotesi di *denuntiatio litis*, ma solo in grado di impugnazione (art. 183, c. 3, c.g.c., in simmetria con la *denuntiatio litis* di cui all’art. 332, c. 1, c.p.c.).

Sono, in definitiva, scelte devolute al legislatore, il quale “dispone di un’ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute” (sent. n. 58/2020); scelte, pertanto, precluse a questa Corte (*ex plurimis*, sent. n. 143 e n. 13/2022, n. 213, n. 148 e n. 87/2021 e n. 80/2020).

Ne deriva, quindi, l’inammissibilità delle esaminate questioni.

Tuttavia, il denunciato *deficit* di tutela del terzo, non convenuto e il cui intervento in giudizio non può essere ordinato dal giudice, né aversi su base volontaria senza aderire alla posizione del p.m., chiama il legislatore a intervenire nella materia compiendo le scelte discrezionali ad esso demandate, quando si discuta nel processo della concorrente responsabilità del terzo stesso, pur se al fine di accertare l'eventuale responsabilità parziaria dei soggetti convenuti in causa.

La Corte costituzionale ha, infine, ritenuto non fondata la dedotta violazione dell'art. 81 Cost., sotto il profilo di una possibile mancata integrale copertura del danno erariale.

Il sistema, come sopra descritto, comporta che l'iniziativa per far valere la responsabilità amministrativa, al fine di conseguire il risarcimento del danno erariale, è attribuita esclusivamente al p.m. contabile.

L'evenienza che il giudice ritenga la concorrente (o esclusiva) responsabilità di un terzo, non evocato in giudizio dal pubblico ministero, appartiene all'ordinaria alea della controversia ed è compatibile con l'assetto processuale del giudizio di responsabilità voluto dal legislatore delegante, in ragione delle argomentazioni sopra sviluppate, anche quando ciò comporta, in applicazione del criterio della parziarietà della responsabilità, una riduzione (o finanche esclusione) della risarcibilità del danno erariale da parte dei soggetti convenuti, destinatari dell'azione del p.m.

Ma ciò non determina alcun *vulnus* al parametro evocato dalla Corte rimettente, atteso che la tendenziale integrità del risarcimento del danno erariale, subito dalla p.a., è assicurata, in principio, proprio dall'ampiezza dell'azione del pubblico ministero, integrata anche, in ipotesi, dalla segnalazione, ad opera del giudice, di "fatti nuovi".

Residualmente, poi – come già rilevato – rimane, ove ne sussistano i presupposti, l'azione risarcitoria ordinaria della p.a. danneggiata.

10. Considerazioni conclusive

Come si è visto, con la sentenza n. 203 del 2022, la Corte costituzionale ha deciso le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti per la Campania, ed ha, anche richiamando, come si vedrà nel prosieguo, la propria precedente giurisprudenza, messo al centro l'ottica del terzo non chiamato in giudizio davanti al giudice contabile demandando al legislatore il compito di rinvenire soluzioni adeguate, ponendo pertanto le premesse per la riapertura di una questione che pareva chiusa con l'introduzione dell'art. 83 del codice di giustizia contabile che preclude la chiamata del terzo per ordine del giudice.

In particolare, la Corte ha ritenuto che l'esercizio dei pur ampi poteri officiosi del giudice non può comportare l'estensione soggettiva, *iussu iudicis*, dell'azione promossa dal p.m., che ne ha la piena disponibilità secondo un criterio di esclusività, quale proiezione del principio della domanda, tipico dell'ordinario codice di rito (art. 99 c.p.c.); principio che peraltro è espressamente richiamato dallo stesso codice di giustizia contabile (art. 7, c. 2).

La Corte costituzionale ha affermato, in generale, che "[i]l nostro ordinamento processuale civile è, sia pure in linea tendenziale e non senza qualche eccezione, ispirato dal principio *ne procedat iudex ex officio* (sentenza n. 123 del 1970), così da escludere che in capo all'organo giudicante siano allocati anche significativi poteri di impulso processuale" (sent. n. 184/2013).

La Corte dei conti in sede giurisdizionale, se da una parte non è vincolata al provvedimento di archiviazione del p.m., che non ha natura giurisdizionale, dall'altra non può determinare (o orientare) l'iniziativa di quest'ultimo, né supplire all'eventuale mancato esercizio dell'azione.

Ed è proprio ciò che ha voluto il legislatore delegante nel disegnare un nuovo equilibrio tra p.m. e giudice nel giudizio di responsabilità; mentre – può rilevarsi marginalmente – nel giudizio pensionistico, dove non c'è l'attribuzione esclusiva dell'azione al pubblico ministero, è valorizzato l'interesse del terzo "ad opporsi al ricorso", che attiva il potere del giudice di ordinare l'integrazione del contraddittorio (art. 160-bis, c. 1, c.g.c.).

In coerente applicazione di questo criterio di delega, il legislatore delegato ha posto la generale preclusione dell'art. 83, c. 1, nella formulazione del decreto correttivo del 2019: "Nel giudizio per responsabilità amministrativa è preclusa la chiamata in causa per ordine del giudice".

Una volta intervenuto un provvedimento formale di archiviazione, non solo non è possibile la chiamata del terzo per ordine del giudice, ma la posizione del terzo diventa immune e schermata dal provvedimento, pur trattandosi di una preclusione processuale e non già di un giudicato sostanziale favorevole.

In definitiva l'art. 83, nella cadenza dei suoi commi, detta una disciplina organica e pienamente coerente con il criterio di delega: a) in generale – ossia in ogni caso – non è possibile la chiamata officiosa in giudizio del terzo, quand'anche ritenuto dal giudice corresponsabile del danno erariale (comma 1); b) l'apporto causativo del danno erariale ad opera del terzo può venire in rilievo solo per dimensionare e quindi ridurre la responsabilità di chi è convenuto in giudizio per iniziativa del p.m. (comma 2); c) la posizione del terzo può essere rimessa in gioco a seguito di "segnalazione" del giudice, sul presupposto della sussistenza di "fatti nuovi", ma solo per iniziativa del p.m. (comma 3) e nel rispetto della fondamentale garanzia del previo invito, al terzo, a dedurre e discolarsi (comma 4).

In conclusione, come si è visto, secondo la Corte costituzionale non sussiste il denunciato eccesso di delega sotto alcuno degli esaminati profili.

Però, secondo la Consulta, da una parte, c'è che il terzo non è estraneo alla vicenda, oggetto del giudizio, nella misura in cui si ragiona anche del suo apporto causale nel cagionare il danno erariale. Benché sia preclusa l'azione di responsabilità nei suoi confronti, stante la già effettuata valutazione "assolutoria" del pubblico ministero, soprattutto se

trasfusa in un provvedimento di archiviazione, comunque sarebbe per il terzo pregiudizievole, anche sotto il profilo dell'immagine, una pronuncia del giudice, il quale, sulla base di un diverso apprezzamento dei fatti (non essendo, certamente, egli vincolato alle valutazioni del p.m.), riducesse (o finanche escludesse) la responsabilità dei soggetti convenuti in giudizio dal pubblico ministero per essere tale responsabilità, nella causazione del danno erariale, ascrivibile in parte (o in tutto) al terzo.

D'altra parte, c'è anche che, nella particolare fattispecie della responsabilità amministrativa per danno erariale, il terzo rimane non di meno esposto, ricorrendone i presupposti, alla eventualità della domanda risarcitoria della p.a. danneggiata, la cui iniziativa giudiziaria non sarebbe preclusa, in tesi, dal mancato esercizio dell'azione del p.m., ove anche ciò si fosse tradotto in un formale provvedimento di archiviazione.

La legittimazione "concorrente" (o "colegittimazione"), del pubblico ministero e dell'amministrazione creditrice, ad agire davanti a distinte giurisdizioni per la tutela del credito, sub specie di possibile danno erariale o civile, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza (Cass. civ., S.U., ord. 10 dicembre 2020, n. 28183, e 19 luglio 2016, n. 14792).

Il caso del giudizio *a quo* è emblematico: ove la Corte, adita dal pubblico ministero contabile, ritenesse che il danno erariale è stato causato anche (o solo) da chi aveva in carico – per concessione o affidamento del servizio – la riscossione dei canoni locatizi degli immobili del comune, ben potrebbe il comune danneggiato far valere, in un distinto e diverso giudizio ordinario, come tale non ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti, l'inadempimento colpevole del terzo rispetto alle obbligazioni assunte.

Pertanto, sotto entrambi questi profili, non è indifferente per il terzo che il giudice, in ipotesi, per giustificare il ridimensionamento della responsabilità parziaria di ciascun convenuto, o addirittura la ritenuta insussistenza di ogni sua responsabilità, faccia riferimento all'apporto (concorrente o finanche esclusivo) del terzo stesso nella causazione del danno erariale.

Ma – una volta esclusi, sia la chiamata (*ex art. 47* citato, ormai abrogato), sia l'intervento (*ex art. 107 c.p.c.*, per la preclusione posta dalla disposizione censurata) in giudizio del terzo per ordine del giudice (per le ragioni sopra esaminate) – rimarrebbe l'ipotesi di un'iniziativa volontaria del terzo stesso; la quale, però, implica la costruzione di una fattispecie processuale di intervento in giudizio del terzo e, prima ancora, di una ipotesi di segnalazione a quest'ultimo (*denuntiatio litis*), ad opera del giudice stesso, in parallelismo alla già prevista segnalazione al p.m. dei "fatti nuovi", perché il terzo sia posto in condizione di conoscere della controversia e di valutare le iniziative da prendere a sua tutela.

Queste, però, a giudizio della Consulta, sono scelte di sistema, che vedono nel codice di giustizia contabile solo una traccia, non sufficiente per un intervento additivo della Corte costituzionale: nel giudizio di responsabilità è previsto l'intervento volontario di un terzo, ma solo in adesione alla posizione del pubblico ministero (art. 85), e nel giudizio pensionistico vi è un'ipotesi di *denuntiatio litis*, ma solo in grado di impugnazione (art. 183, c. 3, c.g.c., in simmetria con la *denuntiatio litis* di cui all'art. 332, c. 1, c.p.c.).

Sono, in definitiva, scelte devolute al legislatore, il quale "dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute" (sent. n. 58/2020); scelte, pertanto, precluse a questa Corte (*ex plurimis*, sent. n. 143 e n. 13/2022, n. 213, n. 148 e n. 87/2021 e n. 80/2020).

L'auspicio è che il legislatore, proprio per le motivate argomentazioni espresse dalla Corte costituzionale, possa comunque mantenere sempre un punto di equilibrio tra le varie esigenze e ragioni in gioco, facendo leva sui principi chiaramente delineati nella sentenza della Consulta n. 203 del 2022.

* * *

LE VERIFICHE DELLA CORTE DEI CONTI, EX ART. 5 TUSP, SULLE COSTITUZIONI DI SOCIETÀ O ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI DA PARTE DI AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

di Bruno Tridico (*)

Abstract: L'art. 11, c. 1, lett. a), della l. n. 118/2022 ha mutato la finalità della trasmissione alla Corte dei conti, da parte delle pubbliche amministrazioni, dell'atto deliberativo di costituzione di società o dell'acquisto di una partecipazione. L'invio della delibera non ha più uno scopo meramente informativo, ma costituisce atto di impulso per lo svolgimento, da parte dell'organo di controllo, di un'attività di verifica particolarmente incisiva. La Corte è ora chiamata, alla luce dei parametri di riferimento della nuova funzione, ad esercitare un ampio sindacato, di legittimità e di merito. Ci si interroga sulla natura della nuova funzione, avente a oggetto un atto gestionale specifico e concreto e il cui esercizio esita in un atto definito "parere" dal legislatore. Ciò nonostante, si ritiene che si tratti di vera e propria attività di controllo, sia pure peculiare, senza che possa parlarsi di compartecipazione della Corte ad attività tipicamente gestionale. Lo scrutinio della Corte è infatti reso non tanto in favore dell'ente che lo richiede, quanto a tutela dell'ordinamento giuridico. L'uso del termine "parere", lungi dal radicare una funzione consultiva, enfatizza la non lesività diretta della deliberazione adottata dalla Corte, che non preclude la possibilità dell'amministrazione pubblica di realizzare comunque l'operazione. Nello scritto vengono esaminate talune problematiche peculiari, quali l'esclusione o meno della verifica in caso di costituzione di società o acquisto di partecipazione in conformità a una previsione di legge, nonché le conseguenze, anche in tema di responsabilità amministrativa, in ipotesi di parere negativo o assenza di parere.

The purpose of the transmission, by the public administrations to the Court of Auditors, of the resolution to set up a company or to purchase a shareholding has changed with art. 11, par. 1, lett. a) of the law n. 118 of 2022. The forwarding of the resolution no longer has merely informative purposes, but constitutes an act of impulse for the performance of a particularly incisive verification activity, by the control body. According to the parameters of the new function, the Court must now exercise a broad review of legitimacy and merit. The nature of this new function which has as its object a specific and concrete management act is not clear. Although it concludes with an act defined as an "advisory act" by the legislator, it is believed that this is a real control activity, however peculiar, without Court's involvement in typically management activities. The controls by the Court are in fact, carried out not so much in favor of the public body which requests them, as to protect the legal system. The use of the term "advisory act", far from establishing a consultative function, emphasizes that the resolution adopted by the Court is not directly prejudicial and, in any case, it does not preclude the public administration from carrying out the operation. The paper examines specific problematic issues, such as whether or not verification should be excluded in the case of establishment of a company or purchase of a shareholding in compliance with the law, as well as the consequences, including in terms of administrative liability, due to a negative or lack advisory act.

Sommario: 1. *L'ambito del sindacato della Corte. L'oggetto della verifica.* – 2. *La natura della nuova funzione attribuita alla Corte: attività consultiva o controllo?* – 3. *Il riparto di competenza tra le sezioni della Corte.* – 4. *Il procedimento.* – 5. *Le conseguenze nel caso di parere contrario o di assenza di parere.* – 6. *Conclusioni.*

1. *L'ambito del sindacato della Corte. L'oggetto della verifica*

Com'è noto, il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, Tusp) ha introdotto una disciplina generale in tema di costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché di acquisto, mantenimento e gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta (art. 1, c. 1).

L'art. 5, c. 3, del d.lgs. n. 175 del 2016, nella sua originaria formulazione e anche dopo le modifiche recate dall'art. 11 del decreto correttivo (d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100), disponeva l'invio alla Corte dei conti "a fini conoscitivi" dell'atto deliberativo di costituzione di società o dell'acquisto di una partecipazione. La finalità informativa era funzionale allo svolgimento delle funzioni istituzionali di controllo sulla gestione.

Tale previsione normativa è stata modificata dall'art. 11, c. 1, lett. a), della l. 5 agosto 2022, n. 118, che ha eliso la finalità meramente conoscitiva dell'invio e ha introdotto una specifica competenza della Corte dei conti a pronunciarsi in ordine alla conformità del suddetto atto deliberativo rispetto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del menzionato art. 5 d.lgs. n. 175/2016, nonché dagli artt. 4, 7, e 8.

(*) B. Tridico è presidente di sezione della Corte dei conti.

Trattasi, è bene precisarlo subito, di parametri attraverso i quali viene disegnata un'attività di verifica estremamente penetrante. La norma prevede infatti un obbligo di motivazione, espressamente qualificata “analitica”, con espresso riferimento ai seguenti profili:

- necessità, e non quindi una semplice utilità o opportunità, della società per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (*ergo*, una valutazione tra queste e l'oggetto sociale), nei termini espressi all'art. 4 Tusp;
- ragioni e le finalità della scelta, anche sul piano della:
 - convenienza economica (1);
 - sostenibilità finanziaria;
 - gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;
 - compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;
 - compatibilità con i trattati europei e, segnatamente, con la disciplina in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Il d.lgs. n. 100 del 2017 ha eliminato l'obbligo di motivare riguardo alla possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate.

Gli specifici ambiti sui quali deve vertere la motivazione – che non può essere sintetica o addirittura apodittica o di stile, ma, come detto, deve esporre analiticamente le ragioni della scelta – si proiettano anche sulle competenze della Corte dei conti, il cui sindacato deve vertere sulla conformità dell'atto a quanto prescrive la legge in ordine al contenuto della motivazione, “*con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria (2) e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*”. Inoltre, costituiscono oggetto di verifica, per espressa previsione di legge, il rispetto dei limiti previsti (con le relative deroghe di legge), per la costituzione di società o acquisizione di partecipazioni, dall'art. 4 Tusp, nonché i profili formali recati dai successivi artt. 7 e 8.

Nel caso di enti locali, la verifica verte anche sull'avvenuta sottoposizione dello schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica.

È agevole rilevare che, accanto a riscontri di legittimità dell'atto adottato, si pongono valutazioni ontologicamente soggettive e di merito, che potenzialmente potrebbero impingere il rischio imprenditoriale (3) e che, comunque, riguardano più strettamente le scienze economico-aziendali.

(1) “La convenienza economica (la cui valutazione è desunta dal combinato disposto dei cc. 1 e 3 dell'art. 5 e che, per un verso, incrocia il requisito dell'economicità), assume un significato più pregnante laddove sia riguardata alla luce dei criteri aziendalistici da cui la dizione normativa trae origine.

Se tale dovesse essere l'oggetto del controllo, lo stesso andrebbe esteso dal piano giuridico a quello quantitativo del valore coinvolto nell'operazione, secondo modalità valutative proprie, appunto, della scienza aziendalistica.

Conseguentemente, per il calcolo della redditività si dovrebbe tener conto, partendo dal quadro giuridico applicabile, dei costi e oneri in contrapposizione ai ricavi e proventi che la singola operazione societaria genera in contrapposizione all'alternativa di non costituzione/acquisizione. Il tutto con l'utilizzo di idonei strumenti di contabilità analitica che comparino la redditività di due o più scenari gestionali possibili (stabilire la convenienza economica di un fatto aziendale è, in genere, attività tipicamente gestionale di analisi dei costi, che involge sia i costi di transazione dell'operazione, che i costi fissi e variabili, nonché l'orizzonte temporale su cui gli stessi verranno ripartiti nel caso assumano carattere pluriennale).

Peraltro, l'applicazione di un criterio prettamente aziendalistico, di derivazione privatistica, in cui il fine societario è rappresentato dal lucro, si scontra con i fini propri degli Enti pubblici, in cui l'eventuale vantaggio economico “pesabile” diventa il mezzo attraverso il quale possano essere meglio offerti e/o distribuiti servizi non reperibili nel mercato alle stesse condizioni, in termini di accessibilità fisica ed economica.

Conseguentemente, in sede di controllo, si dovrebbero fare delle stime relative ai costi del servizio/intrapresa economica con società e svolgimento di analogo servizio/iniziativa in proprio, circostanza questa che impone, ancora una volta, che l'ente/amministrazione procedente effettui una compiuta e puntuale analisi economica, i cui esiti dovrebbero essere inviati in uno con l'atto deliberativo” (Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 135/2022).

(2) “La verifica della sostenibilità finanziaria [...] parrebbe, *prima facie*, includere un esame esteso alla capacità dell'ente di ricomprendere in bilancio e far fronte con gli stanziamenti dello stesso all'operazione.

Se tale aspetto potrebbe trovare soluzione, per le sezioni di controllo territoriali, nell'acquisizione ad altri fini, dei bilanci degli enti locali (va però considerato lo scarto temporale tra l'operazione societaria e i bilanci che si acquisiscono a seguito dell'adozione delle Linee guida e pubblicazione delle stesse sul sistema Con.Te.), rimane dubbio per tutte le altre amministrazioni tenute alla trasmissione degli atti deliberativi in argomento ai sensi dell'art. 5 comma 4 Tusp come novellato, di talché andrebbero acquisiti i dati di bilancio, vuoi previsionali che, laddove possibile, a consuntivo” (Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 135/2022, cit.).

(3) “Un corretto e compiuto controllo sui requisiti propri dell'azione amministrativa, ovvero efficienza, efficacia ed economicità, necessita di altri elementi, *aliunde* dimostrati e/o dimostrabili, che attengono: agli interessi coinvolti; al sistema utilizzato per la valutazione degli stessi; ai dati idonei a consentire un raffronto sul tempo e energie lavorative impiegati per la società e analoghi dati per un'eventuale attività svolta in proprio; all'analisi previsionale sull'effettivo raggiungimento dell'obiettivo prefissato, in un tempo ragionevole, rispetto alla sua programmazione; all'impiego delle risorse economico-finanziarie che, per essere aderente al principio di economicità, dovrebbe tendenzialmente portare alla minimizzazione di costi od oneri e, laddove assentita, alla massimizzazione dei ricavi o proventi direttamente correlati alla attività amministrativa esercitata (l'economicità richiede la preventiva conoscenza dei costi unitari e dei tempi di esecuzione, senza i quali non risulta misurabile).

In conclusione, il controllo non sembra circoscritto alla specifica scelta (costituzione/partecipazione) ma esteso all'operazione nel suo complesso, ivi comprese le modalità di raggiungimento dell'obiettivo, attraverso la indicazione degli elementi che consentono di

Nel rinviare, quanto ai parametri di riferimento dello scrutinio demandato alla Corte, ai contenuti della delibera 3 novembre 2022, n. 16/SSRRCO/QMIG/2022, con la quale le Sezioni riunite in sede di controllo, chiamate dal Presidente della Corte a adottare una pronuncia di orientamento generale sulla materia (4), si sono confrontate in un'approfondita esegesi sui contenuti delle accezioni “*convenienza economica*”, “*sostenibilità finanziaria*”, e sui relativi adempimenti a carico delle amministrazioni e degli enti al fine di assolvere compiutamente all'obbligo motivazionale, in questa sede ci si limita ad osservare che la necessità della scelta (accezione ampia, la cui portata si sviluppa in un ambito che ha come estremi, da un lato, l'obbligatorietà e, dall'altro, il mero soddisfacimento di un'esigenza) per perseguire le finalità istituzionali ha evidenti riflessi sugli altri parametri, nel senso che più la scelta si configura quale necessaria più appare attenuato il profilo di economicità, così come il parametro della gestione diretta o esternalizzata del servizio va ponderato unitamente agli altri (non soltanto della necessità, ma anche della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, raffrontando le due opzioni prospettate dalla norma). Per non parlare, poi, dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, oramai immanenti a qualsiasi decisione l'amministrazione debba adottare.

2. La natura della nuova funzione attribuita alla Corte: attività consultiva o controllo?

Come abbiamo visto, la finalità meramente conoscitiva della trasmissione ha quindi lasciato il posto all'attribuzione di una rilevante competenza in capo alla Corte, che emette un atto espressamente definito “*parere*” dal legislatore.

L'ordinamento giuridico già prevede che la Corte, nelle sue articolazioni, renda pareri, di regola a fronte di richieste dei soggetti a ciò legittimati e in relazione ad esigenze gestionali sottostanti. La funzione consultiva esercitata – senza che siano previsti termini per il suo esplicarsi – e dalla Corte in tali circostanze concerne, normalmente, la corretta interpretazione di principi, norme ed istituti riguardanti la contabilità pubblica.

Al contrario, la particolarità della fattispecie all'esame è costituita dal fatto che la Corte è espressamente chiamata a rendere un “*parere*” (5) avente ad oggetto un atto gestionale specifico e concreto, qual è la scelta di costituire una società o acquisire una partecipazione.

A ben vedere, però, ad avviso di chi scrive, la delibera della Corte con la quale si esprime il parere costituisce atto conclusivo di una particolare forma di controllo, con oggetto, parametri e procedimento ben definiti dalla novella normativa, nonché permeata dei caratteri di neutralità, terzietà, autonomia e indipendenza che connotano l'esercizio delle funzioni della Corte.

La nuova funzione attribuita alla Corte quindi, apparentemente di natura consultiva (o, secondo alcuni, “*consulenziale*”) poiché il suo esercizio termina con un atto definito “*parere*” dal legislatore (6), in realtà appare un controllo a

minimizzare l'impiego dei fattori della produzione, combinata con la capacità di rendere fruibile, durante il processo amministrativo, ogni output intermedio antecedente l'obiettivo (efficienza) ai soggetti coinvolti nel processo.

Ciò comporterà, per l'ente procedente, la necessità di fornire alla Corte anche la documentazione di programmazione economico-finanziaria indispensabile a rendere la pronuncia, con la produzione di atti che consentano il raffronto tra scelta di affidare un intervento, genericamente inteso, alla società, e le condizioni a cui lo stesso potrebbe essere svolto in proprio” (Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 135/2022, cit.).

(4) L'art. 17, c. 31, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, prevede che “*Al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza. Tutte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle Sezioni riunite*”.

(5) Parere che, secondo la teoria generale del diritto, sarebbe da qualificare di natura obbligatoria e parzialmente vincolante, considerata la facoltà riconosciuta all'amministrazione di discostarsi dal parere negativo e procedere ugualmente, attraverso la particolare procedura prevista dalla legge.

(6) Non paia fuor di luogo ricordare che l'ultima fase della scorsa legislatura è stata improntata, per quanto concerne le funzioni della Corte, allo “sviluppo della funzione consultiva”. Un rilevante disegno di legge (A.S. n. 2185, presentato il 22 aprile 2021), fortemente criticato dalle Sezioni riunite in sede consultiva con il parere 1° dicembre 2021, n. 5/2021/Cons, nonché in sede di audizioni in Commissione affari costituzionali, prevedeva che le Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva, a richiesta delle amministrazioni e di organismi di diritto pubblico nazionali, rendessero pareri nelle materie di contabilità pubblica su “*fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro*”, e che medesimi pareri fossero resi dalle sezioni regionali di controllo, a richiesta di regioni ed enti locali, “*anche su specifiche fattispecie*”.

Il disegno di legge rimase tale a causa dello scioglimento anticipato delle camere (d.p.r. 21 luglio 2022, n. 96). Al contrario, una norma analoga, riferita esclusivamente alle risorse stanziate dal Pnrr e ai fondi a questo complementari, è stata introdotta con l'art. 46 della l. 23 dicembre 2021, n. 238 (c.d. legge europea), rubricato “Sviluppo della funzione consultiva”, il quale, al comma 2, prevede “pareri” da parte delle Sezioni riunite in sede consultiva, su richiesta delle amministrazioni centrali e degli organismi di diritto pubblico nazionali, “*nelle materie di contabilità pubblica*” e per “*fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro*”. È altresì prevista la resa di analoghi “pareri” da parte delle sezioni regionali di controllo a richiesta delle regioni ed enti locali “*sulle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica all'esercizio delle funzioni e alle attività finanziate con le risorse stanziate dal Pnrr e con i fondi complementari al Pnrr*”.

Le Sezioni riunite, con la menzionata delibera n. 16/2022/Qmig, facendo leva sull'oggetto del “parere” (materie di contabilità pubblica), riconducono tale fattispecie “*all'interpretazione, generale e astratta, di norme del diritto contabile o finanziario*”, sia pure “*potenzialmente applicabili alla fattispecie prospettata*”. Stante però l'espresso riferimento a fattispecie con un valore determinato, si dubita che possa non

tutti gli effetti, che presenta, rispetto al controllo preventivo di legittimità, profili in parte analoghi, in quanto anch'esso esercitato su atti specifici e concreti, in parte diversi, con riferimento ai tempi, al procedimento e, soprattutto, alle conseguenze, posto che questa nuova tipologia di controllo risulta priva di conseguenze definitivamente preclusive.

L'inquadramento della fattispecie nell'ambito della funzione consultiva e, di conseguenza, la partecipazione della Corte dei conti, attraverso un parere, a uno specifico procedimento amministrativo finalizzato a un atto tipicamente gestionale, costituirebbe, infatti, evidente compartecipazione della Corte all'attività di gestione complessivamente considerata, con conseguenti dubbi di compatibilità con la Carta costituzionale e, segnatamente, con l'art. 100 Cost., che sancisce l'indipendenza e la terzietà della Corte, oltre che dei suoi componenti, nei confronti del Governo, e con l'art. 97 Cost., recante il principio di riserva di amministrazione.

La natura della generale attività consultiva resa dalla Corte, per come, a oggi, è intesa dalle sezioni di controllo, è tale da non poter ricomprendere in essa la resa di pareri in materia gestionale o concernente ipotesi specifiche e concrete. Si ritiene che eventuali funzioni consultive possano essere attribuite alla Corte dei conti solo se rispettose della necessaria separazione dei poteri che ispira la nostra Carta costituzionale, in particolare tra amministrazione attiva e organi giurisdizionali, con la conseguente preclusione per questi, quale è la magistratura contabile, di interferire nell'esercizio delle competenze riservate all'amministrazione.

Con la menzionata delibera n. 16/SSRRCO/QMIG/2022, le Sezioni riunite hanno ritenuto che la qualificazione dell'atto in questione come parere “*presenta profili non del tutto in linea con la disciplina della generale funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti (art. 7, comma 8, legge n. 131 del 2003) in virtù della quale gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica in ordine all'interpretazione, generale e astratta, di norme contabili e finanziarie (cfr., per tutte, Sezioni riunite, deliberazione n. 54/2010/QMIG)*”.

Gli argomenti che hanno indotto le Sezioni riunite ad individuare, nella nuova funzione, “una peculiare forma di controllo” piuttosto che un'attività consultiva sono i seguenti:

- la rubrica dell'art. 12 (*recte*: 11) della l. n. 118 del 2022, (che, come detto, ha modificato l'art. 5 Tusp, introducendo la disciplina in esame), che reca “Modifica della disciplina dei controlli sulle società a partecipazione pubblica”, e la relazione illustrativa all'iniziale disegno di legge, che si esprime nei medesimi termini, così esplicitando, secondo le Sezioni riunite, la *voluntas* del legislatore;

- il pronunciamento della Corte dei conti interviene non prima (come per l'attività consultiva), ma dopo che l'amministrazione abbia perfezionato l'atto deliberativo di costituzione o di acquisizione della partecipazione (diretta o indiretta), per la traduzione del quale nelle forme del diritto societario, tuttavia, la legge richiede il decorso di un pre-determinato lasso temporale, sessanta giorni, *spatium deliberandi* funzionale all'esame da parte della sezione di controllo;

- una lettura sistematica della disciplina, introdotta dalla l. n. 118 del 2022, considerando il complessivo ruolo in materia assegnato alla Corte dei conti, chiamata a pronunciarsi, con funzione di controllo, tra l'altro, sulle revisioni periodiche *ex art. 20 Tusp* (nonché, in precedenza, sulla razionalizzazione straordinaria *ex art. 24 Tusp*) (7);

- il fatto che, già in vigore dell'abrogato art. 3, cc. 27 e 28, della l. n. 244 del 2007, la verifica sugli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie era stata qualificata dalla Corte in termini di controllo (cfr., per esempio, Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 44/2012/Prse, n. 263/2011/Prse e n. 830/2011/Prse) (8).

Le Sezioni riunite hanno quindi ritenuto che l'uso del termine “parere” appaia meramente funzionale all'obiettivo del legislatore di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuire effetti preclusivi a quest'ultimo.

Chi scrive ritiene che, effettivamente, il vaglio richiesto alla Corte con il novellato art. 5 Tusp abbia connotati tali da escludere che si tratti di un mero parere. Invero, la valutazione investe, come detto, profili tali da esprimere un vero e proprio sindacato, reso a favore non tanto dell'ente che lo richiede, quanto dell'ordinamento giuridico e, in ultima analisi, della collettività.

Si pensi, ad esempio, alla forma richiesta dall'art. 7 Tusp per la deliberazione di costituzione di società: d.p.c.m., su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali; deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche. L'amministrazione pubblica, nel trasmettere l'atto deliberativo, lungi dal chiedere un parere, attiva il procedimento di controllo della Corte su tale aspetto formale (oltre che, ovviamente, sugli altri profili di verifica). Idem dicasi per gli altri parametri di riferimento che, in

trattarsi di ipotesi specifiche e concrete, con le conseguenti perplessità sulla compatibilità con il dettato costituzionale. In ogni caso, la norma, al momento, è rimasta inattuata, non risultando richieste di “pareri” da parte dei soggetti legittimati a richiederli.

(7) Sotto questo profilo le Sezioni riunite recepiscono quindi appieno le considerazioni svolte dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna con la delibera con la quale si chiede al Presidente della Corte il deferimento della questione (del. 6 ottobre 2022, n. 124/2022/Qmig).

(8) In verità, l'argomento appare alquanto forzato, posto che la qualificazione in termini di controllo riguardava una previsione normativa che si esprimeva in termini del tutto differenti da quella all'esame: era prevista la mera trasmissione della delibera alla Corte dei conti, che non era tenuta a rendere pareri di alcun genere.

maniera più o meno evidente, comunque costituiscono non tanto oggetto di una richiesta dell'avviso della Corte, quanto piuttosto l'oggetto di un'azione di controllo, come, ad esempio, la verifica dell'avvenuta sottoposizione dello schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica (art. 5, c. 2, Tusp). È di tutta evidenza che, in tal caso, la Corte non esprime alcun parere (né l'ente deliberante lo richiede), ma controlla che sia stata rispettata la procedura prevista dalla legge per l'adozione della deliberazione.

Tale prospettazione appare lampante per i riscontri di legittimità richiesti, come quelli previsti dall'art. 7 o anche la verifica della compatibilità con la disciplina in materia di aiuti di Stato (art. 5, c. 2), mentre risulta meno evidente, lasciando spazio a un reale ed effettivo interesse dell'amministrazione a conoscere l'avviso della Corte, per le valutazioni di merito.

Ma, a ben vedere, anche sotto questo profilo la sequenza logico-temporale delineata dalla norma induce a ritenere che si tratti di controllo: dapprima l'amministrazione è chiamata a motivare analiticamente; quindi, la Corte è chiamata a un sindacato su tale motivazione. Trattasi di iter che mal si concilia con la resa di un parere, che naturalmente dovrebbe vertere non tanto sulla motivazione quanto direttamente sulla scelta che l'amministrazione vuole operare, oggetto della motivazione stessa.

Ecco, il fatto che a monte sia richiesta una motivazione espressamente definita "analitica", e che la Corte sia chiamata a pronunciarsi sugli aspetti oggetto di tale motivazione induce a ritenere che si tratti, appunto, di una verifica che il legislatore chiede sia effettuata, e non l'espressione di un semplice parere.

Non possiamo però ignorare che tale è, da parte del legislatore, la definizione dell'atto che la Corte è chiamata ad adottare. In proposito, si ritiene che l'uso di tale termine nella norma di legge, più che evocare un vaglio tempestivo da parte della Corte dei conti, tenda ad enfatizzare la non lesività diretta della deliberazione adottata, posto che una pronuncia negativa non è preclusiva della realizzazione dell'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria.

3. Il riparto di competenza tra le sezioni della Corte

L'art. 5 Tusp, nella sua formulazione originaria, prevedeva, quali destinatari dell'atto deliberativo di costituzione di società o acquisizione di partecipazione: l'ufficio di controllo di legittimità sugli atti, per gli atti delle amministrazioni dello Stato; la sezione regionale di controllo, per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione; la Sezione del controllo sugli enti, per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte di conti ai sensi della l. 21 marzo 1958, n. 259. Come già detto, l'invio dell'atto deliberativo avveniva a soli fini conoscitivi.

Il d.lgs. correttivo n. 100 del 2017 ha modificato la competenza per gli atti delle amministrazioni dello Stato (oltre che degli "enti nazionali"), attribuendola alle Sezioni riunite in sede di controllo.

Il disegno di legge di iniziativa governativa poi esitato nella novella dell'agosto 2022, nella sua formulazione originaria, attribuiva alle Sezioni riunite in sede di controllo la competenza della prevista verifica sull'atto deliberativo di costituzione della società (così come su quello di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta in società già costituite). Secondo quanto rappresentato nella relazione illustrativa al disegno di legge, tale proposta intendeva superare talune criticità emerse in sede di controllo "sugli atti di costituzione di società pubbliche o di acquisto di partecipazioni, soprattutto sotto il profilo della frammentazione degli esiti del controllo sugli atti deliberativi delle regioni e degli enti locali". Pertanto, si riteneva opportuno accentrare il controllo in un'unica sezione competente, precisandone altresì l'oggetto e le modalità operative.

La nuova formulazione accoglie la proposta contenuta nella memoria sul disegno di legge in esame, trasmessa dalla Corte dei conti – Sezioni riunite in sede di controllo – alla competente Commissione del Senato (industria, commercio e turismo) in data 25 febbraio 2022. In quella sede, la Corte ha infatti evidenziato alcune difficoltà connesse alla proposta di accentramento delle competenze in capo alle Sezioni riunite. Segnatamente, è stato opportunamente osservato che la Sezione del controllo sugli enti dispone delle conoscenze e degli strumenti per valutare tempestivamente, come anche richiesto dal legislatore, eventuali atti di costituzione e acquisizione di partecipazioni societarie, nell'ambito del controllo sulla gestione finanziaria ed economico-patrimoniale degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Le Sezioni riunite hanno precisato che "si tratta di un esame che deve, comunque, essere ancorato alle finalità istituzionali dell'ente socio e al mercato in cui deve operare la società partecipata, e che non può non tenere conto delle condizioni (necessità, ragioni e finalità) poste alla base della costituzione del nuovo soggetto giuridico".

Idem dicasi per le sezioni regionali di controllo, non solo per la contiguità con il territorio, ma anche per la rilevanza di funzioni che, in base ad altre norme di legge, conferiscono ad esse autonomia di valutazione in materia di rapporti fra società ed enti soci. La concentrazione di tale competenza alle sole Sezioni riunite non avrebbe escluso che, sui medesimi provvedimenti o sui loro effetti, potessero pronunciarsi, sia pure sotto diversa angolazione, altre sezioni della stessa Corte dei conti, in particolare le sezioni regionali di controllo, in base a differenti norme di legge (per esempio, art. 148-bis del Tuel e l'art. 1, cc. 3, 4, 5 e 7, del d.l. n. 174/2012), in un momento in cui, peraltro, gli atti, amministrativi o negoziali, avrebbero potuto essere già stati adottati ed eseguiti (con conseguente spesa e rischio di responsabilità).

Le considerazioni svolte dalla Corte sono state accolte dal legislatore, che ha quindi mantenuto il riparto di competenze di cui all'art. 5, c. 4, in precedenza vigente. Il testo è stato infatti riformulato nella versione poi entrata in vigore,

ove si prevede, in una combinazione di criteri funzionali e territoriali, che, “ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi”.

L’individuazione diretta, da parte del legislatore, delle sezioni della Corte intestatarie della funzione di cui trattasi è stata peraltro ritenuta “fuori sistema” dalla menzionata delib. 6 ottobre 2022, n. 124/2022/QMIG, della Sezione regionale di controllo per l’Emilia-Romagna, con la quale si chiede al Presidente della Corte il deferimento della questione. Invero, la sezione regionale di controllo sostiene che alla Corte, organo a rilevanza costituzionale, dovrebbe essere preservata la propria autonomia organizzativa. Pone quindi il problema della legittimazione della Corte ad individuare autonomamente l’organo competente a pronunciarsi, con specifico riferimento a quei casi, quale quello concretamente al suo esame, di plurime partecipazioni di enti aventi sede in diverse regioni, al fine di evitare il rischio di pronunce tra loro contraddittorie su profili comuni.

Anche l’altro remittente, la Sezione regionale di controllo per il Veneto, con delib. n. 135/2022/QMIG, ha rimarcato i problemi, per il caso concreto al suo esame (identico a quello della Sezione Emilia-Romagna), derivanti dal riparto di competenze normativamente previsto, invocando una pronuncia nomofilattica di individuazione di un criterio univoco di riparto di competenza interna tra le sezioni previamente individuate dal legislatore, ed evidenziando che “*risultano coinvolti diversi enti pubblici, insistenti sul territorio nazionale, con competenza estesa a più sezioni regionali di controllo. Ne consegue che, ove si ritenesse la competenza in capo a queste ultime, la frammentazione, con possibile contrasto, degli esiti del controllo sugli atti deliberativi della medesima operazione – che la novella legislativa ha inteso scongiurare – sarebbe inevitabile, con conseguenti ricadute negative sull’attività della Corte*”.

La ritenuta, dalla Sezione Veneto, competenza delle sezioni centrali è stata condivisa, per il caso specifico, dalle Sezioni riunite in sede di controllo, che hanno dichiarato “*la competenza delle Sezioni riunite in sede di controllo nelle fattispecie prese in esame (atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni societarie relativi al peculiare caso di un’operazione di partenariato esteso, attuata secondo le linee guida del Mur ed inerente ad un’iniziativa rientrante nel Pnrr, dalla quale consegue la costituzione, con un’unica operazione, di una società consortile a responsabilità limitata, fortemente collegata con la struttura centrale dell’indicato Ministero, da parte di una pluralità di enti pubblici, insistenti su buona parte del territorio nazionale, e ricadenti nella competenza territoriale di diverse Sezioni regionali di controllo)*”. Ciò al fine di consentire una visione d’insieme dell’operazione ed evitare la frammentazione nell’esame, da parte delle sezioni regionali di controllo, dei vari atti deliberativi delle varie università ed enti pubblici coinvolti (relativi a un’unica operazione di costituzione di società), con il potenziale rischio di contrasti, oltre a possibili ritardi e moltiplicazione degli accertamenti istruttori.

4. Il procedimento

Dopo aver analiticamente motivato nel senso suesposto (e, per gli enti locali, dopo l’esperimento delle forme di consultazione pubblica secondo modalità da essi stessi disciplinate), l’amministrazione provvede a inviare l’atto deliberativo alla Corte dei conti (oltre che all’Autorità garante della concorrenza e del mercato), che ha l’obbligo di pronunciarsi entro il termine di sessanta giorni, che decorre dalla data di ricevimento dell’atto.

Decorso inutilmente tale termine, l’amministrazione è comunque legittimata a costituire la società o ad acquisire la partecipazione.

Una volta depositata la deliberazione, entro cinque giorni questa è trasmessa, a cura della segreteria della sezione, all’amministrazione pubblica interessata, che, entro cinque giorni, deve pubblicarlo sul proprio sito internet istituzionale. Qualora la pronuncia sia negativa, anche solo parzialmente, l’amministrazione ha due opzioni: rinunciare alla costituzione della società ovvero all’acquisizione della partecipazione; procedere ugualmente, nel qual caso è soggetta ad un ulteriore onere di motivazione analitica che, questa volta, verterà sulle ragioni che la inducono a discostarsi dall’avviso della Corte. Anche tale atto, infine, dovrà essere pubblicato sul sito *web* istituzionale.

Trattandosi di operazioni sovente complesse, può accadere sussistano esigenze istruttorie da parte della sezione di controllo della Corte dei conti, nel qual caso si pone il problema degli effetti sui termini di legge. In altri termini, è onere dell’amministrazione pubblica porre l’organo di controllo nella condizione di poter esercitare la propria funzione e, segnatamente, di poter verificare la rispondenza dell’atto deliberativo ai requisiti e parametri di legge. È quindi indispensabile, al di là del dettaglio motivazionale previsto dalla legge, un correlato supporto documentale a sostegno dell’attendibilità della motivazione.

In tale contesto, può accadere che, per un’adeguata verifica di conformità, siano necessari ulteriori elementi, fattuali o anche solo valutativi, specie nei casi di documentazione non trasmessa (ad esempio, quella relativa alla sottoposizione a forme di consultazione pubblica, nel caso di enti locali) o comunque carente nei contenuti (circostanza che può verificarsi soprattutto con riferimento alle valutazioni di merito che la Corte è chiamata a sindacare). In tal caso ci si chiede se la decisione debba essere comunque adottata “allo stato degli atti”, con il rischio evidente di esprimere un “parere” negativo, stante l’impossibilità di vagliare adeguatamente la fattispecie, oppure se vi sia spazio per un’interlocuzione con l’amministrazione procedente al fine di richiedere documentazione integrativa.

Nel silenzio della legge, le Sezioni riunite in sede di controllo, con la menzionata delib. n. 16/SSRRCO/QMIG/2022, hanno riconosciuto, in applicazione della generale facoltà recata dalla l. 20 gennaio 1004, n. 20, art. 3, c. 8 (9), la possibilità di effettuare richieste istruttorie, individuando i tempi di riscontro, necessariamente brevi, sia per esigenze di compatibilità con i ristretti tempi di adozione della delibera di controllo, sia perché gli elementi informativi dovrebbero essere già nella disponibilità dell'ente procedente. A differenza di quanto accade nel procedimento di controllo preventivo di legittimità, la richiesta istruttoria non determinerà una sospensione – non prevista dalla legge – del decorso del termine di sessanta giorni previsto per la pronuncia della Corte.

Le Sezioni riunite si sono anche soffermate sull'ipotesi in cui l'amministrazione procedente abbia già definito in sede negoziale la costituzione della società o l'acquisto della partecipazione, ritenendo che tale condotta non consenta l'esercizio dei poteri di verifica previsti dall'art. 5 Tusp. È evidente, infatti, che un'eventuale deliberazione negativa sarebbe comunque *inutiliter data*, avendo l'amministrazione già provveduto indipendentemente dall'avviso della Corte. Potranno quindi essere esercitate le ulteriori funzioni di controllo della Corte, *in primis* quella *ex art. 20 Tusp* sulla revisione periodica delle partecipazioni (ma anche in sede di referto annuale, come previsto ad esempio per la Sezione di controllo sugli enti), e ferma restando un'eventuale ipotesi di responsabilità di chi ha agito in tal senso.

Quid iuris in caso di costituzione di società o acquisto di partecipazione avvenuto “in conformità a espresse previsioni legislative”? L'art. 5, c. 1, Tusp reca, in tal caso, un'espressa deroga alla disciplina ivi prevista che, si ribadisce, concerne l'obbligo di motivazione analitica. La delib. n. 16/SSRRCO/QMIG/2022 accenna a tale profilo solo in un passaggio, ove si legge che «*ad essere oggetto di verifica, ai sensi dell'art. 5, Tusp, è l'atto deliberativo di “costituzione di una società a partecipazione pubblica” (anche nei casi di cui all'art. 17, società miste pubblico-privato) o di “acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite” (eccetto le fattispecie in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative). È infatti rispetto a tali tipologie di atto che il comma 3 dell'art. 5 Tusp impone all'amministrazione pubblica procedente l'obbligo di invio, contestualmente, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla Corte dei conti*».

In realtà, a ben guardare, la novella non sembra escludere, anche in tali casi, la verifica demandata alla Corte, ma solo il rigore motivazionale richiesto al c. 1 dell'art. 5 Tusp, ossia con riferimento alla necessità della scelta per il perseguimento delle finalità istituzionali, alle ragioni e finalità della scelta e della sua compatibilità con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

La norma appare, in verità, alquanto confusa, ma ciò non esime l'interprete dall'attribuire alla stessa il senso “*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*”, oltre che quello desumibile dall'intenzione del legislatore. E non pare possa dubitarsi del fatto che l'eccezione di cui trattasi è inserita, come detto, al comma 1, e non al comma 3, il quale attribuisce alla Corte la competenza a deliberare.

L'obiezione direttamente derivante da tale assunto è che, non essendovi obbligo di motivazione analitica, la naturale conseguenza sarebbe quella di aver previsto un parere al quale viene meno l'oggetto della valutazione da operarsi, posto che, come si è detto, i profili sui quali deve vertere la motivazione si proiettano sulle competenze della Corte. Ma una lettura attenta del quadro normativo consente di rinvenire ulteriori e diversi profili di potenziale verifica, che non si limita ai soli ambiti delineati al comma 1, ma si estende anche, come detto: alla compatibilità dell'intervento previsto con le norme dei trattati europei e, segnatamente, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese (comma 2, che non reca alcuna deroga per le società costituite o per le partecipazioni acquisite in conformità ad espresse previsioni legislative); all'avvenuta sottoposizione dello schema di atto deliberativo, da parte degli enti locali, a forme di consultazione pubblica (comma 2); alla conformità dell'atto a quanto disposto dagli artt. 4, 7 e 8 Tusp.

Inoltre, a monte, la valutazione della Corte, nell'ipotesi all'esame, dovrebbe concernere *in primis* l'effettiva sussistenza del requisito per la deroga, ossia che la previsione legislativa effettivamente si esprima in termini tali da implicare espressamente la costituzione della società o l'acquisizione della partecipazione. Non di rado, infatti, il legislatore si esprime in termini tutt'altro che netti, lasciando spazi, più o meno ampi, alla discrezionalità dell'amministrazione o ente, sicché non è affatto scontato che la valutazione di questi sulla conformità del proprio agire ad un'espressa norma di legge sia corretta.

Sotto questo profilo può quindi concludersi nel senso che, anche nell'ipotesi esaminata, non è affatto pacifica l'esclusione del procedimento di verifica della Corte.

5. Le conseguenze nel caso di parere contrario o di assenza di parere

Fermo restando quanto detto riguardo alla reale natura della verifica della Corte, per semplicità, ora, ci si esprimerà in termini di “parere” riguardo alla pronuncia adottata. Orbene, in caso di parere in tutto o in parte negativo, l'amministrazione pubblica, come detto, potrà comunque procedere a costituire la società o ad acquisire la partecipazione ma, in tal caso, dovrà ulteriormente motivare, esplicitando le ragioni per le quali non intende seguire il parere della Corte dei conti e pubblicando tale ulteriore motivazione sul sito internet istituzionale.

(9) “*Nell'esercizio delle attribuzioni di cui al presente articolo, la Corte dei conti può richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia e può effettuare e disporre ispezioni e accertamenti diretti*”.

Attraverso tale iter procedimentale è possibile, quindi, andare in contrario avviso rispetto a quanto ritenuto dalla Corte. Il prezzo di tale opzione, però, è la rinuncia all'esenzione da responsabilità amministrativa, per difetto di colpa grave.

Sovente la sussistenza della gravità della colpa (o addirittura del dolo), e la conseguente responsabilità amministrativa, viene affermata proprio sulla base del fatto che organi tecnici, consultivi o di controllo si erano preliminarmente espressi in senso contrario al comportamento poi adottato dal soggetto agente (ad esempio, in materia di personale, in caso di riconoscimento di competenze economiche contro il parere del collegio dei revisori dell'ente, che ne avevano affermato l'illegittimità). *A fortiori*, ciò può valere allorquando è la stessa Corte dei conti, in sede di controllo, ad esprimere contrarietà alla scelta operata.

Poniamo il caso in cui, a fronte della scelta di acquisire una partecipazione societaria, la Corte esprima contrarietà sotto il profilo della convenienza economica e l'amministrazione decida di procedere ugualmente. Se, successivamente, il valore della partecipazione diminuisce, così verificandosi ciò che la Corte aveva paventato, sussisterà un'ipotesi di danno, e ovviamente andrà considerata in concreto la vicenda nel suo complesso, ma certamente il precedente parere negativo della Corte potrebbe contribuire ad affermare la sussistenza della gravità della colpa in sede di giudizio di responsabilità, specie qualora le argomentazioni addotte per superare l'avviso espresso non siano del tutto congrue o pertinenti.

Al contrario, difficilmente sarà ravvisabile una responsabilità amministrativa qualora la scelta sia stata suffragata dal conforme parere della sezione di controllo, anche se, successivamente, dovessero verificarsi minusvalenze. Vero è che la fattispecie non pare direttamente riconducibile alle ipotesi scriminanti cristallizzate in norme di legge (10), ma è altresì legittimo ritenere che non si possa ipotizzare la gravità della colpa se anche la Corte stessa, sia pure in altra sede, ha ritenuto corretto l'operato dell'amministrazione o ente interessato.

6. Conclusioni

L'intervento normativo dell'agosto 2022 si pone in linea con la filosofia generale che ispira l'intero Tusp, ossia il tentativo di porre sempre più stringenti limitazioni al ricorso alle partecipazioni pubbliche, fenomeno che ha raggiunto, nell'ambito della pubblica amministrazione, dimensioni abnormi e difficilmente misurabili.

Con l'istituto esaminato il legislatore ha voluto sottoporre gli atti deliberativi di costituzione di società o acquisizione di partecipazione a oneri stringenti di motivazione e a un incisivo vaglio della Corte dei conti, chiamata ad attingere a parametri di legittimità e di merito e ad effettuare valutazioni giuridiche ed economico-finanziarie.

La nuova funzione attribuita alla Corte assume caratteri del tutto peculiari, che la distanziano dalle altre tipologie di controllo ad essa attribuite. Ha in comune con il controllo preventivo di legittimità la natura dell'oggetto, che è costituito da un atto specifico e concreto, ma se ne differenzia sotto diversi profili quali la tempistica, il procedimento e soprattutto per i parametri di riferimento, non solo di legittimità ma anche di merito, e per le conseguenze, essendo privo di misura immediata e diretta e non avendo i connotati impeditivi dell'efficacia tipici del controllo preventivo di legittimità.

L'assenza di misura immediata e diretta lo avvicina al controllo successivo di legittimità, previsto dall'art. 10 del d.lgs. 30 giugno 2011, n. 123, che interviene allorquando l'atto può aver già iniziato a produrre i suoi effetti, ma che non si estende al merito dell'atto sottoposto all'esame.

La valutazione di merito, segnatamente sotto i profili dell'efficienza, efficacia ed economicità è prerogativa tipica del controllo sulla gestione, che però, com'è noto, non ha ad oggetto atti specifici e concreti, ma una gestione complessivamente considerata o comunque segmenti di amministrazione.

(10) La legge di contabilità generale dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), all'art. 81, c. 2, in un'ottica rigorista ribadiva la possibile sussistenza della responsabilità dei funzionari pubblici che assumevano impegni o disponevano pagamenti anche in caso di visto e registrazione da parte della Corte dei conti. Tale previsione normativa ha talvolta costituito fondamento di affermazioni giurisprudenziali di sussistenza della colpa grave anche nel caso di preventiva sottoposizione di atti a controllo preventivo di legittimità, con esito favorevole.

Il legislatore è quindi intervenuto, con l'art. 17, c. 30-*quater*, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, modificando l'art. 1, c. 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, nel senso di escludere la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.

Ulteriore effetto impeditivo del riconoscimento della colpa grave è prodotto dall'art. 69 del codice di giustizia contabile, ove si prevede che *“Il pubblico ministero dispone altresì l'archiviazione per assenza di colpa grave ove valuti che l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”*. A ciò deve aggiungersi la previsione di cui al successivo 95, c. 4, c.g.c., che ha per destinatario il giudice contabile, il quale *“ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”*.

A completamento del quadro normativo vigente sul punto si richiama il già citato art. 46 della l. n. 238/2021, ove si precisa, invero in maniera alquanto ridondante, che *“è esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa qualora l'azione amministrativa si sia conformata ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva ai sensi del presente comma nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”*.

Può quindi conclusivamente affermarsi che l'istituto introdotto dal novellato art. 5 Tusp prevede un'attività di verifica del tutto particolare, connotata da procedure e parametri idonei a configurare una nuova tipologia di controllo attribuita alla Corte dei conti i cui caratteri saranno meglio definiti dopo le prime esperienze applicative da parte delle sezioni di controllo.

* * *

CRISI DELL'IMPRESA E RESPONSABILITÀ SOCIALE

di Gianmaria Palmieri (*)

Abstract: Il saggio affronta un tema particolarmente delicato e attuale: il rapporto tra legge sul fallimento e responsabilità sociale d'impresa (CSR), oggetto di attente riflessioni in dottrina. Si tratta di un argomento ricco di implicazioni operative nella regolamentazione dell'insolvenza, in quanto può influenzare l'interpretazione di molteplici disposizioni giuridiche in materia. L'articolo, inoltre, propone una riflessione critica sul possibile utilizzo delle regole di CSR nelle procedure concorsuali, in considerazione degli svantaggi che possono essere determinati in termini di gestione efficiente delle stesse procedure.

The essay deals with a particularly delicate and current topic: the relationship between the Bankruptcy Law and the theme of Corporate Social Responsibility (CSR), subject to careful reflections in specialized doctrine. This is a topic full of operational implications in the regulation of insolvency, as it can influence the interpretation of multiple legal provisions on the matter. The essay contains a critical reflection on the possible use of CSR rules in insolvency proceedings in view of the disadvantages that can be determined in terms of the efficient management of the same proceedings.

1. Il quesito sul quale vorrei riflettere con voi oggi attiene all'esistenza di un principio generale di responsabilità sociale dell'impresa in crisi, tema emerso di recente come portato di quello, più generale, sulla responsabilità sociale dell'impresa e della c.d. *Corporate Social Responsibility* (CSR). In un approfondito e raffinato saggio pubblicato di recente sulla *Rivista di diritto civile*, Giacomo D'Attorre (1) ha sostenuto, con specifico riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale, ma con una potenziale valenza generale in materia concorsuale, che il principio cardine del *miglior soddisfacimento dell'interesse dei creditori* deve essere bilanciato con altri interessi esterni riferibili a categorie di soggetti (clienti, fornitori, lavoratori) o a istanze di carattere generale (tutela del mercato, interesse nazionale e, soprattutto, sostenibilità ambientale), il cui rilievo imporrebbe, in taluni casi, di deviare dall'obiettivo del *massimo realizzo possibile dell'attivo*, in funzione appunto della salvaguardia di siffatti interessi, sempre che sia comunque garantito ai creditori il soddisfacimento del proprio diritto in misura superiore di quanto gli stessi potrebbero ottenere mediante liquidazione o esecuzione individuale. E ciò in virtù di un principio generale, inespresso ma comunque desumibile da una serie di norme sparse nell'ambito della disciplina della liquidazione giudiziale del nuovo *codice della crisi e dell'insolvenza* (d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, d'ora in poi c.c.i.), in cui il legislatore sacrifica l'interesse dei creditori per tutelare *interessi altri*. Si pensi, ad esempio, all'art. 173, c. 3, c.c.i., sugli effetti della liquidazione giudiziale sui contratti preliminari di vendita trascritti aventi ad oggetto immobili destinati ad abitazione principale dell'acquirente o immobili destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dello stesso acquirente, che sono sottratti alla regola sullo scioglimento. Qui il bisogno abitativo o l'esigenza di non intralciare l'esercizio dell'attività produttiva impongono, come noto, la limitazione dei diritti dei creditori, in un'ottica di bilanciamento di diritti spesso di rilievo costituzionale. O, ancora, all'art. 172, c. 7, c.c.i. sui contratti pendenti che, facendo salve le norme speciali in materia di contratti pubblici, impone la prevalenza dell'interesse pubblico a impedire il rischio connesso all'inadempimento dell'impresa in liquidazione giudiziale rispetto a quello dei creditori a incrementare l'attivo prospettico attraverso la partecipazione a nuove gare. Oppure all'art. 189 c.c.i. in tema di effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro subordinato. Molti altri esempi si potrebbero fare, a partire dall'art. 212, c. 2, c.c.i. sui criteri di selezione dell'affittuario d'azienda, che chiama espressamente in causa il profilo della conservazione dei livelli occupazionali.

Le implicazioni operative del riconoscimento di siffatto principio, che troverebbe conferma anche nella direttiva 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE (c.d. *Insolvency*) e si radicherebbe nell'art. 41 della Costituzione, che riconosce la libertà d'impresa col limite dell'*utilità sociale* e, oggi, della tutela della *salute* e dell'*ambiente*, sono molteplici e non di poco momento, soprattutto in sede di vendita dell'azienda o di rami d'azienda, ad esempio con riguardo ai requisiti che deve possedere l'aggiudicatario.

Uno dei profili più delicati chiama in causa il giudice delegato, al quale l'art. 133 c.c.i. deve essere presentato reclamo nel caso di diniego di approvazione, da parte del comitato dei creditori, del programma di liquidazione predisposto dal curatore, laddove sussista una violazione di legge. Nella prospettiva del riconoscimento del principio generale sopra descritto, infatti, ogni qual volta siffatto diniego si fondi sul mancato perseguimento dell'obiettivo massimo realizzo dell'attivo nell'ottica della tutela degli interessi di rilevanza sociale, il reclamo dovrebbe esser accolto dal

(*) G. Palmieri è ordinario di Diritto commerciale presso l'Università del Molise.

L'articolo riprende la relazione al convegno "La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive", svoltosi a cura dell'Associazione Gian Franco Campobasso per lo studio del diritto commerciale, Pisa, 28-29 ottobre 2022.

(1) G. D'Attorre, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 60.

giudice delegato, che dovrebbe poi provvedere in sostituzione del comitato dei creditori. E ciò in quanto il diniego sarebbe assunto in violazione di legge.

Si tratta, come evidente, di un'implicazione di indubbio rilievo, in grado di incidere in maniera sostanziale anche sulla posizione del curatore che redige il programma di liquidazione. Peraltro, anche se con condivisibile cautela la proposta interpretativa in esame viene limitata alla fase della liquidazione dell'attivo nella liquidazione giudiziale, non è difficile intuire quali ricadute siffatta impostazione possa avere nell'ambito delle procedure concordatarie, sia quelle in continuità che quelle liquidatorie e, più in generale, sui molteplici istituti di regolazione della crisi, soprattutto ove il descritto principio venga elevato al rango di quelli *generali* espressamente previsti dal c.c.i.

In prospettiva non del tutto dissimile, ma con esiti applicativi ben più sfumati e con implicazioni per lo più auspicate *de iure condendo*, si è di recente ragionato sull'esistenza di un principio solidaristico nell'ambito della regolazione delle crisi di impresa del quale sarebbe epifanico non solo l'art. 10 del d.l. n. 118/2021 (c.d. *decreto Pagni*) sulla rinegoziazione *ope iudicis* dei contratti di durata nell'ambito della composizione negoziata, ma anche lo stesso art. 2086 c.c. sugli assetti organizzativi adeguati (2). Disposizione, quest'ultima, si sostiene, non solo funzionale all'efficienza dell'impresa ma anche e soprattutto alla protezione degli interessi della comunità.

2. Orbene, l'idea dell'esistenza di un principio inespresso dell'ordinamento della crisi d'impresa che potrebbe essere richiamato anche per orientare, su un piano più generale e ben oltre la fase della liquidazione giudiziale, la gestione delle procedure nella direzione della tutela di interessi terzi o esterni rispetto a quelli dei creditori, anche là dove siffatti interessi non siano appositamente considerati e salvaguardati da norme di legge *ad hoc*, non mi convince.

Si badi, non è qui in discussione la pacifica circostanza che nelle procedure di regolazione della crisi abbiano rilievo anche interessi diversi rispetto a quelli dei creditori. Né di postulare un'assolutezza del *primato dei creditori*, smentita in molte scelte operate dal c.c.i. In discussione sono piuttosto la legittimità e l'utilità del ricorso ad un criterio, quale quello della tutela degli *interessi altri*, che aggrega istanze, tra loro spesso confliggenti, che fanno capo a diverse categorie di soggetti o alla collettività, come quello della sostenibilità ambientale.

Sul piano del fondamento normativo, l'impostazione richiama singole disposizioni di legge che sacrificano l'interesse dei creditori in funzione, di volta in volta, di una singola categoria di soggetti. Controparti contrattuali, enti pubblici committenti, dipendenti. Disposizioni che pertanto non paiono riconducibili ad un comune principio unificante. Né appaiono decisivi i richiami all'*utilità sociale* e, oggi, alla *tutela dell'ambiente* contenuti nell'art. 41 della Costituzione, che vengono in rilievo come limiti all'iniziativa economica privata e non possono quindi porsi a fondamento di una regola che intende risolvere, in ambito concorsuale, il conflitto tra interessi che si suole per lo più concepire come "esterni" all'impresa coinvolta ed a loro volta oggetto di copertura costituzionale (credito, lavoro, concorrenza, ambiente).

Sul piano dell'opportunità, non si può non sottolineare come l'introduzione del parametro della responsabilità sociale dell'impresa in crisi nella gestione delle procedure concorsuali si presti a generare situazioni di incertezza e di arbitrarietà, di certo non funzionali all'efficiente svolgimento delle stesse, questo sì interesse socialmente rilevante.

D'altra parte, le controindicazioni di un utilizzo disinvolto e pervasivo delle teorie che fanno capo alla figura della *responsabilità sociale dell'impresa* sono già state evidenziate in dottrina.

Come ho avuto modo di osservare in altra sede (3) con riguardo alla materia societaria, se si considera il dibattito ormai da molti anni in corso nel nostro Paese, non si può fare a meno di notare la sostanziale freddezza con la quale la dottrina specialistica accoglie le più penetranti implicazioni della CSR, al di là di scontate adesioni agli obiettivi di tutela dell'ambiente e della salute da cui la stessa, almeno in apparenza, sembra ispirata.

Basta rilevare al riguardo che anche gli autori più aperti alle tematiche in questione ed inclini a prestare attenzione alla prospettiva dello *stakeholder value* in contrapposizione allo *shareholder value* non vanno oltre l'affermazione secondo cui gli interessi di categorie diverse dai soci e non legate alla società da vincoli contrattuali possono essere perseguiti dagli amministratori soltanto in via subordinata rispetto agli interessi lucrativi dei soci ed in modo strumentale allo scopo di lucro delle società, senza che sia possibile operare alcun bilanciamento tra i primi ed i secondi. Rilievo che credo possa valere anche in relazione all'ambito della crisi d'impresa se si considera che, secondo l'impostazione prevalente, in caso di insolvenza i veri soci (investitori di capitale di rischio) divengono i creditori sociali. Ed anzi, non si manca di mettere in rilievo come allo sviluppo del dibattito sulla CSR, in realtà, non sia estraneo l'intento dei *managers* delle grandi *corporations* di giungere al risultato di assumere il ruolo di arbitri assoluti ed insindacabili nella selezione degli interessi da perseguire a mezzo dell'attività di impresa, affrancandosi da ogni influenza dei soci e potremmo dire, nel contesto di questo convegno, anche dei creditori.

3. Tuttavia, dopo l'esplosione della pandemia, sembra che l'incantesimo si sia rotto e che, per la incontenibile spinta degli eventi, si sia tornati a guardare all'impresa – cioè all'attività economica – per quello che a livello economico-sociale è: motore dello sviluppo e dell'occupazione, mezzo attraverso cui si crea la ricchezza ed il benessere per una collettività. In effetti, il Covid ha dato la stura ad una stagione di riforme orientate in una direzione ben diversa rispetto

(2) M. Fabiani, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2022, 13.

(3) G. Palmieri, *La crisi del diritto societario e la riscoperta del valore della "nuda" impresa nell'economia post Covid-19 (con uno sguardo all'art. 41 della Costituzione)*, in *Banca, borsa ecc.*, 2021, I, 18.

a quelle che hanno caratterizzato l'ultimo ventennio. In una direzione, cioè, ben consapevole del fondamentale rilievo che per la collettività assume l'attività economica, che per sua natura è qualificabile attività di rilievo sociale.

Particolarmente significativi, al riguardo, sono stati, in particolare, i tre pacchetti di misure introdotte dal c.d. decreto Liquidità (d.l. n. 23/2020) riguardanti, rispettivamente, (i) l'accesso al credito bancario, mediante intervento dello Stato nella veste di garante (Garanzia Italia e Fondo di Garanzia Pmi); (ii) l'improcedibilità dei ricorsi di fallimento; (iii) il congelamento delle disposizioni societarie in tema di riduzione del capitale; (iv) e in materia di postergazione dei finanziamenti soci. Si tratta di misure che hanno attestato con chiarezza siffatto radicale mutamento di approccio, in quanto volte ad incidere direttamente sul profilo dell'attività, e non solo della mera organizzazione; in particolare, favorendo, la prima e la quarta, la disponibilità di nuova finanza alle imprese, indipendentemente dalla loro dimensione; la seconda e la terza, salvaguardando la continuità aziendale mediante la temporanea sterilizzazione di procedure idonee ad interromperla. Il tutto nel solco di una tendenza manifestatasi in tutti gli ordinamenti occidentali e con riguardo a società che operano nella totalità dei settori economici, banche ed assicurazioni comprese.

La sensazione di un incantesimo rotto ha trovato poi inequivoca conferma proprio nel d.l. n. 118/2021 (c.d. *decreto Pagni*), la cui relazione illustrativa, non a caso, richiamava insistentemente l'esigenza di assicurare la continuità aziendale alle imprese nel difficile contesto economico in cui si trovavano e si trovano tuttora. E ciò a giustificazione del ribaltamento di impostazione rispetto all'impronta originaria del codice della crisi d'impresa. Ribaltamento confermato dal d.lgs. n. 83 del 17 giugno 2022, che lo ha varato definitivamente.

Il nuovo codice, infatti, mostra una tale attenzione alla salvaguardia della continuità aziendale delle imprese ma anche della loro continuità gestionale da predisporre percorsi e procedure che, sull'altare di queste istanze, arrivano talvolta, come abbiamo visto anche ieri, a prevalere recisamente su quelle di tutela dei creditori. Percorsi e procedure, occorre metterlo ancora una volta bene in evidenza, cui possono spesso accedere imprese di tutte le dimensioni e che si trovino in condizioni di squilibrio patrimoniale ed economico che vanno dall'insolvenza fino alla ben più leggera "probabilità di crisi".

4. In questo contesto, potrebbe sembrare che le suggestioni della teoria sulla c.d. responsabilità sociale d'impresa con riguardo al campo della crisi siano svanite. Qualcuno, anzi, non ha mancato di osservare, in senso critico, che il c.c.i. rivela la sua impronta ideologica nella distanza da ogni collegamento con la possibile declinazione sociale dell'attività d'impresa. Mi pare una critica ingenerosa, laddove si riconosca, nell'evidente e commendevole sforzo del c.c.i. di preservare la continuità aziendale, l'intento di non sacrificare il valore, indubbiamente sociale, degli apparati produttivi.

Credo che nessuno possa oggi seriamente mettere in discussione il carattere prioritario che assume la questione della sostenibilità sociale ed ambientale dell'impresa. Si tratta di una vera e propria emergenza che non è più possibile eludere, in quanto rappresenta forse la componente più rilevante del problema globale. Particolarmente significativa del carattere prioritario che oggi assume la questione è la direttiva CSRD – *Corporate Sustainability Reporting Directive*, (dir. Ue 2022/2464 del 14 dicembre 2022), che estende a tutte le imprese di grandi dimensioni, e a tutte le società quotate sui mercati regolamentati nell'Ue, l'obbligo di divulgare informazioni sul modo in cui operano e gestiscono le sfide sociali e ambientali.

Ma come abbiamo amaramente constatato per effetto della pandemia, prima, e della guerra, poi, oggi non è l'unica emergenza da fronteggiare. Ce n'è un'altra forse ancora più prioritaria: quella legata alla salvaguardia della vitalità del tessuto produttivo nella perdurante fase emergenziale. Il che obbliga a valutare con maggiore attenzione, rispetto al passato, l'impatto delle soluzioni proposte nell'ottica della tutela delle istanze sociali ed ambientali sulle esigenze tipicamente imprenditoriali, legate all'efficienza ed alla produttività aziendale, o alla tutela dei creditori d'impresa.

Il problema è, dunque, di individuare *policies* idonee a rispondere adeguatamente e contestualmente ad ambedue le emergenze, in modo da superare lo scoglio, anche ideologico, della loro reciproca incompatibilità.

5. Ed è, appunto, da quest'angolo visuale, che l'idea di includere nella sfera degli interessi che dovrebbero ispirare la *governance* dell'impresa privata o la gestione di una procedura di regolazione della crisi d'impresa, anche oltre quanto facciano le norme di legge, quelli, spesso tra loro confliggenti, che fanno capo agli *stakeholders* diversi dai soci (lavoratori, fornitori, consumatori, comunità locali, società civile) o dei creditori, in caso di insolvenza, e che rimandano ad istanze di tutela dell'ambiente e della sostenibilità, in un'ottica che imporrebbe di perseguire un'*Interessenpluralität*, risulta presentare forti controindicazioni. Ciò in quanto siffatta inclusione verrebbe gioco forza ad incidere, per i suoi inevitabili riflessi sul piano organizzativo e gestionale, sui valori produttivi, di indiscutibile rilievo sociale, che l'impresa esprime, in una sorta di singolare, ma per me evidente, eterogenesi dei fini. Ora che i menzionati eventi epocali hanno di fatto zavorrato, gran parte delle attività produttive, determinando prospettivamente un aumento esponenziale della disoccupazione, dell'indebitamento delle aziende e delle famiglie, delle disuguaglianze, della povertà, balza agli occhi, come indefettibile necessità, quella di consentire alle imprese *in bonis* (o ancora *in bonis*) di produrre al massimo dell'efficienza e della profittabilità, senza che i propri organi di gestione (e di controllo) siano condizionati dall'obbligo di "funzionalizzare" e giustificare le proprie scelte in rapporto a molteplici e variegati interessi "esterni"; ed alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza d'impresa di condurre ad un'ordinata, adeguata ed efficiente composizione degli innumerevoli e confliggenti interessi in gioco senza l'interferenza di criteri incerti ed arbitrari, idonei

ad alterare le fisiologiche dinamiche concorsuali, anch'esse, almeno in prevalenza, di matrice squisitamente imprenditoriale.

Il che, si badi, non esclude affatto che gli stessi interessi debbano essere salvaguardati. Non si può infatti non condividere la sensibilità che anima le riflessioni sulla *responsabilità sociale d'impresa*. Il problema è, a mio avviso, evitare di incanalarla su un binario morto con esiti controproducenti.

In questa prospettiva, ritengo indispensabile, in primo luogo, affidarsi ad apposite ed inequivoche disposizioni di legge che di volta in volta attribuiscono rilevanza sovraordinata a questa o a quella esigenza "esterna" o "collettiva", senza così intaccare la fondamentale esigenza di certezza sulle regole del gioco. Occorre poi impegnarsi, a livello interpretativo, a favore di un'applicazione effettiva ma responsabile delle note clausole generali (artt. 3-11 c.c.i.), sulle quali abbiamo ascoltato in questo convegno parole importanti. Soprattutto, urge preservare la libertà di iniziativa economica, che è motore dell'impresa e presupposto indefettibile affinché questa assolva alla sua fondamentale funzione sociale.

Proprio sotto questo profilo non posso nascondervi, in conclusione, una forte preoccupazione.

Mi spiego meglio. La scelta di obbligare ogni impresa, indipendentemente dalla sua condizione finanziaria, di munirsi dei cd. assetti organizzativi adeguati in funzione della perdita della continuità aziendale (cfr. artt. 2086 e 2380-*bis* c.c., ma anche artt. 3 e 377 c.c.i.) con rilevanti conseguenze sul piano sanzionatorio, unita a quella di anticipare la possibile attivazione delle procedure sulla crisi d'impresa, non a caso oggi articolate in base ad un modello processuale unitario (artt. 7 ss. c.c.i.), al manifestarsi della semplice *probabilità della crisi*, o se vogliamo, legando l'art. 2 all'art. 12 del c.c.i., alla *probabile probabilità dell'insolvenza*, in un contesto come quello attuale, che obbliga la gran parte delle imprese a navigare in un mercato tempestoso con costi di esercizio insostenibili, rischia di avere una grave inevitabile implicazione. Quella di collocare tante imprese sane del nostro Paese nella dimensione, che ha le fattezze di un piano inclinato, della crisi. Una dimensione, comunque la si riguardi, pesante e cupa, oltre che affollatissima di soggetti indifferenti alle sorti dell'attività e per lo più sprovvisti di esperienza manageriale, in cui autonomia, efficienza e resilienza dell'impresa non hanno alcuna *chance*.

Una dimensione che può scoraggiare, fino a spegnere, l'iniziativa di cui parla l'art. 41 della Costituzione e, con essa, ogni velleità di *responsabilità sociale dell'impresa*.

* * *

IL RECUPERO DEGLI AIUTI DI STATO

di *Fernanda Fraioli* (*)

Abstract: L'aiuto di Stato, per essere un riconoscimento economico a sostegno (soltanto) di alcune imprese, per garantire loro una vitalità economica che le renda competitive sul mercato, si presta a possibili abusi e conseguenti distorsioni del mercato, soprattutto per la potenziale violazione del principio della libera concorrenza, basilare per l'ordinamento comunitario. Nelle differenti forme che può assumere, ha quale caratteristica quella di non prevedere una contropartita, ma soltanto il perseguimento di un preciso scopo economico. Per questo l'amministrazione nazionale che lo eroga è tenuta ad apprestare una serie di cautele, proprio per la capacità che ha di andare ad impingere sul bilancio statale sia direttamente che indirettamente, laddove si sostanzia in contributi obbligatori la cui riscossione e distribuzione sono regolamentati a livello statale. L'aspetto, purtuttavia, di maggiore rilievo è rappresentato dal rapporto con la normativa comunitaria, la quale in realtà li vieta, ma non potendo limitare la libertà dei singoli Stati membri, pone una serie di adempimenti strettamente dipendenti dalle autorizzazioni della Commissione europea ed alle connesse censure che comportano l'obbligatorio recupero per lo Stato membro, pena pesanti condanne gravide di ingenti sanzioni economiche.

The State aid, in order to be an economic recognition in support (only) of some companies, and to guarantee them an economic vitality that makes them competitive on the market, lends itself to possible abuses and consequent distortions of the market, especially the potential violation of the principle of free competition, fundamental to the Community legal system. In the different forms it can take, its characteristic is that of not providing for a counterpart, but only the pursuit of a precise economic purpose. For this reason, the national administration that disburses it is required to take a series of precautions precisely because of the ability that they have to impinge on the State budget both directly and indirectly where they are substantiated in compulsory contributions whose collection and distribution are regulated at the state level. However, the most important aspect is represented by the relationship with the Community legislation which in reality prohibits them, instead imposes a series of obligations strictly dependent on the authorizations of the European Commission, and the connected grievances which involve the obligatory recovery for the member State, under penalty of heavy sentences burdened with huge economic sanctions. That is because the Community legislation cannot limit the freedom of the individual member States.

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *Cosa si intende per aiuto di Stato.* – 3. *Gli aiuti de minimis.* – 4. *Gli aiuti esenti da notifica.* – 5. *Gli aiuti temporanei, ovvero i temporary framework.* – 6. *Gli aiuti illegali e gli aiuti incompatibili.* – 7. *La clausola Deggendorf.* – 8. *La normativa.* – 9. *Il Registro nazionale degli aiuti.* – 10. *Il distinct body.* – 11. *Il recupero.* – 12. *Le responsabilità.* – 13. *Conclusioni.*

1. *Premessa*

I principi fondanti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea – libero mercato e libera concorrenza – necessitano, per una loro spedita ed efficiente attuazione, di strumenti di protezione sul piano dei mercati interni ad ogni singolo Stato membro.

La rilevante cifra che rappresenta l'ammontare degli aiuti di Stato – oltre 50 miliardi di euro annui – legittima gli accorgimenti posti in essere.

In tal modo è assicurato il perseguimento della politica europea che si basa sull'eliminazione della concorrenza tra imprese soggette al diritto privato e sulla distorsione che interi rami dell'economia nazionale possono subire a cagione di non corrette agevolazioni statali.

Un'adeguata conoscenza delle norme e della giurisprudenza dell'Unione europea consente questo alto obiettivo di civiltà (e non soltanto giuridica) perseguito dalla Comunità europea che, purtuttavia, prevede strumenti di correzione degli aiuti percepiti illecitamente, in violazione di quanto prescritto.

Soltanto in tal modo, è possibile attuare il migliore sviluppo economico dell'intero territorio nazionale in assonanza con quel più ampio contesto che è l'Europa.

Gli aiuti di Stato possono assumere le più varieguate forme:

- Contributi
- Esenzioni da imposte e tasse
- Esenzioni da tasse parafiscali
- Bonifici d'interessi

(*) F. Fraioli è consigliere della Corte dei conti.

- Assunzione di fideiussioni a condizioni particolarmente vantaggiose
- Concessione di terreni ed edifici a titolo gratuito o a prezzi estremamente convenienti
- Fornitura di beni o servizi a condizioni di favore
- Assunzione di perdite
- Garanzie.

Questo prova che con il concetto di aiuto di Stato non si indicano soltanto dazioni positive di danaro o altro bene, bensì anche misure che, in qualche modo, contengono le pressioni che un'impresa deve sostenere in situazioni di normalità.

Il concetto di aiuto di Stato non è equivalente a sovvenzione, ma più ampio, perché secondo la giurisprudenza della Ce ha un fine ben preciso che deve essere rispettato affinché gli operatori lo realizzino.

E ciò, anche se sembra limitare fortemente la sovranità degli Stati membri, in realtà consente il perseguimento di un'equilibrata politica economica europea che non può soffrire squilibri dettati dall'agevolazione di alcune imprese e non altre, tanto che, a rigore, il Tfe ritiene incompatibili con il mercato comune (mercato interno) gli aiuti di Stato e gli aiuti concessi con mezzi statali che favoriscono determinate imprese o determinati settori produttivi, a meno che non rispettino fermamente tutti i criteri indicati all'articolo 107, par. 1.

L'aiuto di Stato è un *trasferimento di risorse statali* – comprensive di quelle di autorità nazionali, regionali o locali, banche e fondazioni pubbliche, ecc., che diventano, quindi, organi intermedi (pubblici o privati) designati dallo Stato – concesse direttamente o indirettamente da fondi statali e attribuibili allo Stato.

Ciò significa impingere sul bilancio statale direttamente, ma anche indirettamente se si concretizzano in contributi obbligatori la cui riscossione e distribuzione sono regolamentati a livello statale.

Come pure può configurarsi quale *agevolazione* laddove arrechi al beneficiario un vantaggio economico che diversamente non avrebbe ottenuto nella sua ordinaria attività e che non prevede una contropartita – tant'è che si parla di "unilateralità dell'aiuto" – da parte di quell'impresa, pubblica o privata che sia, con soggettività giuridica, diretta in modo durevole al perseguimento di un preciso scopo economico con chiara esclusione di quella costituita solo per un consumo finale.

Come anche non è richiesto lo scopo di lucro, ma unicamente l'esercizio di un'attività per la quale esiste un mercato sul quale vari operatori si pongono in posizione competitiva.

Questo requisito porta al carattere selettivo – e, di conseguenza, a quello discrezionale del potere dell'amministrazione nel concederlo – dell'aiuto di Stato perché incide sull'equilibrio esistente tra i vari imprenditori (ma anche tra differenti zone del territorio), differenziandolo da quelle misure c.d. generali che si applicano, invece, indistintamente a tutte le imprese ed a tutti i settori economici di uno Stato membro, come ad esempio possono essere la quasi totalità delle misure fiscali a livello nazionale.

2. Cosa si intende per aiuto di Stato

L'aiuto di Stato – sia esso concesso per legge o in via amministrativa – è, allora, un riconoscimento economico in senso lato finalizzato a favorire alcune imprese e/o produzioni e non altre, per l'obbiettivo necessità di assicurare loro una vitalità economica affievolita che non le renderebbe operative e, quindi, attive sul mercato.

Proprio per il latente effetto distorsivo della concorrenza che naturalmente genera, è sottoposto ad alcune cautele.

Ad onor del vero, gli aiuti di Stato, in generale, sono vietati dalla normativa europea e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea il quale, insieme al Tfe (il Trattato sull'Unione europea), è la base dettagliata del diritto dell'Unione e che definisce principi e obiettivi della stessa, nonché l'ambito di azione all'interno dei settori di intervento.

A disciplinarne il fondamento giuridico, gli artt. 107 e 108 del Trattato che, non a caso, sono collocati nella sezione 2, rubricata "Aiuti concessi dagli Stati" (1), ed il regolamento 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015.

(1) Art. 107 Tfe (ex art. 87 Tce)

"1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

2. Sono compatibili con il mercato interno:

a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;

b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;

c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.

3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

La principale prescrizione che vige in materia è l'obbligo di notifica da parte dello Stato membro alla Commissione europea, tranne che per determinate categorie, la quale deve verificare la compatibilità della misura con il mercato interno e con le norme dell'Ue, senza la quale non possono essere concessi.

L'esame, che non può oltrepassare la durata del termine di due mesi, si conclude con una decisione con la quale la Commissione può approvare la misura o perché ritiene che non costituisca aiuto di Stato o perché ne rinviene una compatibilità con il mercato interno.

Potrebbe, però, anche nutrire dubbi sulla sua compatibilità ed allora, ai sensi dell'art. 108, par. 2, Tfu, decidere di aprire un'indagine formale.

Ciò impedisce, ai sensi del successivo c. 3 del medesimo articolo, l'erogazione dell'aiuto prima che la Commissione lo abbia autorizzato, stante la c.d. clausola di sospensione o obbligo di *stand-still* (2), che fa obbligo allo Stato membro che intende introdurre nell'ordinamento nazionale un nuovo regime di aiuti di Stato (ma anche di apportare modifiche ad uno vigente), un *non facere* fino alla pronuncia in merito della Commissione europea.

La procedura di notifica e di comunicazione in esenzione iniziano mediante l'accreditamento al sistema Sian2 in gestione al Ministero per lo sviluppo economico, al quale gli utenti regionali devono richiedere l'abilitazione come compilatori al Servizio rapporti istituzionali, settore Aiuti di Stato e procedure di infrazione, che, in qualità di amministratore locale del sistema, provvede al rilascio delle credenziali di accesso.

L'abilitazione così ottenuta consente all'utente di compilare una scheda sintetica (formulario di notifica) che contiene tutte le informazioni afferenti all'aiuto di interesse secondo quanto previsto dai regolamenti generali o settoriali che si applicano al caso, corredata di tutti i documenti che riguardano la misura notificata o comunicata in esenzione, a cominciare dai provvedimenti normativi nazionali che lo regolano, dalle leggi alle deliberazioni, ai decreti, alle determinazioni, agli avvisi, ai bandi, ecc.

Soltanto al termine dell'intero iter procedurale previsto, l'utente comincia ad interagire con l'ufficio nazionale competente in quanto, a seguito della finalizzazione della notifica o della comunicazione in esenzione, il responsabile del procedimento invia tramite Pec la richiesta di firma della notifica al settore Aiuti di Stato e procedure di infrazione, che è l'utente firmatario per l'ente locale a cui allega il formulario interamente compilato.

Questo procede all'esame della notifica e se positivo, appone la firma sul formulario nel sistema Sian2, che lo trasmette automaticamente all'utente validatore, ovvero alla Rappresentanza permanente d'Italia per l'Unione europea a Bruxelles.

L'ultimo passaggio è rappresentato dalla trasmissione della notifica alla Commissione europea per la successiva registrazione.

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione”.

Art. 108 Tfu (ex art. 88 Tce)

“1. La Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati. Essa propone a questi ultimi le opportune misure richieste dal graduale sviluppo o dal funzionamento del mercato interno.

2. Qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea, in deroga agli articoli 258 e 259.

A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107 o ai regolamenti di cui all'articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione. Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, la procedura prevista dal presente paragrafo, primo comma, la richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio avrà per effetto di sospendere tale procedura fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo. Tuttavia, se il Consiglio non si è pronunciato entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione delibera.

3. Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale.

4. La Commissione può adottare regolamenti concernenti le categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'articolo 109, che possono essere dispensate dalla procedura di cui al paragrafo 3 del presente articolo”.

(2) Ai sensi dell'art. 88 Tce, gli Stati hanno un obbligo di non fare in attesa dell'applicazione dell'accordo o della stipula di convenzioni particolari ivi previste.

Il diritto comunitario prevede l'applicazione di tale clausola anche negli aiuti di Stato, attesa la natura, di fatto, anticoncorrenziale che la misura contiene in sé, per porre l'impresa beneficiaria in una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti.

Come anticipato, ci sono alcune categorie di aiuti per le quali vige l'esenzione dalla notifica, essendo sufficiente una mera comunicazione, successivamente alla quale è possibile mandare in esecuzione la relativa misura, nel pieno rispetto, comunque, delle condizioni rinvenibili nei regolamenti di esenzione, primi fra tutti il regolamento (Ue) n. 651/2014, o Regolamento generale di esenzione per categoria, come di recente modificato dal regolamento (Ue) n. 1084/2017 del 14 giugno 2017, che ha ampliato il campo di applicazione estendendo l'esenzione a svariati settori economici.

Sono un tipico esempio di aiuti esenti da notifica, quelli c.d. *de minimis*, i quali sono contrassegnati dall'esiguità dell'importo, che non li rende idonei ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri, e perciò non sono soggetti ad approvazione della Commissione europea, né a notifica e/o a comunicazione in esenzione.

L'aiuto di Stato, quindi, per la sua capacità di alterare la concorrenza, è considerato compatibile con il Trattato di Lisbona unicamente laddove realizzi obiettivi di comune interesse chiaramente definiti e sotto il vigilante controllo dell'Ufficio per il coordinamento in materia di aiuti di Stato del Dipartimento delle politiche europee presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, che cura il rispetto dell'intera normativa europea nonché il coordinamento fra tutte le amministrazioni centrali e locali.

Tanto premesso, allora, gli aiuti di Stato sono ammessi, ai sensi dell'art. 107, par. 2, del Trattato, quando consentono di realizzare obiettivi quali servizi di interesse economico generale, coesione sociale e regionale, occupazione, ricerca e sviluppo, sviluppo sostenibile, promozione della diversità culturale, ecc., e rappresentano il giusto strumento per correggere alcuni "fallimenti del mercato", dove esplica una funzione di bilanciamento degli effetti distorsivi della concorrenza.

La verifica dell'equilibrio tra questi due valori in gioco è affidata alla Commissione europea, la quale ha una competenza esclusiva in materia in quanto il controllo delle prebende economiche erogate si configura come l'essenza della politica di concorrenza dell'Ue finalizzata, com'è notorio, all'assicurazione della parità di condizioni di operatività a tutte le imprese che operano sul mercato interno europeo.

Anche lo Stato membro ha precisi adempimenti nel rispetto della regola della concorrenza, che deve contemperarsi con l'esigenza nazionale di alimentare l'efficienza del mercato interno dal punto di vista economico.

La sinergia tra i due organi – nazionale ed europeo – si sublima nella tempestiva comunicazione di ogni progetto avente ad oggetto la concessione di un nuovo beneficio da parte dello Stato membro alla Commissione Ue, la quale delibera sulla compatibilità dell'agevolazione richiesta con le regole del Trattato.

Il procedimento formale di esame da parte della Commissione Ue viene avviato, ai sensi dell'art. 108 del Trattato, laddove il provvedimento notificato presenti dubbi sulla compatibilità con il mercato comune e si conclude con una decisione negativa o positiva se, rispettivamente, dichiara l'aiuto compatibile o incompatibile (ed in questo caso, se già erogato, ne dispone il recupero) oppure "condizionale", quando la misura è compatibile, ma la sua attuazione è assoggettata al verificarsi, per l'appunto, di alcune condizioni.

Una prima verifica sommaria può essere effettuata anche dal Dipartimento delle politiche europee della Presidenza, monitorando le procedure di valutazione maggiormente rilevanti che sono avviate dalla Commissione europea, aggiornando la normativa nazionale e rendendola compatibile con quella europea e curandone la diffusione tra le parti economiche e sociali ai fini di una omogenea applicazione sul territorio.

Questa attività di pre-validazione è uno degli impegni assunti dal Dipartimento nell'ambito di un accordo (il *Common Understanding*) finalizzato alla modernizzazione degli aiuti di Stato ed al rafforzamento del partenariato tra il nostro Paese e la Commissione europea, ma anche tra le amministrazioni nazionali a tutti i livelli.

Ad abilitare a tanto il Dipartimento è stata la Commissione europea che, con la modifica della procedura del sistema di notifica elettronica degli aiuti di Stato (c.d. Sian2), gli ha consentito di effettuare l'esame della completezza della notifica prima della validazione della stessa da parte della Rappresentanza permanente presso l'Ue ed il successivo invio in Commissione.

Con la modifica del sistema, si è data attuazione all'art. 6 del d.p.c.m. 24 gennaio 2017, avente ad oggetto "*Termini e modalità di svolgimento della verifica della completezza della documentazione contenuta nelle notifiche di aiuti di Stato da parte del Dipartimento per le Politiche Europee*" in applicazione dell'art. 45 della l. 24 dicembre 2012, n. 234, modificata dalla l. 7 luglio 2016, n. 122.

Ciò ha comportato che, dal marzo 2017, le amministrazioni centrali e territoriali che intendano concedere aiuti di Stato soggetti a previa notifica ai sensi dell'art. 108, par. 3, del Trattato, sono tenute a predisporre la notifica e a trasmetterla al Dipartimento per le politiche europee attraverso il sistema di notificazione elettronica per un esame della completezza della documentazione contenuta nella notifica.

Il complessivo processo di ammodernamento degli aiuti è stato opera di una comunicazione della Commissione europea e si è concretizzato nella riforma complessiva della materia basandosi su tre obiettivi fondamentali, connessi, ma al contempo indipendenti tra di loro:

- promozione della crescita in un mercato interno rafforzato, dinamico e competitivo;
- preminente applicazione delle norme sui casi con il maggiore impatto sul mercato interno;
- razionalizzazione delle norme e decisioni più rapide;

portando, conclusivamente, ad un chiarimento e ad una migliore spiegazione della nozione di aiuto di Stato; alla determinazione di principi comuni per la valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato interno; nonché alla riformulazione delle principali linee guida in modo da adeguarle a principi comuni definiti nell'ambito della modernizzazione.

L'opera del Dipartimento di coordinamento delle amministrazioni centrali e regionali che hanno condiviso i principi e gli obiettivi della comunicazione – uso più efficiente delle risorse pubbliche; principio di proporzionalità; maggiore controllo *ex post* da parte della Commissione; riduzione al minimo degli effetti distorsivi per garantire la migliore attuazione del mercato interno – ha realizzato l'obiettivo della Commissione europea, che richiede una maggiore semplificazione connessa ad una maggiore trasparenza degli aiuti, nonché il potenziamento dei controlli sul rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato a livello nazionale ed europeo e una valutazione efficace.

I lavori di revisione delle linee guida della Commissione Ue sugli aiuti (regionali, a ricerca sviluppo e innovazione, ambientali, ecc.) hanno riguardato anche la revisione del regolamento afferente agli aiuti *de minimis* di cui al prossimo paragrafo.

3. Gli aiuti *de minimis*

Il regime *de minimis* – ancor prima di una sua definizione – evoca il richiamo al principio della concorrenza.

Essendo un regime regolamentare degli aiuti di Stato di piccola entità, laddove non adeguatamente monitorati e contingentati, apporterebbero un *vulnus* piuttosto rilevante alla concorrenza (3).

Ed è per tale motivo che la Ue ha fissato un massimale di 200.000 euro in tre anni ed alcune caratteristiche fondamentali e rigide per ottenerli.

Prima fra tutti, la riferibilità alla c.d. “impresa unica”, ovvero all'unico soggetto richiedente la sovvenzione anche qualora appartenga ad un gruppo di imprese e, quindi, operi sul mercato con più di un soggetto giuridico, ognuno dei quali non può richiedere la medesima cifra.

È impresa unica quella che:

- detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'altra impresa;
- ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione o sorveglianza di un'altra impresa;
- ha il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa in virtù di un contratto concluso con quest'ultima o in virtù di una clausola dello statuto di quest'ultima;
- è azionista o socia di un'altra impresa che controlla da sola, in virtù di un accordo stipulato con altri azionisti o soci dell'altra impresa, la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di quest'ultima.

La seconda caratteristica del c.d. *de minimis* è la cadenza solare che determina l'impatto sul regime in oggetto di tutti gli aiuti ottenuti per l'intero anno solare, ovvero non già dalla data (mese) di ottenimento, bensì dal 1° gennaio dell'anno di riferimento, atteso che ad operare non è il principio della competenza bensì quello di cassa.

Nel regime *de quo* rientrano un numero piuttosto consistente di aiuti dalla più differente tipologia – dagli investimenti, alle attività di *Ricerca & Sviluppo*, alla promozione all'estero, al *voucher* di incentivo, passando per le garanzie di Stato o di altri enti pubblici minori – il che rende difficoltoso il monitoraggio del raggiungimento del *plafond* di 200.000 euro.

E l'introduzione del Registro degli aiuti di Stato è diretta proprio a tali fini, rinvenendosi in esso qualunque somma introitata dal soggetto richiedente nelle diverse forme ricevuta, sovvenzioni o aiuti, siano essi totali o parziali.

4. Gli aiuti esenti da notifica

Per quanto la concessione di un aiuto di Stato sia sottoposta ad una rigida procedura c.d. di *stand still* (di cui più avanti) – che si basa sull'art. 108 del Trattato e parte da un sistema di pre-autorizzazione fino alla notifica di informazione dettagliata alla Commissione europea che ne condiziona non soltanto il riconoscimento, ma anche qualsivoglia modifica, tanto da non poter dare esecuzione prima dell'autorizzazione della Commissione – il Consiglio ha stabilito che l'art. 109 del Tfeue gli consente di determinare le categorie di aiuti che sono dispensate dall'obbligo di notifica.

Il fondamento di tale evidente eccezione all'obbligo di notifica è da ricercare nella presunzione (v'è da ritenere *iuris et de iure*) che alcune misure e non altre, a determinate condizioni, sono compatibili con il mercato interno e con il Tfeue in quanto i loro effetti positivi superano quelli negativi sulla concorrenza.

Ciò a dire che sotto il profilo del perseguimento dell'interesse pubblico, inteso in senso sovranazionale, ovvero a livello Ue, non determinano alterazione della concorrenza e presentano il pregio di poter essere attuati in ogni momento.

(3) La stampa nello scorso mese di ottobre dava ampia contezza che sono in arrivo le comunicazioni dell'Agenzia delle entrate per segnalare al contribuente che nel prospetto “Aiuti di Stato” delle dichiarazioni dei redditi, Irap e mod. 770, presentate per il periodo di imposta 2018, sono Stati indicati dati non coerenti con la relativa disciplina agevolativa. Tali errori hanno impedito all'Agenzia di integrare il Registro nazionale aiuti di Stato (art. 52 l. n. 234/2012) il che mette a rischio la corretta fruizione di tali aiuti. Quindi, in caso di errori differenti, ad es. di compilazione, che consentono un'integrazione recante i dati corretti, presentare una dichiarazione integrativa e restituendo integralmente l'aiuto di Stato e l'aiuto in regime *de minimis* illegittimamente fruito, comprensivo di interessi e sanzioni ridotte.

Proprio per la mancanza di condizionamenti da qualsivoglia controllo della Commissione, sono sottoposti a particolari condizioni che spaziano dal rispetto di precise norme che assicurano trasparenza e controlli, come anche alla limitatezza e predeterminazione del periodo di applicazione, pena l'impossibilità della misura in questione di essere annoverata tra quelle esentate dall'obbligo.

Ciò, tuttavia, non deve considerarsi risolutivo ed immutabile, in quanto l'aiuto può essere ugualmente concesso, soltanto che dovrà seguire l'ordinaria procedura di giudizio di compatibilità con il Tfue.

Dall'anno 2008 esiste, contrariamente al passato quando ne esistevano tante quante erano le tipologie di aiuti, un unico Regolamento generale di esenzione per categoria, ovvero il reg. (Ue) 651/2014 del 17 giugno 2014, in vigore dal 1° luglio 2014 fino al 31 dicembre 2020 e recentemente modificato con reg. (Ue) 2017/1084 del 14 giugno 2017 (il c.d. Gber) il quale prevede un'esenzione generalizzata per molti tipi di aiuto.

Ciò consente agli Stati membri di adottare aiuti senza l'obbligo di notifica, definendone le condizioni generali passibili di applicazione a tutte le categorie coinvolte.

Le tipologie di aiuto non soggette a notifica enumerate dal Gber – accanto agli aiuti a favore degli aeroporti regionali e agli aiuti a favore dei porti, introdotti dal regolamento di modifica 2017/1084 – sono quelli:

- a finalità regionale (investimenti, funzionamento e sviluppo urbano);
- a favore delle Pmi (investimenti, funzionamento, partecipazione a fiere, per progetti di cooperazione territoriale europea);
- alle Pmi per l'accesso al credito (capitale di rischio);
- alla ricerca, sviluppo e innovazione (R&S&I), infrastrutture di ricerca e poli d'innovazione;
- alla tutela ambientale;
- alla formazione;
- all'occupazione, solo in relazione a lavoratori svantaggiati o disabili;
- destinati a ovviare ai danni arrecati da determinate calamità naturali;
- a carattere sociale per i trasporti a favore dei residenti in regioni remote;
- per le infrastrutture a banda larga;
- per la cultura e la conservazione del patrimonio;
- a favore delle opere audiovisive;
- per le infrastrutture locali;
- per le infrastrutture sportive e le infrastrutture ricreative multifunzionali.

Non si applica, invece ad alcuni regimi appositamente previsti (a finalità regionali; per attività connesse all'esportazione presso Paesi terzi o s.m.; subordinati all'uso di prodotti nazionali rispetto a quelli di importazione) ed esclude dall'applicazione del Gber una serie di regimi e settori appositamente elencati.

Ovviamente, sempre per il latente effetto distorsivo della concorrenza che il riconoscimento di tali aiuti comporta, sono dettate delle condizioni da rispettare per ottenere l'esenzione ai sensi del Gber, sia di carattere generale, indicate in apertura di regolamento che specifiche, per ciascuna tipologia di aiuto come, ad esempio, il non superamento di determinate soglie di valore, che in caso contrario li assoggetta all'obbligo di notifica.

Ma anche l'obbligo di trasparenza, intendendo con tale definizione che si rinvia all'art. 5 del Gber, il caso in cui l'equivalente sovvenzione lordo, ovvero l'importo in cui consisterebbe l'aiuto se fosse erogato in danaro contante, non può essere calcolato *ex ante*, senza una preventiva valutazione del rischio.

La caratteristica assenza di un obbligo di notifica è temperata da una serie di attenzioni da parte della normativa e degli stessi Stati membri, obbligati dalla Commissione a garantire una dimostrazione della loro effettiva necessità per il raggiungimento dell'obiettivo dell'interesse pubblico al quale sono finalizzati, nonché l'indicazione della loro intensità, ovvero la percentuale dei costi ammissibili finanziati dall'aiuto, piuttosto che dell'importo.

Sono, altresì, dettate apposite disposizioni in materia di cumulo finalizzate ad evitare che le intensità massime di un determinato tipo di aiuto vengano superati con l'ottenimento di altri della stessa attività o impresa o progetti.

La maggiore trasparenza che tale tipologia di aiuti richiede deve essere assicurata da una capillare opera di pubblicazione per consentire un controllo diffuso, non soltanto da parte della Commissione, ma anche di altri soggetti beneficiari o aspiranti tali, che potrebbero derivarne una lesione alla propria posizione concorrenziale dovuta ad uno o più aiuti esentati dall'obbligo di notifica che non hanno osservato le condizioni per l'esenzione.

Gli Stati membri, quindi, faranno ricorso a sistemi di notifica elettronica, piuttosto che alla pubblicazione in siti web nazionali e/o regionali, curando di pubblicare tutte le informazioni in un arco temporale di 6 mesi dalla concessione degli aiuti o della concessione delle agevolazioni fiscali qualora rivestano tale forma, entro un anno dalla data prevista per la presentazione della dichiarazione fiscale e rendendoli disponibili per un periodo almeno decennale dalla data di concessione dell'aiuto.

Nell'ipotesi di violazione di questi astringenti obblighi di pubblicità, all'art. 10 il Gber prevede una sanzione consistente nello stabilire da parte della Commissione che tutti o parte dei futuri aiuti concessi dalla Stato membro interessato che, a rigore, rientrerebbero nel Gber dovranno essere soggette all'ordinaria procedura di notifica ai sensi dell'art.

108, par. 3, Tfeue, non senza comportare la decadenza dal beneficio dell'esenzione che, purtuttavia, può essere limitata a gruppi di aiuti, di beneficiari e/o di amministrazioni dello Stato membro interessato.

Nelle ipotesi, poi, in cui gli aiuti sono concessi sotto forma di aiuti fiscali, se non sussiste alcuna pre-verifica del rispetto delle condizioni per ciascun beneficiario, grava però sugli Stati membri l'onere di verifica periodica *ex post* a campione del rispetto delle condizioni di compatibilità, oltre a quello di conservare registri particolareggiati delle verifiche per almeno un decennio, fermo restando che la Commissione può richiedere a ciascuno Stato membro tutte le informazioni e la documentazione che ritiene opportuni per controllare la corretta applicazione del Gber.

5. *Gli aiuti temporanei, ovvero i temporary framework*

La Comunità europea per contrastare gli effetti economici e sociali provocati dalla recente pandemia ha adottato diverse misure di sostegno, tra cui ha autorizzato gli Stati membri ad adottare aiuti economici, in deroga all'ordinaria disciplina sugli aiuti di Stato con la Comunicazione della Commissione, "*Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak – COM 2020/C 91 I/01*".

Il *temporary framework*, che pure è stato esteso ed integrato svariate volte ed ha visto l'ultima proroga fino al 30 giugno scorso, tende ad una graduale eliminazione degli aiuti legati alla crisi a motivazione della ripresa dell'economia europea, mediante l'adozione di nuove misure di accompagnamento per le imprese con misure ammissibili fino al 31 dicembre 2022 e fino al 31 dicembre 2023, rispettivamente denominate "incentivi diretti per investimenti privati" e "misure di sostegno alla solvibilità".

Parallelamente è stata avviata dalla Commissione una revisione della disciplina non emergenziale sugli aiuti di Stato fino all'anno 2027, prorogando alcune norme la cui validità sarebbe, invece, scaduta alla fine del 2020, in modo da gestire correttamente il passaggio dalla fase di conduzione dell'emergenza a quella di attuazione delle misure per la ripresa.

Il *temporary framework* è stato approvato inizialmente con la comunicazione della Commissione del 19 marzo 2020, che ha ritenuto ammissibili previa notifica e fino al 31 dicembre 2020, le seguenti categorie di aiuti finalizzati a garantire liquidità di accesso ai finanziamenti alle imprese colpite dalle misure restrittive determinate dal Covid-19:

- aiuti di importo limitato, quali sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e di pagamento o altre forme;
- aiuti sotto forma di garanzie statali sui prestiti;
- aiuti sotto forma di tassi di interesse agevolati per i prestiti;
- aiuti sotto forma di garanzie e prestiti agevolati veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari;
- maggiore flessibilità nell'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

Poco dopo, il 28 marzo 2020, la Commissione ha modificato la comunicazione sulla valutazione degli aiuti di Stato al credito per l'esportazione per adeguarla all'aumentata rischiosità delle esportazioni nel contesto della crisi globale.

Sono seguite, poi, ben altre sei comunicazioni, che hanno portato alla proroga, dal 30 giugno 2022 al 30 giugno 2023, della possibilità per gli Stati membri di convertire gli strumenti rimborsabili concessi in forma di anticipi (rimborsabili), garanzie e prestiti, in altre forme di aiuto, come le sovvenzioni dirette e gli aiuti di importo limitato, nel rispetto delle condizioni ivi stabilite.

A corollario di tale disposto, si rinvengono nuove misure che vanno dal sostegno agli investimenti per una ripresa sostenibile, al sostegno alla solvibilità, al sostegno al credito all'esportazione a breve termine, nonché margini di flessibilità ai fini dell'applicazione degli orientamenti sul salvataggio e la ristrutturazione delle imprese non finanziarie in difficoltà, pur a fronte della vigenza delle disposizioni degli orientamenti, in particolare la necessità di un piano di ristrutturazione, il ripristino della redditività a lungo termine e la condivisione degli oneri.

6. *Gli aiuti illegali e gli aiuti incompatibili*

"*Gli aiuti illegali compromettono la competitività europea e il corretto funzionamento del mercato unico. Spetta agli Stati membri provvedere affinché tutte le misure di aiuto siano notificate e sia data immediata esecuzione alle decisioni di recupero. Confermo il mio impegno a lottare con tutti i mezzi disponibili contro gli aiuti illegali*" è quanto testualmente e senza mezzi termini, ha detto il Commissario responsabile della concorrenza richiamando, in estrema sintesi, quanto sancito dal Trattato Cee.

La differenza tra un aiuto illegale ed aiuto incompatibile è sancita dall'art. 108 del Tfeue, laddove il primo è definito come quello non notificato alla Commissione europea ed attuato in violazione di tale obbligo (art. 8, par. 3, Tfeue), mentre l'incompatibile quello dichiarato tale con il mercato interno, con decisione della Commissione europea a conclusione di un'indagine formale (art. 8, par. 2, Tfeue).

In materia di aiuti di Stato, infatti, l'art. 88, par. 3, del Trattato impone agli Stati membri dei precisi adempimenti che vanno dalla notifica delle misure alla Commissione prima di darvi esecuzione, all'obbligo di aspettare di ricevere l'esito dell'indagine della Commissione prima di dare attuazione alle medesime, pena l'illegittimità dell'erogazione della misura.

La finalità è sempre la salvaguardia del principio della concorrenza.

Un aggiornamento operato dalla Commissione europea del quadro di valutazione degli aiuti di Stato ha rilevato che gli aiuti illegali "*sono in generale molto più nefasti per la concorrenza e gli scambi, degli aiuti notificati*".

Lo studio ha analizzato circa 600 decisioni adottate dalla Commissione negli ultimi sette anni in materia di aiuti di Stato illegali e si è evinto che questi costituiscono un problema particolare nei grandi Stati membri (Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito, rappresentano circa il 73% dei casi di aiuti illegali) e nei settori dell'industria e dei servizi.

Ma soprattutto si è accertato che l'importo degli aiuti illegali effettivamente recuperato, pur se aumentato in maniera significativa negli ultimi anni, necessita ancora di ulteriori sforzi per garantire un'esecuzione immediata ed effettiva delle decisioni di recupero, atteso che la percentuale delle misure dichiarate incompatibili con il mercato unico è dieci volte superiore a quella delle misure di aiuto notificate.

Motivo per il quale la Commissione ha dovuto avviare un'approfondita indagine in circa il 40% dei casi di aiuti illegali – tre quarti dei quali hanno riguardato i 5 più grandi Stati membri dell'Ue-15, tra i quali il nostro con un 17% – e solo un 5% per quelli notificati, portando a registrare un tranquillizzante 95% dei casi che non necessitano di un approfondimento di indagine.

Altra percentuale piuttosto elevata risulta quella degli aiuti incompatibili – ovvero quelli non compatibili con il mercato interno a norma dell'art. 107 del Tfeue – in particolare nel settore dell'industria e dei servizi.

La Commissione, quindi, in seguito a denuncia oppure su iniziativa propria, comprese le misure notificate alla Commissione, ma attuate dagli Stati membri prima della sua decisione definitiva, ha adottato un rilevante numero di decisioni su casi di aiuti illegali.

Ciò ha portato ad un recupero sollecito e significativo mediante l'accelerazione dell'esecuzione delle decisioni di recupero che fanno obbligo agli Stati membri di riprendere dai beneficiari gli aiuti di Stato illegali e incompatibili esplicando, correlativamente, l'effetto di diminuire il numero dei casi in sospeso.

D'altronde l'effetto deterrente è in sé, atteso che se gli Stati membri non adottano tutte le misure disponibili per eseguire le decisioni di recupero entro un termine ragionevole, la Commissione adisce la Corte di giustizia europea per inadempimento, con conseguenti sanzioni.

Significativi a tal proposito i numeri.

A mero titolo esemplificativo, ma al contempo pregnante, alla fine dell'anno 2006 il recupero effettivo è Stato di circa 6 miliardi di euro di sola sorte capitale – più 2,1 miliardi di euro di interessi, mentre 1,2 miliardi di euro sono stati dichiarati persi in procedure fallimentari – che rappresentano il 71% dell'importo totale di aiuti da recuperare, rispetto al dicembre 2004, quando soltanto il 25% era stato rimborsato.

È convincimento della Commissione che ad aumentare la pressione sugli Stati membri, educandoli correlativamente ad una più corretta gestione degli aiuti *de quo*, sia stata la pronuncia giurisprudenziale c.d. Deggendorf.

7. La clausola Deggendorf

A seguito di pronuncia giurisprudenziale su un caso specifico – sentenza del 13 settembre 1996 nelle cause riunite T-244/93 e T-486/93, *Textilwerke Deggendorf GmbH (nota come TWD) c. Commissione*; sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1997 nella causa C-355/95 P, *TWD c. Commissione* – si è venuta a creare la c.d. giurisprudenza Deggendorf della Corte di giustizia europea, che ha portato la Commissione stessa alla sistematica sospensione dell'erogazione di nuovi aiuti, anche laddove compatibili, a favore delle imprese colpevoli di non aver rimborsato precedenti aiuti illegali e incompatibili.

La c.d. “*clausola Deggendorf*”, in buona sostanza, vieta l'erogazione di aiuti di Stato ad imprese che debbano restituire precedenti aiuti valutati dalla Commissione europea come illegali e/o incompatibili, ed ormai si rinviene nella maggior parte dei regimi di aiuto adottati dalle diverse amministrazioni, visto che è posta quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione in tutte le recenti decisioni della Commissione, ai sensi del Regolamento generale di esenzione per categoria n. 800/2008.

Sul sito dell'Agenzia delle entrate si legge: «*I soggetti pubblici che intendono concedere aiuti di Stato devono verificare che i beneficiari non rientrino tra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione della Commissione europea (c.d. “impegno Deggendorf”). A questo scopo le Amministrazioni pubbliche possono conoscere i beneficiari assoggettati al recupero degli aiuti di natura fiscale inviando apposita richiesta, tramite la propria Pec, all'indirizzo...».*

Ciò ha, quindi, comportato non soltanto una maggiore attenzione delle amministrazioni competenti, dovendolo applicare a tutte le situazioni per le quali la Commissione ha imposto il recupero, ma anche una più intensa efficienza nella gestione degli aiuti, evitando inutili appesantimenti burocratici per l'amministrazione e svantaggi per le imprese che non hanno contezza in tempo reale della propria situazione.

Le imprese, infatti, vengono a conoscenza dell'obbligo su di esse gravanti di restituire gli aiuti non già quando la Commissione li dichiara illegali e/o incompatibili, bensì quando ricevono la notifica di un'ingiunzione di pagamento (ovvero di restituzione di quanto percepito, magari, molti anni prima).

A giocare un ruolo nella vicenda non è, però, soltanto il tempo, bensì anche una questione di puro merito perché la decisione di illegalità/incompatibilità può non essere totale e *tranchante*.

Dall'annoso operato della Commissione, si traggono significativi esempi quali l'incompatibilità rinvenuta in alcuni casi e non in altri (come avvenuto, ad esempio, per i contratti di formazione e lavoro) o il fare salvo il ricorso al *de*

minimis a sanatoria, o ancora, l'esclusione dal recupero degli aiuti concessi a determinati soggetti (perché svolgono attività di "prossimità", o non in concorrenza internazionale, o perché sono qualificabili "organismi di ricerca", ecc.).

Tutto ciò ci porta a capire come l'impresa non possa avere contezza in tempo reale dell'effettiva situazione di "illegalità/incompatibilità", necessariamente rinviata al momento della ricezione della notifica dell'ingiunzione di recupero ricevuta dall'amministrazione che ha erogato l'aiuto.

Motivo per cui l'art. 1, c. 6, del succitato regolamento 800/2008 – accanto alla formula dettata per le amministrazioni affinché verifichino "*che le imprese beneficiarie non rientrano fra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto corrente bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero adottata dalla Commissione europea*" – richiede che nell'istanza le imprese dichiarino di non essere "*destinatari di un ordine di recupero pendente a seguito di una precedente decisione della Commissione che dichiara un aiuto illegale e incompatibile*", non già di dichiarare di non essere tra coloro che hanno ricevuto aiuti dichiarati illegali/incompatibili dalla Commissione.

Soltanto così è possibile che si assumano correttamente tutte le conseguenze di cui al d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445.

Ad ulteriore supporto di tale impostazione sovviene il 16° considerando del regolamento medesimo, ai sensi del quale "*tale disposizione non deve pregiudicare il legittimo affidamento dei beneficiari di regimi di aiuti che non sono destinatari di un ordine di recupero (ancorché il regime sia stato dichiarato illegale e incompatibile)*" perché ne vengono a conoscenza in un momento che può essere, anche di molto, successivo.

Quindi, l'eventuale postilla aggiunta nelle dichiarazioni dell'amministrazione, che, a volte, ha il seguente tenore: "*tale verifica è effettuata anche sulla base di dichiarazioni degli interessati*", deve intendersi soltanto nel senso suddetto.

L'inserimento, quindi, della clausola Deggendorf da parte dell'amministrazione competente tra le condizioni di ammissibilità, può essere inteso unicamente così, ovvero che viene subordinata la concessione di un'agevolazione o l'ammissibilità della domanda, alla circostanza non già che l'impresa richiedente non sia inadempiente rispetto agli obblighi "Deggendorf", ma che non abbia ricevuto alcun ordine di recupero.

Ad ulteriore sostegno, ancora, di quanto testé detto sovviene l'art. 1, par. 6, a), del regolamento succitato, che prevede, in pendenza di un ordine di recupero, l'esclusione del pagamento di un ulteriore aiuto e non già la concessione dello stesso, che invece rimarrà sospesa fino all'accertamento della reale situazione del pregresso aiuto.

Infine, un ultimo sostegno ci proviene dalla stessa pronuncia dei giudici della Deggendorf, ove si legge testualmente che "*La Commissione, pertanto, non abusa del potere discrezionale di cui essa dispone quando, chiamata a pronunciarsi sul progetto di aiuto che uno Stato membro intende concedere ad un'impresa, adotta una decisione la quale, nell'autorizzare detto aiuto, ne sospende però il versamento sinché l'impresa non abbia restituito un precedente aiuto illegittimo*".

E va da sé che l'impresa è in condizioni di restituire un precedente aiuto, eventualmente illegittimo, soltanto quando le viene comunicata la propria inadempienza tramite ingiunzione di pagamento regolarmente notificata, non prima.

8. La normativa

a) La l. n. 234 del 24 dicembre 2012 recante Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, all'art. 46, prevede il divieto di concessione di aiuti di Stato a imprese beneficiarie di aiuti di Stato illegali non rimborsati con la seguente formulazione (4):

"1. Nessuno può beneficiare di aiuti di Stato se rientra tra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999.

2. Le Amministrazioni che concedono aiuti di Stato verificano che i beneficiari non rientrino tra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999. A decorrere dal 1° gennaio 2017, la predetta verifica è effettuata attraverso l'accesso al Registro nazionale degli aiuti di Stato di cui all'articolo 52.

3. Le Amministrazioni centrali e locali che ne sono in possesso forniscono, ove richieste, le informazioni e i dati necessari alle verifiche e ai controlli di cui al presente articolo alle Amministrazioni che intendono concedere aiuti.

4. (Qualora la verifica di cui al comma 2 sia effettuata mediante l'acquisizione di dichiarazioni effettuate ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le Amministrazioni concedenti svolgono i prescritti controlli a campione sulla veridicità delle dichiarazioni medesime) (1). (1) Comma abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2017, dall'art. 14, comma 1, lett. a), n. 2 legge 29 luglio 2015 n. 115".

(4) V. anche l'art. 14, c. 2, della l. 29 luglio 2015 n. 115, in vigore dal 18 agosto 2015, modificato dalla l. 29 luglio 2015, n. 115, art. 14.

b) La comunicazione della Commissione europea del 15 novembre 2007, verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili (2007/C 272/05) che al primo punto dell'introduzione precisa: «*Nel 2005 la Commissione ha presentato il suo itinerario di riforma degli aiuti di Stato nel Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Il programma di riforma migliorerà l'efficacia, la trasparenza e la credibilità del sistema Ue degli aiuti di Stato. Il Piano di azione è incentrato sul principio "aiuti di Stato meno numerosi e più mirati". L'obiettivo centrale del Piano consiste nell'incoraggiare gli Stati membri a ridurre il livello globale di aiuti e a riorientare al contempo le risorse riservate agli aiuti di Stato verso obiettivi aventi un chiaro interesse comunitario. Per conseguire tale finalità la Commissione si impegna a continuare ad adottare un atteggiamento rigoroso nei confronti dei tipi di aiuto che provocano le maggiori distorsioni di concorrenza, in particolare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili.*».

Passa, poi, a fissare i principi della politica di recupero con una sua breve descrizione; le finalità ed i principi; la sua attuazione; il ruolo degli Stati membri; l'obbligo di dare esecuzione alle decisioni di recupero; le conseguenze della mancata esecuzione della decisione di recupero della commissione, fino ad indicare il procedimento d'infrazione, nonché da ultimo, l'applicazione della giurisprudenza Deggendorf.

Per concludere che «*Il mantenimento di un sistema di libera concorrenza senza distorsioni è uno dei fondamenti della Comunità europea. Nel quadro della politica di concorrenza europea, la disciplina degli aiuti di Stato è essenziale per garantire che nel mercato interno continuino a vigere condizioni di parità in tutti i settori economici in Europa. Rispetto a questo compito essenziale, la Commissione e gli Stati membri condividono la responsabilità di garantire la corretta attuazione della disciplina sugli aiuti di Stato e, in particolare, l'esecuzione delle decisioni di recupero.*».

Mediante la pubblicazione della presente comunicazione, la Commissione intende accrescere la consapevolezza dei principi della politica di recupero degli aiuti illegali e incompatibili, quali definiti dalle Corti comunitarie, e chiarire la prassi che essa segue in materia di politica di recupero. La Commissione si impegna a conformarsi ai suddetti principi testé ribaditi e invita gli Stati membri a chiedere consiglio ogniqualvolta incontrino difficoltà nell'esecuzione delle decisioni di recupero. I servizi della Commissione restano a disposizione degli Stati membri per fornire, se necessario, orientamenti e assistenza.

In cambio, la Commissione si attende dagli Stati membri il rispetto dei principi della politica di recupero. Soltanto grazie agli sforzi congiunti della Commissione e degli Stati membri, la disciplina in materia di aiuti di Stato potrà essere attuata e conseguire l'obiettivo auspicato, ossia il mantenimento di una concorrenza senza distorsioni nell'ambito del mercato interno».

9. Il Registro nazionale degli aiuti

L'istituzione del Registro nazionale degli aiuti (comunemente Rna) risponde pienamente all'esigenza di attuare i temi centrali della politica comunitaria del controllo e della trasparenza.

Più precisamente, il Rna, si legge nei siti istituzionali è «*un'importante azione di sistema realizzata con il cofinanziamento dell'Unione europea, Programma azione coesione complementare al Programma operativo nazionale governance e capacità istituzionale 2014-2020, Asse 2 – Miglioramento della governance multilivello e della capacità amministrativa e tecnica delle pubbliche amministrazioni nei programmi d'investimento pubblico – Azione 2.1.1 e Programma operativo nazionale governance e capacità istituzionale 2014-2020, Asse 3 – Obiettivo specifico 3.1 Azione 3.1.1*».

Istituito ad opera dalla legge europea 2014, presso la Direzione generale per gli incentivi alle imprese del Ministero dello sviluppo economico (Dgiai), il Rna si inserisce a pieno titolo nel Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato della Commissione, il quale prevede che, al fine del soddisfacimento delle condizionalità *ex ante* generali per l'utilizzo dei fondi strutturali e di investimento europeo (Sie), siano adottati una serie di dispositivi finalizzati a garantire la corretta applicazione delle norme dell'Unione in tema di aiuti di Stato.

Seppure la norma istitutiva sia entrata in vigore dal 18 agosto 2015, il Rna è operativo dal 12 agosto 2017, a seguito della pubblicazione in data 28 luglio 2017 di due norme fondamentali: il regolamento n. 115 del 31 maggio 2017 e il decreto del Direttore generale per gli incentivi alle imprese che ne disciplinano il funzionamento.

Con l'istituzione del Rna si rafforzano i concetti di pubblicità e trasparenza, in quanto consente di verificare che le tutte le agevolazioni pubbliche richieste siano state concesse nel pieno rispetto della normativa comunitaria e, soprattutto, di verificare il cumulo dei benefici o, nel caso degli aiuti *de minimis*, di conteggiare il massimale di aiuto concesso nel triennio previsto, come anche di conoscere i nominativi dei soggetti tenuti alla restituzione di un aiuto oggetto di decisione di recupero da parte della Commissione europea.

Nel Rna si rinvenono, infatti, informazioni afferenti:

- agli aiuti di Stato autorizzati dalla Commissione o concessi in base ad un regolamento di esenzione;
- agli aiuti *de minimis* concessi ai sensi del regolamento (Ue) 1407/2013;
- agli aiuti concessi a titolo di compensazione per i servizi di interesse economico generale, ivi compresi quelli in *de minimis* ai sensi del regolamento (Ue) 360/2012;
- ai soggetti tenuti alla restituzione degli aiuti dichiarati incompatibili in applicazione della cosiddetta "regola Deggendorf".

Si pone, quindi, quale valido ausilio per le amministrazioni pubbliche titolari di misure di aiuto in favore delle imprese, per l'effettuazione dei controlli amministrativi nella fase di concessione attraverso il rilascio di specifiche visure, attesa la possibilità di verificare l'elenco dei benefici che ciascun destinatario dell'aiuto ha fruito negli ultimi esercizi in qualunque settore.

È, infatti, previsto che ogni singolo provvedimento di concessione, per avere efficacia, debba indicare i codici identificativi riportati nel Registro.

Per i settori agricolo e forestale, invece, il Rna ha soltanto una funzione integrativa e di interoperabilità, atteso che gli aiuti di Stato in questi campi continuano ad essere disciplinati dai Registri dell'agricoltura e della pesca, siccome previsto dalla normativa europea di riferimento.

È notizia recentissima che per la prima volta l'Agenzia delle entrate – con il provvedimento n. 389471 del 18 ottobre 2022 – ha definito le modalità con cui rende disponibili sia dei contribuenti che della Guardia di finanza le informazioni afferenti la mancata registrazione nei registri tra i quali si rinviene il Rna (oltre a Sian e Sipa) degli aiuti di Stato e di quelli *de minimis* indicati nelle dichiarazioni dei redditi, Irap e mod. 770, relative al periodo di imposta 2018, ai fini dell'adempimento spontaneo previsto dall'art. 1, c. 636, della l. n. 190/2014 (5).

La scelta di questo periodo di imposta non è casuale in quanto è il primo ad aver previsto il prospetto aiuti di Stato nei modelli dichiarativi di cui al rigo RS401-RS402 dei modelli Redditi 2019.

10. *The distinct body*

All'interno di ogni amministrazione centrale o periferica dello Stato membro deve essere individuata una struttura tecnica consultiva che ha la precisa finalità di assicurare la valutazione *ex ante* delle richieste che possono configurare, ai sensi dell'art. 107, par. 1, Tfeue, un aiuto di Stato e mediante il rilascio di pareri facoltativi e non vincolanti che vengono richiesti dal dirigente responsabile del procedimento, ogniqualvolta nutra dubbi sulla presenza di aiuti di Stato in una misura.

La richiesta di parere deve essere effettuata mediante una relazione dettagliata che descrive l'intervento, sulla base di una scheda di istruzioni e delle motivazioni a sostegno della scelta di richiedere il parere, corredata dall'elencazione delle norme di riferimento, ma anche di eventuali bozze di deliberazione, di bandi e avvisi, di determinazioni, di decreti assessoriali relative all'istituzione e/o alla regolamentazione della misura di cui trattasi.

Il *distinct body*, nell'arco dei 30 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della richiesta di aiuto, se non ritiene che la misura rientri nel campo di applicazione, può rifiutarla, come anche chiedere ulteriore documentazione a supporto laddove quella allegata risulti insufficiente all'istruzione del rilasciando parere.

Previsto dall'accordo sottoscritto tra l'Italia e la Commissione europea del 3 giugno 2016 – il *Common Understanding* in materia di aiuti di Stato, la cui attuazione è affidata al Dipartimento politiche europee (Dpe) presso la Presidenza del Consiglio dei ministri – prende il nome di *distinct body*.

Il ruolo del *distinct body* è assolutamente incompatibile con qualunque attività di gestione delle misure di aiuto sia in fase concessiva che di erogazione delle risorse richieste dall'utente e non può operare neppure valutazioni di merito per la concessione delle misure medesime, essendogli riservata una funzione unicamente consulenziale con la quale confligge.

Funzione consultiva che si esplica nella valutazione (*ex ante*) dell'impatto che hanno le risorse pubbliche a vantaggio dei soggetti esercenti un'attività economica e della compatibilità della misura richiesta con il mercato interno, mediante il vaglio di documentazione quali bozze di deliberazioni della giunta regionale, bozze di bandi e avvisi, determinazioni dirigenziali, decreti assessoriali diretti ad istituire o regolamentare nuove misure di aiuto.

In una nota del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri (1731 P-4 del 15 febbraio 2017) avente ad oggetto “*Common Understanding per rafforzare gli assetti istituzionali per il controllo degli aiuti di Stato in Italia. Indicazioni per l'attuazione*”, accanto all'indicazione degli obiettivi, finalità ed ambito di applicazione del documento presentato come funzionale all'implementazione in Italia del processo di modernizzazione degli aiuti di Stato, si rinviene un'apposita sezione dedicata alla figura del *Distinct body*.

Nella nota testualmente si legge: “il Common Understanding prevede che si individuino *distinct bodies* all'interno delle amministrazioni centrali e regionali concedenti aiuti di Stato, col compito di contribuire alla preparazione delle loro decisioni attraverso una disamina delle proposte di misure che prevedono la concessione di risorse pubbliche e la loro possibile natura di aiuto di Stato. In caso di dubbio sulla presenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, comma 1, del Tfeue, le amministrazioni richiedono il parere del *distinct body* al livello appropriato. Inoltre, è previsto che, in caso di notifica, la misura di aiuto sia accompagnata dalla valutazione del *distinct body* in ordine alla adeguata compilazione del formulario di notifica.

(5) Così recita il c. 636: “Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate sono individuate le modalità con cui gli elementi e le informazioni di cui ai commi 634 e 635 sono messi a disposizione del contribuente e della Guardia di finanza. Il provvedimento di cui al primo periodo indica, in particolare, le fonti informative, la tipologia di informazioni da fornire al contribuente e le modalità di comunicazione tra quest'ultimo e l'amministrazione, assicurate anche a distanza mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie, i livelli di assistenza e i rimedi per la rimozione delle eventuali omissioni e per la correzione degli eventuali errori commessi”.

Il distinct body è, quindi, da intendersi quale unità organizzativa chiaramente individuata all'interno dell'amministrazione e distinta dagli uffici che predispongono la misura".

Per continuare, poi, con l'indicazione dei compiti che gli sono riservati, nonché con la guida corretta alla compilazione della scheda aiuti di Stato/*check list* che l'amministrazione è tenuta a redigere, tenendo conto della comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato e della giurisprudenza europea in materia.

11. Il recupero

Il *file rouge* della tematica che stiamo affrontando è, senza dubbio, il rispetto del principio della concorrenza, che non viene meno neppure nell'ultima fase dell'intera procedura, laddove, semmai, si rafforza e diventa pienamente operativo: il recupero degli aiuti illegali.

L'azione di recupero ha, infatti, proprio l'obiettivo di ripristinare la concorrenza con oggettiva imparzialità.

In questa importante operazione, fondamentale è il ruolo svolto dai giudici nazionali in sinergia con la Commissione che ha destinato loro svariati documenti contenenti le prassi da seguire per una più efficiente gestione degli aiuti, ma soprattutto al preciso fine di scongiurare le conseguenze negative che possono derivare dalla loro mancata attivazione, nonché una guida pratica – contenente (come si legge sul sito del dipartimento) in forma schematica le informazioni in merito a fonti normative; finalità, principi e modalità del recupero; ricorsi dinanzi ai giudici Ue e nazionali; effetti della mancata esecuzione – consegnata a tutti gli Stati membri per una sua ampia diffusione e che si affianca alla comunicazione della Commissione del 2007 (2007/C 272/05) sul medesimo oggetto.

Significativa a tal fine la comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, che è dichiaratamente emanata al fine di assistere i giudici nazionali nell'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato; non è vincolante per i giudici nazionali e non ne pregiudica l'indipendenza, né incide sui diritti e gli obblighi degli Stati membri e delle persone fisiche e giuridiche derivanti dal diritto comunitario

Innanzitutto, le norme.

Disciplinano l'attività *de qua* i seguenti provvedimenti:

- a) art. 108, par. 2 e 3, Tfu;
- b) reg. (Ue) 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015, “*Modalità di applicazione dell'art. 108 Tfu*”;
- c) reg. (Ce) 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, modificato dal reg. (Ce) n. 271/2008 della Commissione del 30 gennaio 2008;
- d) comunicazione della Commissione 272/05 (G.U.U.E. C 272/4 del 15 novembre 2007): “*Verso l'esecuzione delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali ed incompatibili*”;
- e) comunicazione della Commissione 85/01 (G.U.U.E. C 85/01 del 9 aprile 2009), “*Applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*”;
- f) comunicazione Ce, recupero aiuti illegali e incompatibili (2019);
- g) comunicazione Ce, applicazione norme giudici nazionali;
- h) sentenza Deggendorf;
- i) art. 46, c. 1, l. n. 234/2012;
- j) art. 48 l. n. 234/2012.

Nel nostro Paese a disciplinare il recupero degli aiuti illegali e incompatibili è la l. n. 234/2012, che all'art. 48, c. 3, affida a ciascuna regione il compito di determinare, attraverso strumenti legislativi e amministrativi, i soggetti attributari delle competenze relative alle diverse fasi della procedura di recupero oltre alle modalità organizzative con cui eseguire, con immediatezza ed effettività, le decisioni di recupero.

L'art. 46, invece, si fa carico di attuare la giurisprudenza Deggendorf, prevedendo il divieto di erogare nuovi aiuti alle imprese che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione della Commissione europea, restando sempre a carico delle amministrazioni di verificare l'esistenza di procedure di recupero in corso in capo al potenziale beneficiario al momento dell'erogazione di aiuti di Stato o aiuti *de minimis*.

Ai sensi dell'art. 108, par. 3, Tfu, *illegali* sono gli aiuti di Stato che non sono stati notificati alla Commissione europea ed attuati in violazione dell'obbligo di notifica, mentre *incompatibili*, ai sensi art. 108, par. 2, Tfu, sono quelli dichiarati tali con il mercato interno con decisione della Commissione europea, a conclusione di un'indagine formale, con cui si può disporre il recupero presso il beneficiario per ripristinare, così, la libera concorrenza.

In entrambi i casi, si versa in una situazione di irregolarità che deve essere sanata e, quindi, laddove se ne rinvergono i presupposti, il recupero, ai sensi dell'art. 16 del regolamento 2015/1589, deve essere operato senza indugio ed esitazioni, nel termine indicato nella decisione medesima e con le modalità indicate dalla legislazione nazionale che, sebbene goda di una certa autonomia procedurale, laddove contenga delle norme che impediscono un'esecuzione immediata ed effettiva, devono essere disapplicate.

Soltanto in tal modo si assicura il ripristino dello *status quo ante* sul mercato.

Quale naturale conseguenza del recupero, gli interessi sono calcolati al tasso stabilito dalla Commissione (che, comunque, è soggetto ad aggiornamento annuale puntualmente pubblicato e reso noto), con decorrenza dal giorno in cui l'aiuto è Stato dichiarato disponibile per il beneficiario, fino al recupero totale.

È in facoltà della Commissione adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea per invocare una sentenza di accertamento dell'inadempimento di uno Stato membro, qualora non si conformi ad una sua decisione entro il termine dalla stessa stabilito.

Tale procedura può essere assolutamente reiterata in ipotesi di ulteriore inerzia dell'autorità nazionale per ottenere una nuova pronuncia della Corte che, questa volta, sarà di condanna dello Stato e gravida di ingenti sanzioni economiche non quantificabili astrattamente perché il carattere forfettario della cifra e della sanzione a titolo di mora applicate dipendono da gravità, reiterazione e persistenza dell'inadempimento.

La sinergia tra Commissione europea e giudice nazionale, ancor prima che normativamente prevista, sembrerebbe quasi intuitiva, ma pur sempre nel pieno riguardo dei rispettivi ruoli che definiscono compiti e adempimenti conseguenti.

Così, mentre alla Commissione spetterà vagliare la compatibilità, al giudice nazionale spetterà sanzionare la violazione dell'art. 108, par. 3, magari ordinando la sospensione dell'aiuto e il recupero di misure provvisorie, laddove stimi probabile un tempo piuttosto lungo per decidere definitivamente il merito della questione.

L'adozione di misure provvisorie, tuttavia, è subordinata ad alcune condizioni che vanno dalla certezza della qualifica di aiuto di Stato per la prebenda in questione, alla circostanza che sta per essere eseguito o è stato già versato, passando per l'assenza di circostanze eccezionali che rendono inopportuno il recupero.

In caso contrario, il giudice nazionale deve rigettare la domanda di sospensione provvisoria.

Può, altresì, controllare la legittimità formale di un atto nazionale diretto a recuperare un aiuto di Stato illegittimo ma, al contempo, deve garantire la piena effettività della decisione che ordina il recupero e adottare una soluzione conforme alla sua finalità.

Nelle cause C-210/09, *Scott e Kimberly Clark*, e C-305/09, *Com. c. Italia*, è chiaramente emerso l'incompatibilità con il diritto dell'Eu dell'annullamento di un provvedimento nazionale di esecuzione di una decisione della Commissione con cui si ordina il recupero dell'aiuto illegittimo, che osta all'esecuzione immediata ed effettiva di detta decisione.

I compiti ed i poteri del giudice nazionale variano in relazione alle fasi della procedura seguita dalla Commissione.

Quindi, se questa ha adottato una decisione che ordina il recupero, al giudice nazionale residua ben poco, dovendo assicurare il rispetto del principio di effettività.

Abbiamo visto avanti che l'art. 14, n. 3, del reg. 659/1999 impone agli Stati membri di dare esecuzione alle decisioni di recupero senza indugio.

Per il recupero, la competenza è riservata al giudice nazionale, che opererà secondo la normativa del proprio ordinamento assicurando il principio di effettività, ovvero l'esecuzione immediata ed effettiva del recupero, perfino disapplicando una norma interna confliggente con tale finalità.

Nella giurisprudenza comunitaria, si ricorda in proposito la causa C-232/05, *Scott*, laddove una procedura prevista dalla normativa interna della Francia (ed effettivamente seguita) per disporre automaticamente l'effetto sospensivo dei ricorsi proposti contro i titoli di riscossione emessi in vista del recupero di un aiuto, ha portato la Corte europea a statuire che non consentendo l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione adottata dalla Commissione, violava gli obiettivi perseguiti dalle regole europee sugli aiuti, impedendo, di fatto, l'immediato ripristino della situazione *quo ante* e prorogando il vantaggio indebito.

Si è, infatti, già detto che al giudice nazionale è consentito di vagliare la legittimità formale di un atto interno che sia finalizzato al recupero di un aiuto di Stato illegittimo, ma sempre nel totale rispetto del principio della piena effettività della decisione che dispone il recupero.

In una parola, agire in conformità con la decisione della Commissione per consentirle di raggiungere la finalità recuperatoria che si è prefissa, pena l'incompatibilità con il diritto dell'Eu di un atto interno di annullamento dell'esecuzione della decisione della Commissione che ordina il recupero dell'aiuto illegittimo.

Diverso è se:

- a) la Commissione ha già adottato una decisione che dichiara l'aiuto compatibile;
- b) ha aperto la procedura d'indagine formale.

Nel primo caso, il giudice nazionale ha un maggiore margine di azione in quanto, pur non essendo obbligato ad ordinare il recupero dell'aiuto concesso, è in sua facoltà procedervi, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione all'aiuto in un momento successivo.

Ciò che invece il diritto unionale gli impone è di esigere, dal beneficiario dell'aiuto, gli interessi per tutto il periodo dell'illegalità ed accogliere le istanze di risarcimento danni che sono stati causati dall'illegittimità dell'aiuto (ad es., ai contribuenti, a colui che ne avrebbe avuto legittimamente diritto, ecc.).

Nel secondo caso – che, ricordiamo, potrebbe concludersi anche con una decisione di disporre il recupero dell'aiuto ritenuto incompatibile ai sensi dell'art. 108, par. 2, Tfeue, presso il beneficiario – il giudice nazionale può decidere di

sospendere l'esecuzione della misura in atto e di ingiungere il recupero delle somme già versate, ma anche di adottare misure provvisorie per salvaguardare, al contempo, sia gli opposti interessi delle parti coinvolte, sia la finalità della decisione adottata dalla Commissione europea di avviare il procedimento di indagine formale.

In caso in cui nutra dubbi sulla natura di aiuto di Stato del beneficio in oggetto o sulla validità della decisione di avviare il procedimento di indagine formale (ma anche semplicemente sulla sua interpretazione), il giudice nazionale può chiedere chiarimenti alla Commissione europea e finanche avanzare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Contro le decisioni di recupero e le richieste di misure cautelari (provvisorie, sospensiva) il Tfu, rispettivamente agli artt. 263 e 278, prevede la possibilità di adire i giudici Ue mediante la proposizione di apposito ricorso che, purtuttavia, non ne sospende l'esecuzione a livello nazionale.

Il giudice nazionale non è competente a giudicare la validità delle decisioni di recupero e se una sentenza nazionale è adottata in violazione del diritto dell'Unione europea, lo Stato membro ha l'obbligo di impugnarla.

Significativa, a tal proposito, la sentenza della Corte europea nella causa C 507/08 su ricorso della Commissione, che chiedeva di dichiarare la violazione degli obblighi incombenti allo Stato membro (nello specifico la Repubblica Slovacca) in forza dell'art. 249, c. 4, Tce e dell'art. 2 della decisione della Commissione, a cui lo stesso non aveva dato esecuzione relativamente ad un aiuto di Stato.

In tale occasione la Corte ha statuito che «*Qualora sopravvengano difficoltà d'esecuzione, la Commissione e lo Stato membro devono collaborare in buona fede, in forza della regola che impone agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione europea doveri reciproci di leale collaborazione, regola che informa soprattutto l'art. 4, n. 3, TUE, onde superare tali difficoltà nel pieno rispetto delle norme del Trattato FUE e, soprattutto, di quelle relative agli aiuti di Stato.*

Invero, nel contesto della normativa dell'Unione e, in particolare, alla luce del tredicesimo "considerando" e dell'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999, relativo all'applicazione dell'art. 88, CE, la finalità di una siffatta decisione della Commissione consiste nel ripristino di una concorrenza effettiva, sicché tale decisione obbliga lo Stato membro destinatario ad ottenere effettivamente e senza indugio la restituzione dell'aiuto di Stato illegittimo.

Uno Stato membro che, sulla base di una decisione della Commissione che accerta l'esistenza di un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, sia obbligato a recuperare aiuti illegittimi è libero di scegliere i mezzi con cui adempierà tale obbligo, a condizione che le misure scelte non pregiudichino la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione. Il diritto dell'Unione, quindi, impone l'obbligo di adottare tutte le misure idonee a garantire l'esecuzione delle decisioni della Commissione che impongono il recupero di un aiuto illegittimo, fermo restando il rispetto delle peculiarità delle diverse procedure previste dagli Stati membri in tale materia.

In particolare, relativamente alla questione se il carattere definitivo di una pronuncia giurisdizionale nazionale che, nel contesto di un procedimento di amministrazione controllata, approva un concordato comportante la parziale rinuncia ad un credito pubblico – rinuncia successivamente qualificata dalla Commissione come aiuto di Stato – possa ostare al recupero di tale aiuto, il diritto dell'Unione non impone sempre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, anche quando ciò permetterebbe di rimediare ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale pronuncia. Tuttavia, quando le autorità dello Stato membro in questione dispongono di strumenti del diritto nazionale che, se utilizzati in modo diligente, avrebbero potuto offrire a tale Stato la possibilità di recuperare l'aiuto in oggetto e detto Stato non produce elementi sufficienti che facciano ritenere che esso abbia intrapreso, entro il termine impartito, tutte le azioni in suo potere per ottenere il rimborso dell'aiuto illegittimo, detto Stato deve essere considerato inadempiente nei confronti degli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 249, quarto comma, CE e della decisione della Commissione».

In alcuni casi debitamente giustificati – ad esempio, quando la decisione di recupero sia ancora passibile di ricorso, magari perché lo Stato membro contesta la quantificazione dell'importo dell'aiuto – lo Stato membro può accettare il rimborso provvisorio degli aiuti da recuperare nella misura in cui sia possibile garantire la completa eliminazione, anche provvisoria, dell'alterazione della concorrenza determinata dall'aiuto nel mercato interno accertandosi, però, che il beneficiario non goda più delle risorse e giustificando alla Commissione la necessità dell'adozione di tali misure provvisorie con una esaustiva indicazione e spiegazione delle stesse.

Il versamento dell'importo totale dell'aiuto, compresi gli interessi di recupero, ad esempio su un deposito a garanzia, può essere un utile mezzo di risoluzione della vicenda, magari facendolo oggetto di uno specifico accordo, firmato tra il beneficiario e lo Stato membro (o anche una banca o un amministratore fiduciario), mediante il quale le parti convengono che l'importo depositato sarà sbloccato a favore dell'una o dell'altra parte a seconda dell'esito finale del contenzioso.

Così, laddove la sentenza definitiva dell'Ue accolga solo parzialmente la decisione di recupero – e, quindi, un importo più contenuto – i fondi tenuti a titolo di garanzia, compresi eventuali utili o perdite, devono essere trasferiti, proporzionalmente, allo Stato membro interessato e al beneficiario dell'aiuto.

Non così la prestazione di garanzia per il futuro pagamento (o un pagamento dilazionato a rate) che non può essere considerata adeguato provvedimento provvisorio in quanto l'importo della misura percepita resta nella disponibilità del

beneficiario e, quindi, conserva un'alea di incertezza e volatilità e contrastano pienamente con il principio dell'immediatezza del recupero.

In tema di recupero di aiuti illegittimi, non può certo trascurarsi la voce interessi.

Ai sensi dell'art. 16, par. 2, del Regolamento di procedura, all'aiuto da recuperare a seguito di una decisione, si aggiungono gli interessi che decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario fino alla data del recupero e, nel caso di decisioni soggette a contenzioso giudiziario, gli interessi sono calcolati anche con riferimento ai periodi durante i quali la decisione è stata sospesa con ordinanza dal giudice adito o annullata da una sentenza di primo grado successivamente ribaltata dalla Corte di giustizia.

Indicativa, a tal proposito, la sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008, *CELF e ministre de la Culture et de la Communication* (CELF I), C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79.

Pur se il criterio di calcolo degli interessi da recuperare è specificamente indicato nel Regolamento di esecuzione, la competenza a quantificarne l'esatto ammontare rientra, comunque, in quella dello Stato membro.

Tra le varie ipotesi che possono verificarsi, non può sottacersi la possibile insolvenza del beneficiario dell'aiuto che, comunque, non pregiudica l'obbligo di recupero in quanto subentrano le norme afferenti la legislazione fallimentare nazionale – sempre a condizione che non pregiudichino l'interesse comunitario – che consente di considerare la liquidazione del beneficiario e la cessazione della sua attività quali alternative al recupero integrale, ponendo i crediti derivanti dal recupero con un identico ordine di importanza dei restanti crediti nazionali.

Ciò naturalmente presuppone l'intervento di un curatore fallimentare che si occupi del trasferimento delle somme a condizioni di mercato, il cui operato può essere gravato da parte degli Stati membri laddove questi si rifiutano di iscrivere i crediti derivanti dal recupero o lo faccia secondo una priorità errata o consenta il proseguimento dell'attività senza un recupero completo (il che impedirebbe la fine della distorsione della concorrenza, motivo principe dell'accettazione di tale modalità alternativa) o autorizzi il trasferimento delle somme a condizioni inferiori a quelle di mercato o, ancora, come nel caso di cui alla sentenza succitata (C-507/08) accetti transazioni con i creditori che potrebbero ridurre il credito derivante dal recupero a tutto vantaggio di crediti meno prioritari.

12. Le responsabilità

Dalla lettura combinata di norme a disciplina dell'erogazione degli aiuti pubblici e giurisprudenza comunitaria, si evincono alcune caratteristiche che richiamano l'attenzione di utenti ed amministratori sulle possibili conseguenze di una gestione non corretta delle risorse erogate.

In una parola, sulle eventuali responsabilità che possono derivare da una loro illegittima amministrazione.

È pur vero che in materia, per le questioni di puro merito la competenza è riservata al giudice amministrativo, ma altrettanto vero è che, sullo stretto piano della responsabilità amministrativa, la competenza, *ratione materiae*, è del giudice contabile.

La giurisprudenza in proposito non risulta particolarmente copiosa in quanto la rigida procedura per l'ottenimento degli aiuti *de quo*, che fa obbligo agli Stati membri di seguire il protocollo imposto dalla Commissione europea, funge da barriera contro eventuali abusi, colposi o dolosi che siano.

Purtuttavia, in via (quantomeno) meramente accademica, v'è da rilevare che trattandosi di aiuti interamente connotati dalla pubblicità delle risorse, oltre che della pubblicità del soggetto erogante, un possibile interessamento del giudice contabile non è poi così peregrino come può sembrare.

È appena il caso di ricordare che in presenza di alcuni presupposti legislativamente previsti, al pubblico ministero contabile italiano è fatto obbligo di perseguire la commissione di un danno erariale.

Senza diffondersi lungamente in materia – che richiederebbe una trattazione a sé dell'argomento per le implicazioni di carattere giurisprudenziale ed interpretativo delle norme che disciplinano il settore – nella presente trattazione è sufficiente ricordare che una non corretta gestione del danaro pubblico può esporre, a diverso titolo, tutti gli attori della richiesta di aiuto, ognuno dei quali risponderebbe – secondo il dettato della legge (6) – per la parte che vi ha preso, intendendo con tale locuzione una compartecipazione al risarcimento di tutti gli attori coinvolti.

Il danno erariale – il quale si concreterebbe pacificamente in un'ipotesi del genere – è la lesione all'interesse pubblico finanziario arrecata da un pubblico dipendente o da un soggetto collocato di fatto all'interno della fase decisionale del procedimento amministrativo, per la quale si radica la giurisdizione della Corte dei conti, laddove si rinverga oltre agli elementi costitutivi della responsabilità erariale, anche l'elemento psicologico del dolo o della colpa grave.

Il pregiudizio erariale che, di base, si snoda nella doppia tipologia di danno diretto e/o indiretto a seconda se è causato direttamente dal soggetto responsabile all'amministrazione pubblica o ad un terzo che l'amministrazione pubblica ha dovuto risarcire, può essere declinato in svariate forme alcune delle quali, ben si attagliano anche alla sfera degli aiuti di Stato.

Il concetto di danno erariale – non codificato né codificabile per precisa scelta legislativa – è qualunque pregiudizio che si arreca alle finanze pubbliche sotto le più svariate forme, più note ed intuitive, quali le mancate entrate e/o le

(6) L'art. 1, c. 1-*quater*, della l. n. 20/1994, infatti, dispone che “se il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti valuta le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso”.

omesse riscossioni, ma anche più articolate come possono essere gli sgravi fiscali o, per l'appunto, la concessione di aiuti (sotto le più ampie forme) a soggetti che laddove ne beneficino illegittimamente, lo concretizzano appieno.

La responsabilità amministrativo-contabile sostanzialmente non differisce dalla ordinaria responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c., se non per la particolare qualificazione dell'autore del danno, che deve essere un dipendente pubblico o legato alla p.a. da un rapporto di servizio; per la natura pubblica del soggetto danneggiato e per la causazione del danno nell'esercizio di pubbliche funzioni oppure in circostanze caratterizzate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

Ma dopo un'innovativa pronuncia della Corte di cassazione, anche i privati possono essere chiamati a rispondere del danno erariale causato alle pubbliche finanze.

Con una delle più note pronunce – la n. 4511 del 1° marzo 2006 a cui molte altre sono seguite – le Sezioni unite hanno individuato la linea di demarcazione tra la giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in tema di danno erariale.

Prendendo le mosse da un ricorso presentato dalla procura regionale della Corte dei conti per l'Abruzzo, avente ad oggetto l'indebita richiesta e conseguente corresponsione del finanziamento ad una società per la realizzazione di un impianto per l'innevamento programmato da eseguirsi in una località sciistica della regione, la Cassazione statuisce che ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e l'incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile (*ex plurimis*, Cass., S.U., nn. 8450/1998, 926/1999, 11309/1995) (7).

Una gestione non corretta degli aiuti pubblici, allora, va da sé che incardina a pieno titolo la giurisdizione del giudice contabile nazionale.

Un ampio spazio di competenza, infine, lo evoca il danno alla concorrenza (molto attenzionato nel settore degli aiuti di Stato, come avanti visto), altrimenti detto "*da perdita di chance*", di cui molto si è occupato il giudice contabile e che raffigura il danno subito dall'amministrazione quando si violano le regole della trasparenza.

Nato in via pretoria per l'avvenuta violazione degli obblighi di osservare le regole di evidenza pubblica nell'assegnazione degli appalti pubblici (acquisto di beni o servizi), ben si presta ad una sua mutazione nel settore degli aiuti pubblici per l'assonanza di svariati elementi sopra succintamente esaminati, ma che richiederebbero un'approfondita trattazione a sé stante.

13. Conclusioni

Da un articolo di stampa dello scorso anno pubblicato su un quotidiano economico di grande rilievo e tiratura veniva rilevato che negli ultimi anni era stata registrata un'inversione di tendenza (in peggio) per quanto riguarda il nostro Paese in tema di procedure di infrazione del diritto europeo, che lo faceva collocare al primo posto per numero di casi pendenti o definitivamente giudicati dalla Corte di giustizia europea.

Ciò in assoluta controtendenza rispetto al passato (periodo preso a confronto tra il 2011 ed il 2017), quando rimaneva pur sempre al di sopra della media europea.

(7) Con atto di citazione in data 8 maggio 2003, la procura regionale della Corte dei conti presso la Sezione giurisdizionale per l'Abruzzo contestava l'illegittima erogazione di fondi pubblici, intervenuta nel luglio 1999, nell'ambito del finanziamento finalizzato all'attuazione del programma operativo multiregionale Patti territoriali per l'occupazione, a valere sugli accordi con l'Unione europea nel contesto dell'obiettivo 1, sottoprogramma n. 9 Sangro-Aventino di cui al d.m. tesoro, bilancio e programmazione economica n. 967 del 29 gennaio 1999, già approvato dalla Commissione della Comunità europea.

In particolare, le contestazioni della procura avevano ad oggetto l'indebita richiesta e conseguente corresponsione del finanziamento di lire 355.200.000 alla società S. per la realizzazione di un impianto per l'innevamento programmato da eseguirsi in Roccaraso (AQ).

Dagli accertamenti eseguiti era, infatti, emerso che, nonostante il progetto ammesso al finanziamento prevedesse l'installazione di macchinari nuovi di fabbrica, 24 macchine erano state, invece, acquistate dalla S. sin dal 2 dicembre 1997 e, successivamente, previo finalizzato ritorno, simulatamente riacquistate in data 23 novembre 1996.

Ciò premesso, considerato che il danno denunciato era stato reso possibile anche per la carente attività di controllo dell'istituto di credito concessionario, il procuratore regionale conveniva in giudizio la società S. quale responsabile diretta a titolo di dolo, e l'Intesa Bci Mediocredito s.p.a. quale responsabile in via sussidiaria, chiedendone la condanna al pagamento, in favore della Regione Abruzzo, ciascuno della medesima somma di euro 183.455,50.

Con atto notificato il 10 dicembre 2003 la società S. ha proposto istanza di regolamento di giurisdizione, deducendo l'insussistenza della giurisdizione contabile stante la sua estraneità all'organizzazione amministrativa e, comunque, ritenendo escluso il rapporto di servizio in quanto l'erogazione di fondi pubblici costituiva semplicemente lo strumento per lo svolgimento di un'attività privata, in tale modo sovvenzionata.

Tre delle sei procedure – che complessivamente sono costate all’Italia una spesa all’incirca di 750 milioni di euro, facendole conseguire il primato tra i Paesi europei – hanno riguardato il mancato recupero degli aiuti di Stato.

Senza voler troppo indugiare sulla ricostruzione della procedura – che si compone di una fase precontenziosa nella quale viene data allo Stato in difetto la possibilità di un’anticipata difesa, ed una giudiziaria che è la vera fase processuale che porta all’emissione di una pronuncia dichiarativa del rigetto o della conferma del contestato inadempimento – è sufficiente ricordare che in questa seconda ipotesi lo Stato è tenuto a conformarsi alla sentenza emessa ponendo, così, fine all’abuso perpetrato.

Qualora ciò non accada, il nuovo intervento della Commissione determina l’applicazione delle sanzioni.

Prima di qualsivoglia considerazione di merito, la lettura dei numeri in possesso delle fonti ufficiali può aiutarci a capire il perché dei nostri desiderata, *de iure condendo*.

Dall’esame sistematico ed analitico dei dati a disposizione si evince che, dal confronto delle materie oggetto della procedura di infrazione a nostro carico e quelle aperte a livello Ue, le posizioni sono sostanzialmente in linea.

Dove, invece, l’Italia presenta una frequenza relativa maggiore rispetto al resto dell’Unione europea è proprio nell’area “Concorrenza ed aiuti di Stato” (insieme all’area “Fiscalità e dogane”).

E, precisamente, le sentenze afferiscono al mancato recupero di aiuti di Stato concessi a favore:

a) dell’occupazione, sotto forma di sgravi contributivi riconosciuti in favore di imprese che assumevano, con contratti di formazione e lavoro, persone disoccupate (sentenza C-496/09).

La Commissione ne ha riconosciuto lo *status* di aiuto, ma ne ha dichiarato l’illegittimità da più di un ventennio con la decisione n. 2000/128/Ce, senza che, purtroppo, il nostro Paese ne recuperasse interamente le somme dalle imprese che ne avevano beneficiato, costringendo, così, la Corte ad intervenire con due sentenze di condanna, una nell’anno 2004 e l’altra nell’anno 2011.

Questo secondo intervento si è reso necessario in quanto, nonostante la prima sentenza avesse imposto il recupero integrale dei circa 280 milioni di aiuti erogati, solo 52 erano stati fino a quel tempo recuperati;

b) di alcune imprese di Venezia e Chioggia, sotto forma di riduzioni e sgravi di oneri sociali che l’Italia ha accordato tra il 1995 e il 1997, e che la Commissione ha riconosciuto come aiuti con una decisione del 1999, nella quale si richiedeva il loro recupero integrale, senza che, però, il nostro Paese desse seguito alla decisione, tanto da portare alla condanna sia in primo grado nel 2011 che in secondo nel 2015 (C-367/14);

c) di imprese alberghiere della Sardegna, pari a circa 13,7 milioni di euro (C-576/18).

In questo caso, pur a fronte del riconoscimento da parte della Corte dell’effettivo recupero di una parte consistente degli aiuti, è stata comunque rigettata la tesi avanzata dall’Italia secondo cui la parte di aiuti ancora non riacquistata fosse impossibile da recuperare.

Dall’estrapolazione dei dati forniti dall’Osservatorio Cpi e da quelli in possesso della Corte di giustizia europea si evince – con riferimento alle procedure con sentenza di seconda condanna all’Italia – la seguente situazione:

Procedura	Sentenza	Sanzione forfettaria	Sanzione penali
Recupero aiuti per l’occupazione (2007/2229)	C-409/09 (17/11/2011)	€ 30.000.000 <i>una tantum</i>	Variabile in base agli aiuti recuperati semestralmente
Recupero aiuti a imprese di Venezia e Chioggia (2012/2202)	C-367/14 (19/9/2015)	€ 30.000.000 <i>una tantum</i>	€ 12.000.000 a semestre fino ad adempimento
Recupero aiuti ad alberghi in Sardegna (2014/2140)	C-576/18 (12/3/2020)	€ 7.500.000 <i>una tantum</i>	€ 80.000,00 per ogni giorno di ritardo fino ad adempimento

Complessivamente in un decennio, nel confronto europeo, il nostro Paese ha dovuto versare la maggior somma di tutti gli altri Paesi europei.

Anche se le sentenze maggiormente onerose riguardano l’ambiente (in particolare discariche abusive ed emergenza rifiuti in Campania), che è argomento che esula dalla nostra trattazione, va comunque rilevata l’importanza della somma, che ha comportato complessivamente un esborso indebito per più di 750 milioni di euro, di cui 152 versati per sanzioni forfettarie e circa 600 a titolo di penali.

Un dato, poi, decisamente non encomiabile è dato dal comportamento dell’Italia che non sempre paga con regolarità le penali che deve all’Europa, e questo ha consegnato un dato fortemente altalenante nella registrazione dei pagamenti relativi alle singole sentenze.

Absolutamente significativo, a tal proposito, è il caso della sentenza del 2015 relativa al recupero degli aiuti di Stato concessi alle imprese di Venezia e Chioggia, la quale richiedeva al nostro Paese la corresponsione di una somma forfettaria di 30 milioni – che è stata regolarmente pagata nell’anno di emanazione della sentenza – e una penali

semestrale da 12 milioni che, però, nel 2016 non è stata corrisposta, rinviandone il pagamento al successivo 2017 in cui, invece, non è stata pagata la quarta penalità semestrale.

Allora, tutto ciò doverosamente da premettere per giustificare le valutazioni conclusive, veniamo alle nostre considerazioni da semplici spettatori dell'operato del nostro Paese, ma che al contempo subiscono, come cittadini, le conseguenze di questi comportamenti, di certo non ispirati ad un'efficiente, efficace ed economica gestione della macchina pubblica come il nostro diritto interno, ancor prima che comunitario, ci impone.

E se il problema, ad un primo esame, sembra riguardare soltanto coloro che, in un modo o nell'altro, sono incisi da un aiuto dichiarato incompatibile e, quindi, da recuperare – soggetti pretermessi; terzi; concorrenti del beneficiario dell'aiuto; la stessa Unione europea, ecc. –, in realtà tutta la restante collettività viene ad essere interessata, sia pure in modo indiretto, atteso che le risorse economiche che lo Stato italiano deve destinare al pagamento delle sanzioni forfetarie e delle penalità vengono sottratte ai servizi che uno Stato avveduto deve assicurare in misura adeguata ai propri amministrati.

Dalla lettura delle motivazioni che hanno portato alla condanna del nostro Paese, in modo decisamente consistente, possiamo trarre delle conclusioni che suonano come un suggerimento, *de iure condendo*, per migliorare non soltanto l'erogazione degli aiuti, ma soprattutto per richiamare l'attenzione sulla tempistica da rispettare nelle malaugurate ipotesi di obbligo a recuperarli, laddove la Commissione europea stimi gli stessi incompatibili con il mercato comune.

Tanto perché nelle ipotesi che sono cadute sotto la lente del giudice europeo – che, volente o nolente, hanno concorso alla formazione della giurisprudenza in merito – due sono gli aspetti che portano ad un giudizio dell'operato del nostro Paese.

In primis, la miope valutazione delle condizioni di erogazione dei contributi in questione, forse perché a volte si è più sensibili alle necessità strettamente domestiche e poco osservanti dei dettami legislativi e giurisprudenziali europei che, poi, conducono alle pronunce di incompatibilità degli aiuti stessi; in secondo luogo, la tempistica osservata nel recupero degli aiuti giudicati illegittimi dall'Ue.

Il riconoscimento della mancata adozione da parte dell'Italia di tutti i provvedimenti necessari per recuperare gli aiuti e la constatazione da parte della Corte di giustizia della protratta mancata conformazione alla sentenza – che ha comportato un secondo ricorso ed una conseguente ulteriore condanna al pagamento di una somma forfettaria nonché di una penalità – sono indicative dell'assenza di una mancata ponderazione degli interessi dell'intera collettività amministrata, sulla quale ricadono gli effetti di una gestione così ingiustificatamente superficiale e negligente.

In particolare, è stato fatto osservare che la penalità è stata inflitta dalla Corte con valutazione della gravità dell'infrazione, causativa di una forte distorsione della concorrenza, oltre alla durata consistente, ma soprattutto il valore dissuasivo che si è voluto assegnare al pagamento di una somma forfettaria al fine di evitare in futuro la reiterazione di pari infrazioni al diritto europeo.

Come anche le motivazioni addotte ad emenda del proprio operato – quali, ad esempio, la mancata dimostrazione dell'impossibilità del recupero integrale degli aiuti in questione o l'invocazione del legittimo affidamento dei beneficiari degli aiuti illegittimi – sono indici della mancata conoscenza della posizione della Ue, espressamente dichiarata nella propria giurisprudenza.

Valga per tutte proprio il riferimento a quest'ultima osservazione, atteso che già in una precedente sentenza il legittimo affidamento era stato fatto oggetto di esplicito rigetto.

Conclusivamente, allora, ad auspicarsi sono, accanto ad una maggiore attenzione alla normativa ed alla giurisprudenza comunitaria cui commisurare l'erogazione degli aiuti di Stato, una maggiore celerità ispirata all'assenza di qualunque indugio nell'operare in tal senso nella malaugurata ipotesi di un obbligo al recupero.

* * *

**IN TEMA DI RINEGOZIAZIONE DELLE CONCESSIONI PUBBLICHE.
PROFILI GIUSCONTABILI NEL PRISMA DELLO SCHEMA DI CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

di *Andrea Giordano* (*)

Abstract: Lo schema definitivo di codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato lo scorso 7 dicembre 2022, apre alla rinegoziazione delle concessioni pubbliche. Il tema, notevolmente dibattuto nella dottrina, merita particolare attenzione, sia alla luce dei recenti studi civilistici sulla rinegoziazione dei contratti, sia della, altrettanto recente, estensione *ex professo* (con il d.l. n. 76 del 2020) del principio di collaborazione e buona fede ai rapporti tra amministrazione e privati. Lo schema dà rinnovata linfa a tanto controversa materia, inducendo a una prima riflessione che, muovendo dai generali principi di diritto civile, vagli la piena compatibilità della rinegoziazione delle concessioni pubbliche con il diritto amministrativo-contabile.

The final scheme for the Public Procurement Code (Dec. 7, 2022) allows the renegotiation of public concessions. The subject, which has been considerably debated in doctrine, deserves particular attention, both in light of recent private law studies on the renegotiation of contracts and of the extension – by virtue of Decree Law No. 76/2020 – of the principle of cooperation and good faith to relationships between public administration and private parties. The scheme gives new insights in relation to such a controversial subject, prompting a first analysis on the full compatibility of the renegotiation with the principles governing accounting law.

Sommario: 1. *Introduzione.* – 2. *Il modello della rinegoziazione.* – 3. *Sulla compatibilità del modello con il regime della responsabilità amministrativo-contabile.* – 4. *Le frontiere della rinegoziazione alla luce dello schema di codice dei contratti pubblici.*

1. *Introduzione*

La rinegoziazione esprime l'essenza dell'autonomia privata (1).

Appare, in astratto, complesso applicare l'istituto, per sua natura malleabile, alla ieratica materia delle concessioni pubbliche.

Eppure, lo “Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78” (2) apre alla rinegoziazione di appalti e concessioni, configurando un vero e proprio diritto soggettivo a rinegoziare il contratto che sia divenuto eccessivamente oneroso (3); e, nel medesimo articolato, dopo un disposto di dettaglio inerente alla “Modifica di contratti durante il periodo di efficacia” (4), si rinviene una specifica disciplina sulla “Revisione del contratto di concessione” in presenza di sopravvenienze capaci di alterare, in modo rilevante, il sinallagma funzionale (5).

(*) A. Giordano è magistrato della Corte dei conti.

(1) V., in merito, oltre ai testi citati nelle note successive, P. Gallo, *Revisione del contratto*, in *Digesto Sez. civ.*, vol. XVII, 431; F. Macario, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. II, 1026; R. Tommasini, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 104.

(2) Del 7 dicembre 2022, reperibile in <www.giustizia-amministrativa.it>. Il conseguente schema di decreto legislativo (Atto Governo n. 19) è stato, di recente, oggetto del documento Corte conti, Contributo scritto su atto di Governo n. 19, codice dei contratti pubblici, febbraio 2023.

(3) V. l'art. 9 del nuovo codice dei contratti pubblici: “1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta. 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica. 3. Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale. 4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze al rischio delle interferenze da sopravvenienze. 5. In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano prioritariamente le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120”. Il testo del disposto si rinviene, con una coincidente formulazione, nel corrispondente precetto contenuto nell'Atto di governo n. 19, assegnato alle Commissioni Bilancio, Ambiente e Politiche dell'Unione europea di Camera e Senato ai fini dell'acquisizione del parere parlamentare.

(4) In termini, l'art. 189 dello schema di codice.

(5) V. l'art. 192 dello schema di codice.

Inediti orizzonti vengono, poi, dischiusi dalla recente giurisprudenza della Corte dei conti, che, con la decisione n. 7/2021 (6), ha ritenuto che lo stato di crisi economica e le perduranti difficoltà incontrate dagli esercizi commerciali possano giustificare la rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale stipulati tra un comune e le imprese esercenti attività di ristorazione.

Quanto i principi solidaristici, che sottendono la revisione del contratto, possano incidere sull'assetto delle concessioni pubbliche è l'interrogativo da cui muove lo studio, orientato allo scopo di vagliare la compatibilità di istituti, astrattamente, afferenti a universi distinti.

2. Il modello della rinegoziazione

Il contratto ha forza di legge tra le parti.

Eppure, la fissità e staticità della formula, espressione tangibile del dogma della volontà, stride con i diuturni mutamenti della realtà fenomenica.

La necessità di conciliare la cosiddetta *sanctity of contract* con il principio di buona fede, già sottesa ai Pecl (7) e ai Principi Unidroit, è dapprima discesa dalla lata applicazione del canone di equità integrativa (art. 1374 c.c.) (8) – che, nei contratti di durata particolarmente lunga, avrebbe consentito di surrogare il dato obsoleto con quello aggiornato – o della clausola generale di buona fede (artt. 1366 e 1375 c.c.) (9).

L'emergenza pandemica ha rafforzato le istanze di solidarietà, compiutamente espresse dall'articolo 2 della Carta costituzionale.

Alla caducazione del contratto, che conseguirebbe all'attivazione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art. 1467 c.c.*, a quello della risoluzione per impossibilità sopravvenuta *ex art. 1463 c.c.* (10) o al recesso per gravi motivi di cui all'art. 27 della l. n. 392/1978 (11), si contrappone il ventaglio dei rimedi manutentivi, che traggono linfa dal citato art. 1375 c.c., letto ai lumi dell'art. 2 Cost., consentendo di preservare il contratto (12).

La logica della manutenzione salvaguarda il bene della vita della parte onerata.

I rilievi di sistema hanno trovato riflesso nel diritto positivo di recente conio.

Emblematico è l'articolo 17 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che, nel disciplinare la composizione negoziata della crisi, ha previsto che il fine del recupero dell'equilibrio economico-patrimoniale o finanziario dell'impresa possa essere conseguito con le più varie strategie di intervento, destinate a spaziare, in potenza, dal trasferimento dell'azienda, alla cessione di uno o più rami, sino alla rinegoziazione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita che siano eccessivamente onerosi o il cui equilibrio sia stato alterato per effetto di circostanze sopravvenute (13).

La previsione, già ricognitiva del d.l. n. 118/2021 (14) e mutuata dall'esperienza giuridica francese (che, all'articolo 1195 del *Code civil*, contempla il diritto della parte onerata a domandare la rinegoziazione del contratto), ha conosciuto un precedente nel d.d.l. Senato 1151, ove si prevedeva il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali così da ripristinare la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti.

Che il disegno di legge non abbia avuto seguito non implica l'irrilevanza dell'istituto della "revisione" o "rinegoziazione", che ha trovato compiuta e dettagliata espressione nello schema del nuovo codice dei contratti pubblici (15).

(6) Corte conti, Sez. riun. contr., 17 maggio 2021, n. 7, in questa *Rivista*, 2021, 3, 109, con nota di P. Cosa.

(7) A propria volta radicati nei c.d. "Principi Lando".

(8) R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2004, 722.

(9) V., in questo senso, F. Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2005, 509; V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451.

(10) La cui applicazione troverebbe suffragio nella giurisprudenza che equipara all'impossibilità oggettiva la soggettiva inutilizzabilità della prestazione – v. Cass., Sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315; 10 luglio 2018, n. 18047.

(11) In questo senso, V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in <www.giustiziacivile.com>, 31 marzo 2020, 5; sul tema, più in generale, B. Inzitari, voce *Locazione*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, 11.

(12) V., per la dottrina, F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in <www.giustiziacivile.com>, 17 marzo 2020; A.M. Benedetti, R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in <www.dirittoebancario.it>, 25 marzo 2020; A. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in <www.giustiziacivile.com>, 27 marzo 2020.

(13) V. A. Giordano, *Sub art. 17*, in F. Di Marzio (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2022, 61.

(14) In argomento, A. Giordano, *Misure premiali aggiuntive per far crescere l'appeal delle procedure di emersione*, in *Il Sole 24 ore*, 4 ottobre 2021.

(15) Come si dirà *infra* (par. 4), il decalogo dei principi dello schema del nuovo codice, cui seguono i disposti di dettaglio, contempla *ex professo* il diritto della parte onerata alla rinegoziazione secondo buona fede dei contratti pubblici, onde conservarne l'equilibrio negoziale. In sintonia con il principio, l'art. 192 del codice applica il "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale" alle concessioni pubbliche, consentendo al concessionario di chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto.

3. Sulla compatibilità del modello con il regime della responsabilità amministrativo-contabile

Il modello, come disegnato, apparirebbe difficilmente conciliabile con il regime della responsabilità amministrativo-contabile.

Dalla rinegoziazione può, infatti, astrattamente discendere una violazione del canone concorrenziale, che informa di sé l'intera materia delle concessioni pubbliche (16); violazione che può risolversi in un danno erariale alla concorrenza (17).

Il rischio di un attrito con la disciplina della responsabilità amministrativa può, poi, essere più o meno evidente a seconda del concreto atteggiarsi di detta posta di danno.

Maggiore è il rischio se si ritiene che al mancato rispetto delle regole a presidio del principio di concorrenza corrisponda, sempre e comunque, un pregiudizio qualificabile in termini di danno alla concorrenza (18).

Minori, ma comunque concreti, appaiono i profili di rischio allorché si ritenga che, insieme all'infrazione delle regole concorrenziali contenute nello schema di codice dei contratti pubblici, si debba positivamente ravvisare la totalità degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile (segnatamente, la prova dell'*an* e del *quantum* del pregiudizio) (19).

In ogni caso, rinegoziare la concessione può comportare un minore introito per le casse erariali e, con questo, un correlato e proporzionale pregiudizio pari alla *deminutio patrimonii*.

Emblematica appare, *mutatis mutandis*, la giurisprudenza contabile scaturita da fattispecie di omessa riscossione di entrate patrimoniali e, più in particolare, di atti dispositivi di crediti derivanti da contratti di locazione.

Ferme le differenze con la precipua materia oggetto del presente studio, l'estinzione di crediti siffatti (o la loro riduzione) integrerebbe un danno erariale pari all'entità del canone non riscosso. La riscossione delle entrate patrimoniali sarebbe un "atto doveroso di recupero delle indispensabili risorse materiali necessarie a far fronte della spesa pubblica" (20); tutte le entrate, ancorché di natura extratributaria, sarebbero tese al perseguimento di pubblici fini: come tali, potrebbero divenire oggetto di atti di disposizione delle amministrazioni titolari solo in presenza di un interesse pubblico concreto e attuale.

Le concessioni pubbliche sarebbero – tanto quanto le locazioni – "strumenti di incremento delle risorse pubbliche" (21); in quanto tali, dovrebbero essere improntate a criteri di stretta economicità, "con l'effetto che si dovrebbero garantire, da un lato, livelli ottimali di soddisfazione dell'interesse pubblico generale attraverso l'impiego di risorse proporzionate; dall'altro, il massimo valore ottenibile dall'impiego delle risorse a disposizione" (22).

Eppure, se è vero che il principio di buona fede sagoma anche i rapporti tra amministrazione e privati, appare complesso ignorare il flusso delle sopravvenienze.

Noto è come l'espressa estensione del canone ai rapporti tra amministrazione e cittadino abbia trovato cittadinanza nell'art. 10 della l. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente) e – prima ancora del decreto Semplificazioni (23) – nell'art. 1, c. 1-*bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha aperto all'applicazione delle norme di diritto

(16) V. l'art. 3 dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici, a tenore del quale "1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità".

(17) Da intendersi come lesione alla concorrenza e al correlativo interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei privati alla fase di selezione del contraente, preliminare alla stipula del contratto pubblico (così, L. Caso, *Il concetto di danno erariale nella dottrina e nella giurisprudenza e le sue prospettive evolutive*, in D. Bolognino, H. Bonura, A. Canale (a cura di), *La responsabilità per danno erariale*, Bari, Cacucci, 2022, 37). Lo stesso sarebbe, in generale, ipotizzabile – secondo la giurisprudenza (Corte conti, Sez. II centr. app., 1 febbraio 2019, n. 19) – tanto nei confronti del privato, rispetto a un contratto pubblico concluso con altro contraente in violazione delle regole sulla trasparenza, quanto nei confronti della p.a. procedente sotto il profilo del danno derivante da un'aggiudicazione che, in quanto non effettuata alle migliori condizioni di mercato, potrebbe risolversi in un pregiudizio economicamente valutabile. In tema, v. L. Caso, *op. cit.*; P. Clarizia, *Danno alla concorrenza o da omessa concorrenza*, in A. Canale *et al.* (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2019, 149; A. Di Sciascio, *Il danno erariale (alla concorrenza): tra sussistenza in re ipsa e parametri presuntivi di riferimento*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 217; M. Perin, *Lavori pubblici e responsabilità erariali. Riflessioni sui fenomeni distorsivi nei lavori pubblici*, in <www.lexitalia.it>, 2016; V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018, 325.

(18) L'assenza della procedura concorsuale a monte determinerebbe la nullità del contratto pubblico, cosa che – a propria volta – renderebbe indebito il pagamento del prezzo corrisposto all'impresa aggiudicataria. In senso favorevole alla tesi per cui la violazione delle regole della concorrenza determinerebbe un danno *in re ipsa*, v., ad es., Corte conti, Sez. II centr. app., 29 gennaio 2019, n. 89; 29 marzo 2019, n. 99.

(19) Assumendo la violazione delle norme del diritto dei contratti pubblici valenza di indizio del danno erariale. Per questa impostazione, v., ad es., Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 10 gennaio 2020, n. 1.

(20) Corte conti, Sez. II centr. app., 12 marzo 2019, n. 78.

(21) *Ibidem*. In tale ottica, v., del resto, Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, 21 dicembre 2021, n. 20, "La gestione delle entrate derivanti da beni demaniali marittimi".

(22) *Ibidem*.

(23) D.l. 16 luglio 2020, n. 76, su cui *infra* nel testo.

privato alle attività di natura non autoritativa e, per estensione, agli aspetti delle stesse attività autoritative che non risultino strettamente funzionali al perseguimento di interessi di pubblica utilità.

Come è pure noto, il retroterra delle dette previsioni è da imputarsi non solo alla tendenza “pan-privatistica” di applicare il diritto privato ad ambiti tradizionalmente riservati al diritto pubblico, ma anche all’onda lunga della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (24), che ha valorizzato il fecondo portato dell’esperienza giuridica tedesca.

La giurisprudenza amministrativa e le più recenti novelle hanno fatto il resto.

Emblematica è, infatti, la pronuncia Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che ha affermato che, nei procedimenti a evidenza pubblica per l’affidamento dei contratti di appalto, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall’aggiudicazione, nell’ambito di tutte le fasi delle procedure di gara, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento (25).

In sintonia con l’indirizzo pretorio, l’art. 1, c. 2- *bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241 – per come novellato dal decreto Semplificazioni – dà ampia cittadinanza al principio di collaborazione e buona fede (26).

Applicare le regole di diritto privato e, più in particolare, estendere i principi di collaborazione e buona fede ai rapporti tra amministrazione e privati, significa – pena l’inevitabile contraddizione con le premesse – applicare alle concessioni i principi che informano la giustizia contrattuale.

La giurisprudenza contabile riflette tale impostazione.

A rilevare è la recente decisione n. 7/2021 delle Sezioni riunite della Corte dei conti (27), che ha consentito di rinegoziare i contratti di locazione commerciale stipulati tra un comune e le imprese esercenti attività di ristorazione, in ragione dello stato di crisi economica e delle perduranti difficoltà incontrate dagli esercizi commerciali.

Secondo la Corte, l’emergenza pandemica integrerebbe un evento “per definizione imprevedibile” e al contempo “straordinario, non essendosi verificato nel nostro Paese in epoca recente”.

La straordinarietà consentirebbe di dare corso alla richiesta di rinegoziazione; ciò in linea con quelle regole di correttezza che, obbligando l’esecuzione del contratto secondo buona fede, imporrebbero sia la salvaguardia delle legittime aspettative della controparte sia l’adozione di contegni idonei a tutelare il suo interesse (28).

Meriterebbe, dunque, apprezzamento l’opzione favorevole a una revisione del negozio che, nel salvaguardare il rapporto contrattuale in corso, soddisferebbe “ragioni di indubbio interesse pubblicistico, evitando tra l’altro azioni giudiziarie del privato” (29).

Se è vero che il venir meno del vincolo negoziale consentirebbe il ritorno del bene nella disponibilità dell’ente (che potrebbe direttamente gestirlo in modo proficuo o procedere a nuovo affidamento), ciò si scontrerebbe con lo sfavorevole scenario economico; non essendo agevole addivenire a un’allocazione del bene che consenta di trarne utilità più consistenti.

Tutto ciò non legittimerebbe, tuttavia, un’indiscriminata apertura delle porte della rinegoziazione.

(24) A rilevare è, in particolare, il caso *de Compte* (Corte giust. 17 aprile 1997, C-90/95), a partire dal quale la Corte ha ravvisato la lesione del principio del legittimo affidamento ove ricorrano: una posizione soggettiva di affidamento legittimo (a propria volta dipendente dallo stato di buona o mala fede del privato); la non prevalenza dell’interesse pubblico rispetto a quello del cittadino alla conservazione dello *status quo* (così, in particolare, si legge nella decisione: “si deve ricordare che la revoca retroattiva di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetta a condizioni molto rigorose (v. sentenza 9 marzo 1978, causa 54/77, *Herpels c. Commissione*, Race. pag. 585, punto 38). Secondo una giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità il diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell’atto [...] Si deve sottolineare, da un lato, che, se è nato a buon diritto, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato. D’altro canto, tenuto conto delle circostanze della fattispecie, non vi è alcun interesse di ordine pubblico che prevalga sull’interesse del destinatario alla conservazione di una situazione che egli poteva considerare stabile”.

(25) Per i successivi sviluppi pretori, si confrontino anche le note pronunce Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, e 29 novembre 2021, n. 20.

(26) V. S. Cimini, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra Amministrazione e privati*, in A. Giordano (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2021, 21. In tema, si rinvia altresì a M. D’Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1023; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, 125.

(27) Corte conti, Sez. riun. contr., n. 7/2021, cit.

(28) Corte conti, Sez. riun. contr., n. 7/2021, cit.: «[...] la scienza giuridica ha individuato ulteriori strumenti idonei a fondare l’obbligo di rinegoziazione, in presenza di mutate condizioni di mercato. Il punto di partenza di tale operazione è rappresentato dall’articolo 1175 del codice civile, che nei rapporti obbligatori impone alle parti il dovere di rispettare “le regole della correttezza” e dall’articolo 1375 del codice civile, che contempla l’esecuzione del rapporto contrattuale “secondo buona fede” (analoga clausola generale è poi menzionata dall’articolo 1366 in tema di interpretazione). Tali principi impongono, da un lato, la salvaguardia delle legittime aspettative della controparte, dall’altro, un comportamento idoneo a tutelare l’interesse della medesima, ove non determinanti un apprezzabile sacrificio».

(29) *Ibidem*.

Non potrebbe difettare la ponderazione dei diversi interessi coinvolti (30), che dovrebbe trovare riflesso nella motivazione del provvedimento, né potrebbe mancare la (prioritaria) considerazione degli equilibri di bilancio dell'ente.

Il percorso motivato della Corte può essere adattato al caso della concessione pubblica.

Circostanze straordinarie e imprevedibili potrebbero giustificare la rinegoziazione della concessione, purché delle prime si dia puntualmente atto e la revisione non alteri la sostanza economica del contratto ma miri al solo ripristino dell'originario equilibrio negoziale.

L'esigenza di selezione comparativa dei contratti, che opera in relazione alla locazione commerciale, appare rafforzata nel caso della concessione pubblica.

Se l'istanza di rinegoziazione incidesse sugli elementi essenziali della commessa, il suo accoglimento finirebbe per snaturare la fase pubblicistica di scelta del concessionario più idoneo ad appieno valorizzare il bene pubblico, con conseguente pregiudizio dell'interesse erariale.

Il principio dell'equilibrio di bilancio avrebbe pure particolare rilevanza, dovendosi in ogni caso garantire che le minori entrate trovino adeguata copertura.

4. *Le frontiere della rinegoziazione alla luce dello schema di codice dei contratti pubblici*

La descritta cornice sembra trovare, come si è anticipato (31), precisi riscontri nello schema del nuovo codice dei contratti pubblici.

Dopo un articolo (il 189) segnatamente dedicato alla “Modifica di contratti durante il periodo di efficacia”, si rinvia un disposto (il successivo articolo 192) che disciplina la revisione del contratto al cospetto di sopravvenienze tali da significativamente alterare l'equilibrio che avvince le corrispettive prestazioni.

Come recita l'articolo, “Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, che incida in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa”.

La previsione è espressione di due generalissimi principi a monte, portati tangibili delle più moderne frontiere della giustizia contrattuale.

Merita, anzitutto, menzione l'articolo 5 dello schema di codice, che applica il principio di buona fede all'intera materia dei contratti pubblici.

Secondo il disposto, espressivo della più lata previsione l'art. 1, c. 2- *bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241, “Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede”.

A seguire, l'articolo 9 dello schema consacra un vero e proprio diritto della parte onerata a chiedere la rinegoziazione del contratto, al ricorrere di circostanze straordinarie e imprevedibili, tali da significativamente alterare l'equilibrio contrattuale.

Il “diritto” del contraente svantaggiato alla rinegoziazione non è, tuttavia, incondizionato.

Se è, infatti, vero che il principio di buona fede trova ormai piena applicazione anche nella materia delle concessioni pubbliche, resta l'impossibilità di *tout court* assimilare il diritto dei contratti pubblici, orientato verso la stella polare del pubblico interesse, a quello dei contratti tra privati, fondato sul puro principio di autonomia, insofferente a eterodeterminati interessi.

Devono, anzitutto, ricorrere “eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili” (la formula appare mutuata dal dettato dell'art. 1467 c.c.); e le sopravvenienze devono essere tali da alterare “in modo significativo” (art. 192 del codice) l'equilibrio originario del contratto.

(30) Nella specie, il valore di mercato del bene locato e la possibilità o meno di utilizzare in modo proficuo per la collettività il bene, tramite gestione diretta o locazione (*ibidem*: “gli enti locali, in presenza di una richiesta di riduzione del corrispettivo dei contratti di locazione di diritto privato stipulati con imprese esercenti attività di ristorazione, motivata dai plurimi provvedimenti di chiusura al pubblico emanati nel corso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, e dalla conseguente crisi economica, possono assentirvi, in via temporanea, all'esito di una ponderazione dei diversi interessi coinvolti, da esternare nella motivazione del provvedimento, in particolare considerando elementi quali: i. la significativa diminuzione del valore di mercato del bene locato; ii. l'impossibilità, in caso di cessazione del rapporto con il contraente privato, di utilizzare in modo proficuo per la collettività il bene restituito, tramite gestione diretta ovvero locazione che consenta la percezione di un corrispettivo analogo a quello concordato con l'attuale gestore o, comunque, superiore a quello derivante dalla riduzione prospettata; iii. la possibilità di salvaguardia degli equilibri di bilancio dell'ente, e nello specifico la mancanza di pregiudizio alle risorse con cui la medesima amministrazione finanzia spese, di rilievo sociale, del pari connesse alla corrente emergenza epidemiologica, anche alla luce della diminuita capacità di entrata sempre correlata alla situazione contingente”).

(31) V. *supra*, par. 2.

E ancora, la rinegoziazione non può essere tale da alterare la “sostanza economica” del contratto (art. 9 del codice); cosa che, quanto alle concessioni pubbliche, è esplicitata dall’articolo 192, comma 2 (“In sede di revisione non è consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione”), oltre a essere implicita al primo comma del disposto, per cui la revisione del contratto è ammessa nella misura strettamente necessaria a ricondurre il contratto ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della sua conclusione.

Mutazioni genetiche della “natura della concessione” (o analoghe “modifiche sostanziali”) implicherebbero, invero, l’indizione di una nuova gara, pena lo svilimento dei principi di concorrenza e massima partecipazione degli operatori.

La già richiamata giurisprudenza contabile (32) induce all’integrazione dei presupposti in armonia con il principio costituzionale di equilibrio di bilancio.

E invero, ferma la necessità di distinguere tra appalto e concessione (quest’ultima strutturalmente connotata dall’assunzione del rischio da parte del concessionario), l’eventuale diminuzione delle entrate conseguente alla rinegoziazione (in ipotesi, del canone concessorio) dovrebbe sempre trovare adeguata copertura.

Fatta salva la doverosa protezione dell’interesse erariale, il diritto a rinegoziare – e il correlato obbligo che specularmente grava sulle amministrazioni – arricchisce il rapporto tra p.a. e privato di contenuti conformi alla buona amministrazione (33), andando oltre la “siepe” (34) del diritto positivo di matrice privatistica.

Aver codificato la rinegoziazione secondo buona fede dischiude prospettive sfidanti non solo nell’ottica del diritto amministrativo e della contabilità pubblica. La novella del codice dei contratti pubblici apre la breccia di una giustizia contrattuale solidale, capace, nel tempo, di erodere – come fa la goccia con la pietra – l’ancora monolitica impostazione del codice civile.

* * *

(32) Corte conti, Sez. riun. contr., n. 7/2021, cit.

(33) Su cui, ad es., P. Calandra, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII; S. Pignataro, *Il principio costituzionale del “buon andamento” e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, Cacucci, 2012; A. Zito, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nell’ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 433.

(34) Si richiama G. Leopardi, *L’infinito*, 28 maggio 1819 (*Canti*, XII).

**NATURA GIURIDICA DELLA METODICA ABA NEL TRATTAMENTO DEI DISTURBI
DELL'APPRENDIMENTO E REGIME AMMINISTRATIVO PER LA SUA EROGAZIONE
E PER L'ESTERNALIZZAZIONE DEI RELATIVI SERVIZI OPERATIVI**

di *Barbara Sciascia* (*)

Abstract: Il metodo ABA, acronimo inglese di *Applied behavioral analysis*, è il ramo applicativo dell'analisi del comportamento, concernente i soggetti affetti da sindrome dello spettro autistico. Con grande difficoltà il metodo, anche per merito della giurisprudenza sia civile che amministrativa, si è imposto nell'ambito del sistema di cura a carico del Ssn. La prima difficoltà che è insorta è consistita nel chiarire il carattere della nuova metodica, in cui confluiscono aspetti prettamente medico-sanitari e aspetti educativo-abilitativi; ciò anche per definire il regime giuridico delle procedure di affidamento esterno di tutte o di gran parte delle relative prestazioni. Da tale inquadramento deriva l'individuazione della tipologia dei procedimenti amministrativi e quindi dei requisiti per la partecipazione alle gare di affidamento. Sul punto si sono pronunciati la giurisprudenza civile a vari livelli e di recente alcuni Tar e il Consiglio di Stato, che hanno fissato interessanti principi in una materia così delicata e rilevante nell'equilibrio tra l'inalienabile diritto alla salute costituzionalmente protetto (art. 32 Cost.) e le esigenze finanziarie pubbliche. L'occasione è propizia per ripercorre il cammino ricostruttivo, traendone tutte le conseguenze in termini di ricostruzione giuridica.

The ABA method, an acronym for Applied Behavioural Analysis, is the applied branch of behavioural analysis for people with autism spectrum disorders. With great difficulty, the method has established itself in the context of the NHS care system, also thanks to both civil and administrative jurisdiction. The first difficulty that arose consisted in clarifying the nature of the new method, in which purely medical-health aspects and educational-habilitative aspects converge; this also to define the legal regime of the procedures for externalisation of all or most of the related services. It is from this framework that the nature of the administrative procedure and, consequently, the requirements for participation in the tendering process are determined. Civil jurisprudence has ruled on this point at various levels and, more recently, some TARs and the Council of State have established interesting principles on such a delicate and relevant issue in the balance between the inalienable constitutional right to health (Article 32 of the Constitution) and public financial needs. This is an opportune moment to retrace the path of reconstruction and to draw all the consequences in terms of legal reconstruction.

Sommario: 1. *La metodica ABA per la cura del disturbo autistico.* – 2. *Analisi del quadro normativo.* – 3. *La natura mista delle prestazioni ABA.* – 4. *Il regime giuridico “alleggerito” dell'affidamento esternalizzato dei servizi ABA* – 5. *La non esclusività dell'accreditamento istituzionale per l'affidamento dei servizi ABA.* – 6. *Riflessioni conclusive.*

1. *La metodica ABA per la cura del disturbo autistico*

Il metodo ABA, acronimo inglese di *Applied behavioral analysis*, è il ramo applicativo dell'analisi del comportamento, la scienza che si occupa di descrivere le relazioni tra il comportamento degli organismi e gli eventi che lo influenzano. Il campo di applicazione di questa tecnica in cui si è mostrata una più significativa crescita e applicazione è quello riguardante i bambini con disturbo autistico (1).

Anni di studi e ricerche hanno dimostrato l'efficacia del metodo ABA nel ridurre comportamenti disfunzionali e nel migliorare ed aumentare la comunicazione, l'apprendimento e comportamenti socialmente appropriati (2).

L'obiettivo del trattamento di un bambino autistico con il metodo ABA è quello di migliorare la sua qualità di vita e le relazioni con gli altri.

L'utilizzo del metodo ABA è suggerito dall'Istituto superiore della sanità nella linea guida n. 21, “Il trattamento dei disturbi dello spettro autistico nei bambini e negli adolescenti”.

Il metodo consiste nel fare eseguire degli esercizi specifici al bambino seguendo un programma definito e personalizzato (ogni bambino è trattato individualmente in relazione alle sue specificità). Esso comprende tre fasi generali. La prima si basa sull'osservazione del comportamento del bambino autistico; l'obiettivo è studiare, oltre al

(*) B. Sciascia è avvocato e dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Napoli “Federico II”.

(1) Per una panoramica e definizione, v.: D.J. Cohen, F.R. Volkmar, *Autismo e disturbi generalizzati dello sviluppo*, Gussago, Vannini, 2004; Aa.Vv., *Linee guida per l'autismo*, Trento, Erickson, 2006; A.M. Arpinati et al., *Autismo*, Roma, Armando, 2009.

(2) P. Moderato, C. Copelli, *L'analisi comportamentale applicata. Parte prima: teoria, metateoria, fondamenti*, in *Autismo e disturbi del neurosviluppo*, 2010, 1, 9; C. Ricci et al., *Manuale ABA-VB. Applied behavior analysis and verbal behavior. Fondamenti, tecniche e programmi di intervento*, Trento, Erickson, 2014; J.O. Cooper, T.E. Heron, W.L. Heward, *Applied behavior analysis*, Boston, Pearson, 2020.

comportamento, le reazioni del bambino agli stimoli esterni. Successivamente vengono analizzate le reazioni comportamentali del bambino autistico e delle persone che lo circondano. Solo nella terza fase, quando è chiaro chi e cosa determina l'azione e reazione, si inizieranno ad attuare gli esercizi specifici per modificare il comportamento.

Affinché una persona possa beneficiare dell'assistenza sanitaria a carico del Ssn, nel caso concreto del metodo Aba, è necessario verificare l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge in materia sanitaria, ed in particolare dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, "Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della l. 23 ottobre 1992, n. 421"; tale normativa prevede che il Sistema sanitario nazionale attraverso le risorse pubbliche, tramite il Piano nazionale sanitario, assicuri i livelli essenziali di assistenza ad ogni individuo (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 502/1992), sempreché le prestazioni sanitarie presentino evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute (art. 1, c. 7, d.lgs. n. 502 cit.). Ne consegue che requisito imprescindibile sia un effetto positivo alla salute, sia essa fisica o mentale.

La Corte di cassazione (3) ha dato un'interpretazione a tale disposizione, affermando che il principio dell'evidenza scientifica non può essere eluso dalla mera carenza di evidenze scientifiche disponibili, posto che queste possono venire in rilievo allorquando sia stato scientificamente provata l'inefficacia della cura in questione e non già quando essa sia solo dubbia; orbene il metodo Aba non possiede una valenza scientifica definitiva, anche se studi effettuati tramite il Ministero della salute, evidenziati in particolare attraverso le linee guida n. 21, hanno riscontrato benefici evidenti sulla salute del bambino, nel momento in cui viene sottoposto al metodo Aba.

Il tema della natura della metodica Aba – con particolare riguardo alla questione se essa rientri o meno tra le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria, come tali, ricomprese nei Lea, ovvero tra le prestazioni che devono essere assicurate dal sistema sanitario pubblico ai sensi degli artt. 1, c. 7, e 3-septies, cc. 4 e 5, del d.lgs. n. 502/1992, nonché dell'art. 60 del d.p.c.m. 12 gennaio 2017 – va affrontato sulla base del diritto positivo e nel solco di alcuni passaggi argomentativi che prima la giurisprudenza civile (4) e poi quella amministrativa hanno approfondito con particolare attenzione.

2. Analisi del quadro normativo

Va considerato preliminarmente che in generale, l'art. 1, c. 7, del d.lgs. n. 502/1992 individua i c.d. livelli essenziali di assistenza sanitaria (Lea) erogati a carico del Servizio sanitario nazionale, prevedendo che *"sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate"*. Poi l'art. 3-septies (*Integrazione sociosanitaria*) del medesimo d.lgs. n. 502, nel disciplinare le prestazioni sociosanitarie, ha distinto tra *"prestazioni sanitarie a rilevanza sociale"* e *"prestazioni sociali a rilevanza sanitaria"*, che non rientrano nei Lea, da un lato, e *"prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria"*, ricomprese espressamente nei Lea, dall'altro; queste ultime sono definite dalla norma citata come *"caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria e attengono prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, patologie per infezioni da Hiv e patologie in fase terminale, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative"* (cfr. c. 4), chiarendo espressamente che *"le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria sono assicurate dalle aziende sanitarie e comprese nei livelli essenziali di assistenza sanitaria, secondo le modalità individuate dalla vigente normativa e dai piani nazionali e regionali, nonché dai progetti-obiettivo nazionali e regionali"* (cfr. c. 5).

Con specifico riferimento ai disturbi dello spettro autistico, la l. n. 134/2015, in conformità agli impegni assunti in ambito internazionale, ha delineato le linee generali per l'attivazione su base regionale di percorsi diagnostici, terapeutici e assistenziali per la presa in carico di minori, adolescenti e adulti con disturbi dello spettro autistico, verificandone l'evoluzione, nonché per l'adozione delle misure idonee al conseguimento degli obiettivi di tutela della salute, di miglioramento delle condizioni di vita e di inserimento nella vita sociale, demandando all'Istituto superiore di sanità, in particolare, l'aggiornamento di specifiche *"Linee guida sul trattamento dei disturbi dello spettro autistico in tutte le età della vita sulla base dell'evoluzione delle conoscenze fisiopatologiche e terapeutiche derivanti dalla letteratura scientifica e dalle buone pratiche nazionali ed internazionali"* (cfr. art. 2);

Con d.p.c.m. 12 gennaio 2017, recante: *"Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'art. 1, c. 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502"*, sono stati definiti i nuovi Lea, con l'introduzione delle prestazioni per persone con disturbi dello spettro autistico: in particolare, l'art. 60, c. 1, prevede che *"Ai sensi della l. 18 agosto 2015, n. 134, il Servizio sanitario nazionale garantisce alle persone con disturbi dello spettro"*

(3) Cass., S.U., 10 aprile 2015, n. 7279.

(4) Prima il Tribunale di Teramo (ord. 13 aprile 2017), successivamente i tribunali di Velletri (ord. 11 gennaio 2018), di Cosenza (ord. 22 febbraio 2018), di Roma (ord. 9 ottobre 2018), di Brindisi (ord. 7 novembre 2018), ed infine di Reggio Calabria (ord. 18 febbraio 2019) hanno confermato come l'analisi comportamentale applicata (metodo Aba) sia conforme ad una prestazione socio-sanitaria per la quale sussistono evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute ed hanno condannato le rispettive aziende sanitarie a sostenere le spese per la terapia Aba. Aggiungendo poi che nulla vale in tema di discrezionalità dell'amministrazione, nel caso concreto, poiché essendo il diritto del minore un diritto soggettivo perfetto, non potrà agire un potere discrezionale dell'amministrazione tale da apportare ad un affievolimento dello stesso.

autistico, le prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche”.

Dalle linee guida n.21 sull'autismo elaborate dall'Istituto superiore della sanità si evince che tra i programmi intensivi comportamentali utilizzati nella cura dell'autismo il modello più studiato è l'analisi comportamentale applicata (*Applied behaviour analysis* – Aba), ovvero una metodica basata sull'uso della scienza del comportamento per la modifica di comportamenti socialmente significativi. Si tratta di una delle metodiche d'elezione che, partendo dall'assunto che ogni comportamento è scomponibile ed è caratterizzato da una causa antecedente e da una conseguenza, attraverso un'attenta analisi fondata sull'osservazione e sulla registrazione dei comportamenti del bambino autistico nel corso della giornata e in tutti i contesti di vita (casa, scuola, attività sportiva, attività tra i pari), siano essi educativi e/o territoriali e/o in tutte le situazioni strutturate di socialità, permette la progettazione e attuazione di interventi multidisciplinari per il cambiamento di comportamenti inadeguati e l'apprendimento di nuove abilità (attraverso “*equipipes*” composte da professionisti specializzati in analisi del comportamento, operatori a stretto contatto con i minori, sia in ambito scolastico che in ambito familiare, e terapisti) con la presa in carico globale del paziente. Gli studi riportati nelle linee guida, sebbene non definitivi, indicano che l'intervento Aba ha una sua efficacia nel migliorare le abilità intellettive (QI), il linguaggio e i comportamenti adattativi, che rientrano tra gli obiettivi di cura dell'autismo e, pertanto, se ne consiglia l'utilizzo nelle decisioni cliniche alla stregua delle “*Raccomandazioni*”, fondate sulle migliori prove scientifiche.

Dalle riportate coordinate normative e, segnatamente, dalle linee guida con gli studi ivi richiamati, si ricava che l'analisi comportamentale applicata (Aba) in favore di persone con disturbi dello spettro autistico rientra pienamente nella previsione di cui all'art. 1, c. 7, d.lgs n. 502 cit., intercettando tipologie di assistenza, servizi e prestazioni sanitarie “*che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate*”, nonché tra le metodiche basate sulle più avanzate evidenze scientifiche di cui all'art. 60 del d.p.c.m. 12 gennaio 2017.

Tali considerazioni hanno trovato ampia conferma da parte dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas) che, con prot. n. 2019/2949 del 18 aprile 2019, ha espressamente riconosciuto che i trattamenti Aba attonano ai Lea; anche il Consiglio di Stato, con specifico riferimento alle prestazioni erogate a minori con disturbi dello spettro autistico con il metodo Aba, si è espresso nel senso della legittimità della delibera di un'azienda sanitaria che aveva riservato le predette prestazioni ai soli centri di riabilitazione accreditati, affermando che “*si tratta di vere e proprie, complesse, prestazioni sanitarie che implicano l'accertamento di rigorosi requisiti a tutela dei minori affetti dalla sindrome*” (5).

3. La natura mista delle prestazioni Aba

Il quadro normativo così delineato conferma la natura mista, prevalentemente sanitaria e, solo in parte, socio-assistenziale delle complesse prestazioni integrate e unificate nell'innovativa metodica, che richiede una particolare attenzione al luogo di cura del paziente attraverso interventi terapeutici nei vari ambiti in cui si svolge la sua personalità e in cui devono abilitarsi le sue alterate capacità di interazione e di comunicazione sociale.

Dunque, la metodica Aba comprende essenzialmente prestazioni di carattere sanitario, cui si vanno ad aggiungersi altre di tipo socio-assistenziale, necessarie per consentire l'integrazione del paziente nei vari contesti di vita, ma sempre con l'obiettivo primario di tipo curativo, che è quello di “*migliorare le abilità intellettive (QI), il linguaggio e i comportamenti adattativi nei bambini con disturbi dello spettro autistico*” (6).

Inoltre, la circostanza indubbia che il trattamento Aba è posto come alternativo rispetto agli altri percorsi riabilitativi tradizionali conferma l'indiscutibile natura anche sanitaria del contenuto delle prestazioni erogate in via sperimentale dal Servizio sanitario nazionale, non potendosi evidentemente ammettere la sostituzione rispetto a prestazioni di tipo sanitario, ricomprese tra i Lea, di un trattamento che fosse non essenziale e privo di rilevanza sanitaria; tutto ciò senza dimenticare lo scopo principale di cura delle prestazioni fornite dal Sistema sanitario nazionale e regionale; né appare utile distinguere il profilo abilitativo da quello riabilitativo per chiarire la natura sociale ovvero sanitaria delle prestazioni in questione, emergendo nondimeno dalle linee guida sull'autismo che tutte le metodiche, sia basate su approcci comportamentali che su approcci di tipo evolutivo tradizionale, hanno una componente abilitativa e riabilitativa integrata, con prevalenza della prima, essendo tali metodiche funzionali a favorire lo sviluppo di abilità, funzioni e competenze – non ancora emerse o non completamente emerse nel paziente, proprio a causa del disturbo autistico – più che al loro mero recupero.

4. Il regime giuridico “alleggerito” dell'affidamento esternalizzato dei servizi Aba

Stante la natura mista, insieme socio-assistenziale e socio-sanitaria ad elevata integrazione sanitaria, delle prestazioni ricomprese nel metodo Aba, va osservato che, “se, in linea generale, per le prestazioni aventi natura esclusivamente sanitaria o sociosanitaria ad elevata integrazione sanitaria sono escluse esternalizzazioni a favore di soggetti non accreditati ai sensi del d.lgs. n. 502 cit., allorché le prestazioni hanno natura mista, richiedendosi percorsi

(5) Cons. Stato, ord. n. 6230/2019; Tar Campania, Salerno, ord. n. 523/2019.

(6) Ministero salute, linee guida n. 21, p. 55.

riabilitativi e assistenziali integrati, anche di accompagnamento nelle attività di vita quotidiana in tutti i contesti in cui si svolge la personalità dei minori e in cui si colloca detta strategia d'intervento a scopo terapeutico, è consentito alle amministrazioni sanitarie che non siano in grado di fornire in proprio tutte le prestazioni necessarie, ricorrere all'individuazione di soggetti del terzo settore, attraverso procedure *alleggerite*, purché tali soggetti siano in grado di assicurare, per la delicatezza degli interessi tutelati, tutte le necessarie garanzie di qualità, professionalità e competenza richieste, avuto riguardo sia alle prestazioni a contenuto sanitario che a quelle a contenuto più prettamente assistenziale. Ciò significa, dunque, che allorquando un'amministrazione pubblica intende esternalizzare ad un unico soggetto erogatore tutte le prestazioni che sono ricomprese nell'Aba – che devono essere erogate sia nelle apposite strutture di cui i soggetti selezionati devono essere dotati che nei diversi luoghi in cui si svolge la vita del paziente – occorre che sia in ogni caso garantito il prerequisito dell'accreditamento, in aggiunta agli ulteriori requisiti di capacità tecnica e professionale specificamente richiesti dal bando, avuto riguardo alle complesse prestazioni oggetto dell'affidamento” (7).

Infatti “la possibilità per le amministrazioni di pervenire alla sperimentazione di forme gestionali di partenariato pubblico-privato, attraverso il ricorso al mercato e su base contrattuale, va coniugata con l'imprescindibile esigenza di non derogare alla necessità di un utilizzo efficiente e razionale delle risorse pubbliche, oltre che di elevati livelli prestazionali di tutela della salute e di cura; esigenza che è soddisfatta, appunto, attraverso l'istituto dell'accreditamento, il cui conseguimento da parte delle imprese concorrenti si configura quale presupposto di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche e, pertanto, come ineludibile prerequisito di partecipazione, in deroga alla normativa ordinaria” (8).

L'accreditamento, come evidente strumento di preselezione dei partecipanti agli appalti pubblici diretti all'affidamento a terzi dei servizi prettamente sanitari imprescindibili per il fabbisogno dell'amministrazione, pertanto, costituisce un prerequisito necessariamente posseduto da tutte le imprese che vogliano accedervi, quale che sia la forma di aggregazione prescelta.

Tuttavia, la necessità di integrare dette prestazioni di tipo sanitario con altre di tipo socio-assistenziale, necessarie per consentire ai pazienti minori di ricevere le cure anche nei vari luoghi e contesti di vita quotidiana (familiari, scolastici, di tempo libero, ecc.), non confligge con l'ordinamento sanitario.

L'inserimento delle prestazioni sanitarie, per le quali è previsto l'accreditamento, insieme ad altre, di natura, invece, prettamente socio-assistenziale, in un unico contesto coordinato di assistenza integrata, consente infatti l'affidamento del servizio unitariamente inteso mediante gara pubblica, ferme restando la necessità per parteciparvi di un accreditamento che sottenda la verifica preventiva del possesso in capo al soggetto erogatore di determinati requisiti idoneativi (9).

La deroga alla normativa ordinaria concerne, dunque, solo l'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara, che viene limitata a coloro che possiedono, come prerequisito, l'accreditamento, mentre per i servizi da affidare, non limitata a quelli propriamente sanitari, vale la disciplina della procedura ad evidenza pubblica di cui al codice dei contratti”.

Nel quadro normativo ed interpretativo su delineato appare del tutto legittimo il ricorso delle aziende sanitarie al modulo di affidamento esternalizzato – mediante gara “alleggerita” – delle prestazioni in discorso, ritenendo il carattere non esclusivo, in ragione della peculiare tipologia delle stesse, del meccanismo di acquisizione basato sul sistema dell'accreditamento e limitando la rilevanza di quest'ultimo – ossia dello *status* che esso conferisce al soggetto erogatore privato – al piano del possesso dei requisiti minimi e/o “idoneativi” di partecipazione, che quel titolo, in via derogatoria rispetto alla normativa pubblico-evidenziale ordinaria, sarebbe destinato a soddisfare, in funzione di garanzia dell'appropriatezza e del livello qualitativo delle prestazioni di cui si discorre.

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che, anche laddove l'amministrazione intenda ricorrere a forme gestionali di partenariato pubblico-privato, attraverso il ricorso al mercato e su base contrattuale, sussiste pur sempre “l'imprescindibile esigenza di non derogare alla necessità di un utilizzo efficiente e razionale delle risorse pubbliche” (10), “oltre che di elevati livelli prestazionali di tutela della salute e di cura; esigenza che è soddisfatta, appunto, attraverso l'istituto dell'accreditamento, il cui conseguimento da parte delle imprese concorrenti si configura quale

(7) Corte cost. n. 416/1995, secondo cui «l'accreditamento è una operazione da parte di una autorità o istituzione (nella specie regione), con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti (c.d. standard di qualificazione) e si risolve, come nella fattispecie, in iscrizione in elenco, da cui possono attingere per l'utilizzazione, altri soggetti (assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie). Viene riconosciuto un “diritto all'accreditamento delle strutture in possesso dei requisiti di cui all'art. 8, comma 4, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni”, escludendo in radice una scelta ampiamente discrezionale ed ancorando l'accreditamento al possesso di requisiti prestabiliti (strutturali, tecnologici e organizzativi minimi, a tutela della qualità e della affidabilità del servizio-prestazioni, in modo uniforme a livello nazionale per strutture erogatrici), stabiliti con atto di indirizzo e coordinamento emanato di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome (art. 6, comma 6, della legge n. 724 del 1994; art. 8, comma 4, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502)».

(8) Cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6617.

(9) Cfr., *mutatis mutandis*, Cons. Stato, Sez. III, n. 6617/2018, cit.; Tar Campania, Napoli, Sez. V, n. 3945/2020, n. 454/2017 e 4325/2017.

(10) In tal senso v. anche Corte conti, Sez. riun. contr., “Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica”.

presupposto di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche e, pertanto, come ineludibile prerequisito di partecipazione, in deroga alla normativa ordinaria” (11).

Inoltre, pur premesso che indiscutibilmente “l’accreditamento, sotto tale profilo, costituisce, dunque, strumento di preselezione dei soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche per l’affidamento a terzi dei servizi sanitari necessari per il fabbisogno dell’amministrazione che, pertanto, deve essere posseduto da tutte le imprese che vi partecipano, quale che sia la forma di aggregazione prescelta”, non può non osservarsi che “la necessità di integrare dette prestazioni di tipo sanitario con altre di tipo socioassistenziale, necessarie per consentire ai pazienti minori di ricevere le cure anche nei vari luoghi e contesti di vita quotidiana (familiari, scolastici, di tempo libero, ecc.), non confligge con l’ordinamento sanitario.

L’inserimento delle prestazioni sanitarie, per le quali è previsto l’accreditamento, insieme ad altre, di natura, invece, prettamente socio-assistenziale, in un unico contesto coordinato di assistenza integrata, consente infatti l’affidamento del servizio unitariamente inteso mediante gara pubblica, ferme restando la necessità per parteciparvi di un accreditamento che sottenda la verifica preventiva del possesso in capo al soggetto erogatore di determinati requisiti idoneativi” (12).

In conclusione, l’integrazione di prestazioni di carattere sanitario con altre di tipo socio-assistenziale legittima il ricorso a forme di affidamento *ab externo*, in alternativa al meccanismo dell’affidamento ordinario; l’accreditamento, tuttavia, specificamente previsto per l’erogazione di prestazioni di carattere sanitario, permane come indefettibile requisito di partecipazione alla gara avente ad oggetto i suindicati servizi integrati sanitari e socio-assistenziali.

5. La non esclusività dell’accreditamento istituzionale per l’affidamento dei servizi *Aba*

Le prestazioni *Aba*, pur rientrando tra quelle prettamente sanitarie tanto da essere inserite nel *Lea*, si risolvono in trattamenti di carattere psico-educativo, di matrice essenzialmente psicologica, la cui esecuzione è riservata essenzialmente a figure professionali dotate, oltre che della iscrizione nel relativo albo, di specifica competenza ed esperienza nella erogazione di trattamenti attuativi di metodiche di tipo cognitivo-comportamentale.

Tale tipologia di trattamenti, come precisato dalla normativa sulla procedura *de qua*, deve essere prevalentemente somministrata, proprio in ragione delle sue modalità di esecuzione e dei suoi obiettivi terapeutici, nell’ambito degli ambienti in cui si svolge la vita del paziente (scuola, famiglia, tempo libero) e solo in via eventuale in un contesto di tipo ambulatoriale; le anzidette particolarità metodologiche non modificano le caratteristiche terapeutiche essenziali, dirette alla ricostruzione delle attitudini socio-comunicative del minore, alterate dal disturbo autistico, e quindi alla sua integrazione/inserimento nel tessuto sociale, nelle molteplici e variegate forme in cui esso si struttura, di tipo essenzialmente familiare, scolastico, ludico- ricreativo.

Ne risulta che le prestazioni *de quibus* hanno natura “mista”, sanitaria e socio-assistenziale, che le differenzia nettamente dall’ambito assistenziale sanitario-riabilitativo tradizionale; ciò, non solo per la ragione che si svolgono preferibilmente in ambiti extra-sanitari ovvero negli effettivi contesti più rilevanti di vita, come tipicamente quelli familiare o scolastico, ma anche perché, nella stessa legislazione regionale, generalmente non risulta necessario il possesso di uno specifico titolo di accreditamento né istituzionale *ex d.lgs. n. 502 cit.* né tantomeno “di settore” di tipo non istituzionale ai fini dell’erogazione di esse.

La ragione di questa differenziazione di disciplina giuridica si ritrova nell’evidente circostanza che le prestazioni in discorso si pongono proprio in alternativa al metodo riabilitativo “tradizionale”, ugualmente diretto alla cura della persona però considerata nella sua individualità, piuttosto che nella sua dimensione sociale-comunicativa. Esse, come su puntualizzato, non sono infatti destinate a essere effettuate all’interno della struttura accreditata *ex art. 26 l. n. 833/1978* né in ambito strettamente domiciliare, come quelle appunto di carattere riabilitativo; d’altronde nei prevalenti contesti ordinamentali regionali non appartengono all’ambito del sistema integrato dei servizi sociali, per i quali è previsto uno specifico titolo di accreditamento.

Deve invero osservarsi che, in ragione della costante necessità di adattamento delle regole del diritto alla realtà ed alle esigenze che questa manifesta, tanto più in un contesto dove domina la suprema esigenza di tutela della salute dei cittadini, specie se di minore età, affetti da patologie inabilitanti, il trattamento *de quo* realizza una tipica quanto originale forma di integrazione tra componente sanitaria e sociale del trattamento terapeutico, a livello “verticale.

In siffatto contesto il contenuto sanitario della prestazione viene primariamente in rilievo nella fase (“*a monte*”) della valutazione di appropriatezza/definizione/monitoraggio del programma terapeutico contenuto nel *Pai*, congiuntamente affidata al Nucleo di neuropsichiatria dell’infanzia e dell’adolescenza ed allo specialista *Bcba* (psicologo, logopedista, ecc.), piuttosto che in quella (“*a valle*”) di carattere esecutivo, in cui prevale la matrice socio-educativa o socio-assistenziale, scevra da implicazioni di carattere fisico-riabilitativo e soprattutto, per quanto si è detto, destinata a realizzarsi in un ambito extra-istituzionale al fine principale e qualificante di favorire il recupero da parte del paziente delle sue inespressate capacità inter-relazionali nei tipici contesti strutturati di vita familiare e sociale in cui si svolge la sua esistenza quotidiana.

(11) Tar Campania, Napoli, Sez. V, n. 3735/2021.

(12) Tar Campania, Napoli, Sez. V, n. 3735/2021, cit.

Va altresì precisato che la particolare caratteristica del programma assistenziale Aba non attenua il fine eminentemente curativo, tant'è che il relativo costo viene posto a carico della Asl proprio in ragione del suo ruolo primario nel predisporre le linee attuative e nell'esercitare il controllo sul relativo svolgimento; comunque ne pone in rilievo l'obiettivo primario, il quale conserva la sua rilevanza e meritevolezza anche qualora esso non possa perseguire in pieno ed in maniera certa il suo obiettivo "curativo", che è quello di facilitare l'inserimento partecipativo del minore affetto da disturbo autistico entro un quadro relazionale soddisfacente, in ragione delle forme di manifestazione prevalenti del disturbo di tipo psico-educativo-sociale, pur nella variegata molteplicità espressiva quanto a gravità ed a sintomatologia dello stesso.

Consegue dalla peculiare configurazione che assume il trattamento *de quo*, come già evidenziato, che nella prevalente legislazione anche regionale, e salvi i suoi successivi eventuali sviluppi, non solo non è generalmente previsto, ai fini della esecuzione delle prestazioni in discorso, alcun titolo di accreditamento c.d. istituzionale (*ergo*, ex art. 8-bis d.lgs. n. 502/1992), attesa la compresenza nella sua erogazione di contenuti ed apporti sanitari e socio-assistenziali, ma nemmeno è richiesta una diversa quanto alternativa forma di accreditamento c.d. di settore, che non è contemplata, per la specifica tipologia assistenziale *de qua*, dagli ordinamenti regionali.

Del resto, se la specifica finalità dell'accreditamento è di assicurare, pur in un contesto di affidamento del servizio mediante procedura selettiva, "un utilizzo efficiente e razionale delle risorse pubbliche, oltre che elevati livelli prestazionali di tutela della salute e di cura", non v'è ragione ostativa all'individuazione quali erogatori di soggetti privi del titolo *de quo*, a fronte dell'indubbio beneficio che ne trae l'interesse pubblico all'ampliamento della platea dei soggetti erogatori ed alla connessa riduzione dei costi di acquisizione; d'altronde, dovendo la somministrazione del trattamento avvenire in un contesto di tipo non istituzionale, ma nell'ambito degli abituali luoghi di vita del paziente e nel quadro di un rapporto professionale diretto e fiduciario tra il medesimo ed il tecnico Aba preposto alla sua concreta esecuzione, la garanzia di un adeguato livello qualitativo delle prestazioni, più che nei requisiti di ordine strutturale ed organizzativo della struttura (eventualmente) accreditata, riposa sulle garanzie di professionalità degli operatori.

L'evidenziato carattere multiforme del disturbo, che non è inquadrabile in una univoca codificazione di tipo diagnostico-terapeutico, ma viene necessariamente ricondotto ad uno "spettro" di alterazione delle dinamiche cognitivo-comportamentali, rende evidente l'appropriatezza di una strategia di intervento a carattere multidisciplinare, che ricomprende metodologie curative di tipo sanitario, socio-sanitario e socio-assistenziale; in tal modo si consente all'organo prescrittore (ovvero al Npaa) l'individuazione del trattamento più adatto alla peculiare fisionomia assunta nel singolo paziente ed al bisogno assistenziale che il medesimo, in un contesto non avulso dal sistema di relazioni ove è inserito, concretamente manifesta.

Il necessario conseguenziale approccio multidisciplinare si traduce a livello assistenziale nella presa in carico globale del paziente autistico, in modo da garantirne l'integrazione scolastica, sociale, familiare nei diversi ambiti assistenziali.

Il Consiglio di Stato ha avuto già modo di osservare che, "ove esercitino attività diretta attraverso i propri presidi, le medesime Asl possono avere necessità di acquisire servizi, anche di carattere sanitario, nel qual caso si impongono procedure di evidenza. Ovviamente, se obiettivo della procedura selettiva fosse la totale esternalizzazione della prestazione da rendere sul territorio, si porrebbe un problema di accreditamento del partner contrattuale, destinato ad operare nei confronti degli utenti quale soggetto autonomamente responsabile, dotato di propria struttura, personale ed attrezzatura tecnica.

Il problema dell'accreditamento non si pone invece quando l'appalto o la procedura selettiva sia utile ad acquisire servizi strumentali all'erogazione di una prestazione che si svolge nella struttura a ciò deputata (ossia nel presidio o nelle articolazioni organizzative della Asl) e rimane nella titolarità e nella responsabilità di quest'ultima. [...] Infatti rimangono in capo all'azienda sanitaria sia la complessiva gestione del servizio (individuazione e valutazione degli utenti/pazienti da inserire nella struttura o dimettere, programmare il tipo di intervento necessario per ogni singolo utente/paziente, definire i modelli e protocolli organizzativi, programmare gli obiettivi e la gestione del progetto assistenziale e verificarne i risultati, prestazioni medico-sanitarie, ecc.), sia la gestione della struttura e dei servizi gestionali (fornitura pasti, pulizia locali, fornitura medicinali, utenze, manutenzione locali, mobilio e attrezzature, materiale di consumo per normale funzionamento della struttura ed espletamento del servizio, ecc.). La ditta aggiudicatrice dovrà invece svolgere, mediante l'impiego dei propri operatori, esclusivamente le attività riabilitative sulla base del piano di intervento personalizzato predisposto e redatto dal Crra-Dsm, e sotto la costante attività di direzione da parte dell'azienda sanitaria" (13).

Il trattamento Aba viene generalmente erogato – sia nella fase programmatica, mediante la predisposizione del Pai, sia nella fase esecutiva – sotto il diretto controllo della Asl attraverso il Nnpia, mentre la sua concreta somministrazione si svolge al di fuori del contesto istituzionale tipico delle strutture riabilitative: ne discende che le relative prestazioni, piuttosto che svolte "per conto" del Ssn, si presentano come "proprie" dello stesso, ancorché somministrate per il tramite degli erogatori professionali all'uopo individuati.

(13) Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2017, n. 6123.

In alternativa al quadro così delineato, ove mai l'amministrazione dovesse provvedere ad una più analitica regolamentazione delle attività applicative della metodica Aba, attraverso la distinta previsione e disciplina delle prestazioni di carattere prevalentemente sanitario rispetto a quelle sociali e socio-educative, che spesso si trovano invece unitariamente considerate, ed in particolare con lo scorporo di quelle di carattere riabilitativo, queste ultime non potranno che costituire oggetto di affidamento esclusivo a favore dei centri all'uopo accreditati *ex art. 26 l. n. 833/1978* (14).

6. Riflessioni conclusive

A conclusione del discorso deve osservarsi che, nella materia della sindrome autistica, le aziende sanitarie territoriali sono state lasciate sole ad affrontare problematiche ancora irrisolte univocamente a livello scientifico senza direttive univoche provenienti dagli enti regolatori, talché ognuna di esse ha cercato una soluzione possibile.

Ne deriva un quadro confuso, in cui manca l'uniformità delle prestazioni su tutto il territorio nazionale e finanche nelle modalità della loro erogazione.

D'altronde la capillare diffusione di tali disturbi sul territorio rende difficile la concentrazione dell'erogazione delle prestazioni presso la stessa Asl e/o in pochi centri accreditati, specie ove manchi nella legislazione regionale la previsione di un apposito accreditamento proprio del metodo Aba, talché il discorso si sposta sulla qualificazione di coloro che si occupano delle terapie piuttosto che degli aspetti organizzativi messi a disposizione dei centri più o meno accreditati, che si pongono come strumentali rispetto alle prestazioni da erogare.

Poi si rileva un altro aspetto critico per la garanzia di un adeguato livello qualitativo delle prestazioni Aba, costituito dai requisiti professionali minimi dei professionisti chiamati ad erogare tali "prestazioni socio-sanitarie ad elevato contenuto sanitario", che non sono previsti dalla legge.

Fin quando infatti il legislatore non interverrà a livello nazionale, istituendo un apposito albo professionale, il rischio di inappropriata delle prestazioni Aba non sarà scongiurato e le speculazioni non termineranno; speculazioni alimentate anche dal *business* della formazione Aba approssimativa che avrebbe la pretesa di trasformare in "tecnico Aba" qualsiasi diplomato, di qualsiasi area disciplinare, che voglia cimentarsi con l'autismo.

Tutto ciò premesso occorre riflettere sulle modalità e sulle connesse procedure per l'esternalizzazione dei servizi, con le necessarie scelte strategiche in particolare sulla modulazione del servizio.

L'unico punto fermo è costituito dalla necessità giuridica che almeno la fase di indirizzo/controllo sia riservata all'azienda sanitaria pubblica.

Anche ove si intenda esternalizzare l'intero servizio, mantenendo nelle Asl solo i predetti poteri di indirizzo e controllo sull'erogazione delle prestazioni, occorre, come minima garanzia, il prerequisite dell'accREDITAMENTO istituzionale, anche se non specifico per il trattamento Aba, in capo al centro appaltatore, chiamato ad operare nei confronti degli utenti quale soggetto autonomamente responsabile, dotato di propria struttura, personale ed attrezzatura tecnica.

Le scelte strategiche di cui sopra riguardano invero generalmente la fase esecutiva, in cui si effettuano le concrete prestazioni, sul presupposto che difficilmente le aziende sanitarie possiedano articolazioni organizzative sul territorio in condizione di completare l'erogazione di tutte le suddette attività.

A questo punto le opzioni sul campo sono astrattamente varie, cui corrispondono soluzioni procedurali diverse sia nel sistema di affidamento che negli stessi requisiti richiesti.

In particolare si può tentare una difficile separazione delle tipologie di siffatte prestazioni, individuando quelle a contenuto prettamente medico-sanitario da affidare a strutture con apposito accreditamento e quelli a contenuto riabilitativo-educativo da affidare a professionisti qualificati organizzati in centri anche non accreditati; in alternativa possono concentrarsi tutte le prestazioni c.d. esecutive, che possono essere esternalizzate a strutture dotate delle necessarie professionalità, ancorché non accreditate.

Indubbiamente risultano preziose le indicazioni surriferite provenienti dal Consiglio di Stato, che ha ben puntualizzato come il sistema Aba, nella sua interezza, in linea di massima resta sempre e comunque all'interno del Ssn che può, in caso di necessità, servirsi di soggetti esterni i quali, dotati delle necessarie professionalità, si pongono come propaggini applicative dell'azienda sanitaria.

Il trattamento Aba costituisce una competenza propria "in toto" dell'azienda sanitaria, che, mantenendone titolarità e erogazione, può servirsi per la concreta somministrazione delle prestazioni – da fornire prevalentemente al di fuori del contesto istituzionale tipico delle strutture riabilitative/sanitarie, cioè in casa o a scuola – di figure professionali esterne, più o meno raggruppate in centri organizzati, che si pongono come meri strumenti attuativi all'uopo individuati.

In tali contesti – laddove si tende ad acquisire servizi funzionali all'erogazione di prestazioni comprese nella titolarità e nella responsabilità dell'azienda pubblica, che si svolgono nella struttura a ciò deputata (ossia nel presidio o nelle articolazioni organizzative dell'Asl) e/o negli ambienti di vita del paziente quali scuola o abitazione – non ha senso logico-giuridico né utilità pratica richiedere, quale prerequisite di partecipazione alle relative procedure selettive per l'affidamento, richiedere ai centri, che si pongono come terminali dell'organizzazione sanitaria pubblica, il possesso dell'accREDITAMENTO, che si trasformerebbe in un inutile privilegio.

(14) Cons. Stato, Sez. III, n. 08954/2021.

Invero il metodo più utilizzato in una situazione del genere – laddove si mira a mettere a disposizione degli utenti una varietà di centri qualificati in leale concorrenza tra di loro – piuttosto che una gara di appalto, risulta quella di una procedura ad evidenza pubblica, a carattere essenzialmente idoneativo, per l’inserimento in una *short-list* specifica, da cui gli utenti possano attingere i servizi loro necessari, nei limiti riconosciuti dal Ssn, sempre seguendo le indicazioni stringenti dei competenti organi della Asl erogante, che rimane sempre partecipe del processo abilitativo.

Diversa è l’ipotesi teorica, peraltro di dubbia ammissibilità, in cui si intenda esternalizzare l’intero servizio, mantenendo nelle Asl solo poteri di indirizzo e controllo sull’erogazione delle prestazioni; qui occorre, come minima garanzia, il prerequisite dell’accreditamento istituzionale, anche se non specifico per il trattamento Aba, in capo al centro appaltatore, chiamato ad operare nei confronti degli utenti quale soggetto autonomamente responsabile, dotato di propria struttura, personale ed attrezzatura tecnica.

Come ulteriore ipotesi va considerato che la Asl o meglio la regione in via regolamentare, ove individuino le prestazioni da esternalizzare, distinguendo quelle a carattere prettamente medico-sanitario da quelle a contenuto socio-educativo, ben possono differenziare le tipologie di procedura, riservando l’erogazione delle prime ai centri accreditati tramite procedura “alleggerita” e aprendo la gara pubblica vera e propria relativamente alle seconde.

* * *

IL PRINCIPIO DI BUONA AMMINISTRAZIONE E IL PROCEDIMENTO TRIBUTARIO: UN BINOMIO POSSIBILE?

di Maria Assunta Icolari (*)

Abstract: L'individuazione e la costruzione della buona amministrazione e dei principi di diritto comune applicabili anche al procedimento tributario costituisce da sempre il nucleo centrale dello studio del rapporto tra contribuente e Amministrazione finanziaria. Ciò, essenzialmente, per dare impulso al regolare svolgimento dell'azione tributaria e favorire la fiducia fra le parti. In un'ottica protesa a coniugare in una sintesi costituzionalmente apprezzabile ragioni di tutela e ragioni di efficacia e effettività, il saggio, dopo l'analisi dell'evoluzione del contraddittorio, basata sull'elaborazione offerta dalla giurisprudenza interna ed europea, si sofferma sul ruolo dell'istituto della conoscenza degli atti. Anche nella prospettiva di prevenire il contenzioso, affronta, infine, la disciplina della compliance con la peculiarità di rileggere negli strumenti di *soft law* che li prevedono una fonte finalizzata a evitare l'elusione, anche internazionale, aggirando gli ostacoli legati al principio europeo dell'unanimità in materia fiscale ed assicurando l'uniformità dei comportamenti.

The identification and construction of good administration and the principles of common law also applicable to tax proceedings has always been the core of the study of the relationship between the taxpayer and the financial administration. This, essentially, to boost the regular conduct of tax action and foster trust between the parties. With a view to combining in a constitutionally appreciable synthesis reasons of protection and reasons of efficacy and effectiveness, the essay, after the analysis of the evolution of the adversarial process, based on the elaboration offered by domestic and European jurisprudence, dwells on the role of the institute of knowledge of documents. Finally, also with a view to preventing litigation, it tackles the discipline of compliance with the peculiarity of re-reading in the soft law instruments that provide for them a source aimed at avoiding avoidance, including international, by circumventing the obstacles linked to the European principle of unanimity in tax matters and ensuring the uniformity of conduct.

Sommario: 1. *Considerazioni introduttive sull'applicazione del principio di buona amministrazione.* – 2. *Buona amministrazione e evoluzione della garanzia del contraddittorio nell'azione tributaria.* – 3. *L'art. 6 dello Statuto dei diritti del contribuente in attesa di un vero rapporto paritario tra amministrazione e contribuente.* – 4. *Uno sguardo conclusivo sulla compliance come chiusura del cerchio fra bisogno di parità delle parti e uniformità dei principi tributari.*

1. Considerazioni introduttive sull'applicazione del principio di buona amministrazione

Riflettere intorno al principio della buona amministrazione nel procedimento tributario è come imbattersi in uno scoglio e rimanervi fermi in quanto sembra oramai tutto già definito, senza aperture. È noto, infatti, sia che la nozione di buona amministrazione nell'accezione più positiva del termine si presenti come un aggettivo che caratterizza un agire multiforme, all'interno del quale si racchiudono i canoni ispiratori del *modus operandi* della p.a., sia che due sono i nuclei teorici da sempre contrapposti e tra i quali è difficile individuare una sintesi: il buon andamento, che corrisponde al corretto funzionamento, e l'efficienza (1). Nel diritto tributario, materia da sempre governata dal particolarismo giuridico, la loro attuazione si è manifestata sia attraverso l'inserimento di momenti di scambio tra l'amministrazione finanziaria e il contribuente, che ricorrendo a strumenti di corretta interpretazione e informazione del contribuente. Tutti questi strumenti, dopo uno scetticismo iniziale relativo alla loro capacità di incidere sul carattere dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, hanno contribuito a rafforzare la posizione del contribuente, da sempre parte debole del rapporto, a causa dell'incompletezza del procedimento sia nei principi della legge n. 241/90 che più in generale nelle norme costituzionali.

Anche se celati dall'interesse alla pronta riscossione del tributo, siffatti istituti hanno aperto a diversi profili di novità rispetto al rapporto tra buona amministrazione e procedimento tributario, sicché per delimitare il campo di indagine, oggetto dei paragrafi che seguiranno saranno: il contraddittorio, con la rilettura del suo percorso evolutivo anche alla

(*) M.A. Icolari è associata di Diritto tributario presso l'Università telematica "Guglielmo Marconi".

(1) Nonostante la loro generalità, il primo incide direttamente sul rapporto tra amministrazioni pubbliche e cittadini, rappresentando tutte quelle aspettative che ciascuna persona, quando si relaziona con la p.a., è legittimato a nutrire. L'efficienza, invece, da sempre sinonimo di un'erogazione efficace ed economica dei servizi pubblici da parte della p.a., attualmente è soggetta anche al tempo. Parametro per valutarla, con l'amministrazione di risultato, il tempo in cui l'interesse pubblico si deve concretizzare in beni o diritti diventa un valore perseguito anche attraverso l'aumento della discrezionalità-competenza tecnica, con l'unico limite dell'armonia con la legalità. In tema di buona amministrazione e procedimenti amministrativi, D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M. Pierra, (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, Giuffrè, 2019, 1 ss.

luce della recente riforma del processo, insieme alla comunicazione e agli strumenti di *compliance*. Con riferimento alla comunicazione, frutto del dovere di informazione, la disamina punterà a esaltare il suo valore nel procedimento tributario, rafforzando contestualmente anche la forza legislativa dello Statuto dei diritti del contribuente. La riflessione, poi, assume ad oggetto gli istituti frutto della *compliance*, classificandoli quali strumenti del multilateralismo utili ad evidenziare il bisogno di un fisco globale. Questi ultimi, infatti, incentrati sull'accordo con il contribuente, verranno indagati non solo perché consentono di evitare le sanzioni, ma per la capacità di promuovere regole fiscali unitarie a livello europeo che deriva dal loro potere di evitare l'elusione internazionale attraverso la persuasione, tipica degli atti di *soft law*, così come descritta originariamente da Bobbio. Correlato al dato che la fiscalità da tempo è un fattore che incide sulla concorrenza, pur rimanendo espressione della solidarietà, baluardo costitutivo sia della democrazia costituzionale ma anche dell'integrazione europea (2), il bisogno di un fisco unico multilivello è oramai imminente. Consapevoli che in questo momento storico l'elusione è l'istituto ideale per promuovere regole unitarie in quanto da sempre essa incide direttamente sulle condizioni economiche tra i vari Stati, modificando gli stili di vita dei consociati, è scopo della disamina riprendere dalle misure contro l'elusione internazionale l'impulso a lottare per lo scardinamento dell'unanimità ed il ridimensionamento del ruolo del Consiglio europeo. Tutto ciò attraverso l'incontro tra il fenomeno politico e quello giuridico, con il principio della buona amministrazione che assume valenza diversa, risultando utile anche per la soluzione di casi sinora irrisolti, quale quello della mancanza di regole sull'accertamento per le fattispecie imponibili immateriali, con poteri istruttori calibrati ancora solo sui luoghi fisici. Lo studio del principio sancito espressamente, per la prima volta, con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue) non può però tralasciare l'influenza esercitata negli anni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. La previsione dell'art. 41 della Carta, di cui appare utile interrogarsi anche sull'effettivo valore precettivo, rappresenta una sorta di contenitore che riconosce tutta una serie di prerogative, elaborate da dottrina e giurisprudenza sulla base anche di un processo di osmosi tra principi di diritto comune e diritto amministrativo, da tempo in atto in tutti i sistemi giuridici (3). Acquisita la valenza di principio fondamentale dell'Unione, il diritto a una buona amministrazione in materia tributaria assume una connotazione particolare con riferimento all'azione di controllo e alle attività di accesso, ispezione e verifica, allorché entrano in gioco i diritti di libertà inviolabili che, oltre a essere tutelati dalla Costituzione, trovano altresì riconoscimento e tutela anche nel diritto unionale. Questo è ben evidente nel contraddittorio applicabile dall'Amministrazione finanziaria, la cui analisi, in chiave evolutiva, sarà oggetto di attenzione al fine di evidenziare per un verso l'affermazione giurisprudenziale di taluni principi di diritto comune nell'azione amministrativa tributaria (4), per altro promuovere alcune modifiche legislative, visto il conflitto permanente tra valori del singolo e il *favor fisco*. Ostacolo a una nozione di interesse fiscale come interesse comune la scelta di approfondire il diritto al contraddittorio e l'istituto della comunicazione nell'azione tributaria, diretta, da un lato, ad acquisire cognizione dell'influenza europea sull'attuazione nazionale del principio di buona amministrazione, dall'altro a suggerire modifiche per rafforzare la posizione del contribuente. Pertanto, oggetto di attenzione sarà non solo la dicotomia che negli anni si è venuta a creare tra Corte di giustizia e giurisprudenza italiana di legittimità in tema di contraddittorio, diritto fondamentale per i tributi armonizzati, in base alla sentenza *Sopropè* (5), e negazione in termini assolutistici per i tributi non armonizzati, nonostante la previsione dell'art. 12, c. 7, dello Statuto (6), ma anche il ruolo attuale dei principi di diritto comune nel diritto tributario.

(2) In tal verso v. L. Antonini, *La solidarietà e il dovere tributario: tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo*, in <www.federalismi.it>, 16 novembre 2022.

(3) A tal riguardo, se inizialmente l'applicabilità di tale precetto alle amministrazioni nazionali ha suscitato un vivace dibattito, soprattutto con riferimento ai limiti della discrezionalità, con specifico riferimento alla materia tributaria, la giurisprudenza nazionale, sia di merito sia di legittimità, dopo un primo momento di chiusura tende in modo crescente a fondare le proprie decisioni in particolari ambiti sulla base dell'influenza del principio. Per contro, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, seguendo il suo metodo di dare per scontato l'uniformità dei principi nei vari Stati, per cui non opera una comparazione, inizialmente si è orientata nel senso che l'art. 41 rivolgeva il proprio precetto esclusivamente alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e quindi non era suscettibile di applicazione diretta all'interno degli Stati membri. Successivamente questo divieto sembra essere stato superato per cui il raggio d'azione dell'art. 41 sembra aver oltrepassato i confini delle istituzioni. In particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia negli anni ha fatto registrare oscillamenti tra posizioni negazioniste dell'applicabilità dell'art. 41 della Carta a livello dei singoli Stati membri, a posizioni "aperte", nelle quali il principio in parola rappresenta un principio generale dell'Unione europea e, come tale, direttamente operante nell'ordinamento nazionale degli Stati membri.

(4) Ci si riferisce, in particolare, all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che riconosce ad "ogni persona" il "diritto al rispetto della [...] vita privata e familiare, del [...] domicilio e della [...] corrispondenza". Sul versante del diritto comunitario (o "eurounitario"), rileva, poi, l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, con formulazione sostanzialmente identica all'art. 8 Cedu, assicura ad "ogni persona" il "diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni". Invero, è stato affermato che mentre in sede di accertamento l'azione amministrativa incide sulla sfera patrimoniale del privato, il quale ha diritto al pagamento della sola imposta dovuta, alle condizioni e con i presupposti sostanziali e procedurali previsti dalla legge, diversamente, in sede di indagine, l'attività conoscitiva autoritativa dell'amministrazione è suscettibile di incidere direttamente ed immediatamente su posizioni giuridiche tutt'affatto diverse, per lo più riconducibili alla sfera delle libertà individuali, e pertinenti non solo al contribuente, bensì ad ogni soggetto (anche terzo rispetto al soggetto "controllato") nei cui confronti l'amministrazione eserciti i propri poteri conoscitivi autoritativi.

(5) Corte giust. 18 dicembre 2008, causa C-349/07.

(6) Sul contenuto dell'articolo e sulla sua applicazione, v., *ex multis*, L. Salvini, *La "nuova" partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo Statuto del contribuente e oltre)*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 13; più di recente, R. Miceli, *Il contraddittorio pre-*

Chiaro, infine, che il tema buona amministrazione e procedimento tributario non si esaurisce nel contraddittorio; è interesse precipuo di questa riflessione sia far emergere il ruolo della comunicazione, in un'ottica che rivede nell'obbligo di informazione un epilogo tra garanzie procedurali del contribuente e corretta attuazione sostanziale del tributo, che preconizzare la riforma dello Statuto dei diritti del contribuente.

2. Buona amministrazione e evoluzione della garanzia del contraddittorio nell'azione tributaria

Buona amministrazione e contraddittorio tributario sono un binomio da sempre molto spinoso, per niente semplice; prima perché è un tema molto sentito e a lungo indagato, che ha prodotto un dibattito immenso in dottrina con prese di posizione spesso poco collimanti (7), e poi perché, essendo un argomento vasto e osservabile sotto diverse angolazioni, i profili di riflessione sono così tanti che appare difficile esaurirli tutti.

Al fine di delimitare il campo di studio, occorre premettere che nell'ordinamento tributario due sono le accezioni di contraddittorio comunemente riconosciute: in termini di difesa anticipata e come strumento di partecipazione (8). A queste due tipologie, invero, se ne può aggiungere anche un'altra che le sintetizza entrambe in un'unica forma, fondata sull'influenza esercitata dalla disciplina unionale, in particolare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (9).

Diretta a costruire un patrimonio di diritti fondamentali comuni già dai primi anni del 2000, la disciplina europea ha connotato il contraddittorio con la partecipazione del destinatario, garantendogli, nel contraddittorio a carattere di difesa anticipata, la facoltà di formulare le proprie osservazioni prima dell'emanazione dell'atto autoritativo.

Così descritte, le due tipologie di contraddittorio tributario non sono però sganciate fra loro, anzi entrambe concorrono a realizzare, pur se in momenti diversi, un provvedimento equo, rispettoso sia del canone della giusta imposta che del principio di buona amministrazione in quanto confezionato tenendo conto del contributo istruttorio del contribuente ovvero del trasgressore, nei casi di una violazione di un obbligo tributario. Opportunamente segnalato dalla dottrina, (10) purtroppo fino agli inizi degli anni 90 l'apporto del contribuente, fondamentale al fine di garantire la correttezza dell'atto impositivo, non sempre è stato assicurato, in quanto il particolarismo che connota la materia ha prodotto regole concernenti l'istruttoria tributaria che derogavano ai principi generali in virtù del *favor fisci*. Per questa motivazione prima erano soventi i casi in cui contribuenti non avevano cognizione di essere stati sottoposti a un controllo tributario, sino a quando non ricevevano l'atto impositivo, e altri casi in cui al contrario i contribuenti, ricevendo questionari, oppure l'invito a esibire documentazione, sapevano da subito dell'operato dell'Amministrazione fiscale nei loro confronti, potendo così interagire con l'organo istruttore. Tutto ciò, naturalmente, generava irragionevoli disparità di trattamento che il più delle volte sfociavano nel contenzioso per violazione del principio della buona amministrazione nonché della giustizia tributaria nell'accezione di giustizia sociale. Oggi mitigata dall'apertura al diritto comune anche nell'attività amministrativa tributaria e dalla dottrina sull'onere della prova nel giusto processo, motore della recente riforma del processo tributario ad opera della legge n. 130 del 31 agosto 2022 (11), la situazione appena descritta era

contenzioso nelle indagini tributarie: un principio generale senza disciplina di attuazione, ivi, 2016, I, 345; A.R. Ciarcia, *Il consenso del contribuente supera le garanzie dello Statuto in tema di verifica fiscale?*, in <www.rivistadirittributario.it>, 22 maggio 2022.

(7) L'esigenza del contraddittorio è particolarmente sentita da tutti in dottrina ed è ritenuto un principio immanente anche se con posizioni distinte derivanti dalle posizioni diverse. Senza la pretesa di riportare tutti, per una ricostruzione dell'istituto in termini partecipativi v. G. Ragucci, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*; F. Natoli, G. Ingraio, *Il rispetto del contraddittorio e la residualità dell'accertamento tributario*, in *Boll. trib.*, 2010, 485, i quali ritengono che il contraddittorio, pur senza una legge *ad hoc*, sia desumibile obbligatoriamente dall'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente. L'obbligo del contraddittorio preventivo è generale anche per M. Basilavecchia, *Funzione impositiva e forme di tutela*, Torino, Giappichelli, 2018, 3^a ed., 215 ss., e per A. Viotto, *I poteri di indagine dell'amministrazione finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*. Per A. Marcheselli, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale del diritto comunitario*, in *GT-Riv. dir. trib.*, 2009, 203, e in *Il contraddittorio va sempre applicato ma la sua omissione può eccipirsi in modo pretestuoso*, in *Corriere trib.*, 2014, 2536, è l'art. 12, c. 7, dello Statuto a essere il principio generale che obbliga ad attivarlo preventivamente. Per un'altra parte della dottrina, invece, la norma dello Statuto esprime l'obbligo di avviare il contraddittorio per l'ufficio soltanto nella fase conclusiva delle verifiche svolte presso il contribuente; in merito, *ex multis*, L. Salvini, *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell'accertamento*, ivi, 2009, 3572. Per chi scrive e per la peculiarità dei diritti in questione è più opportuno che l'obbligo venga sancito espressamente. Nel frattempo, una pronuncia costituzionale, mediante un'additiva di principio, potrebbe estendere l'obbligo. Pur conoscendo bene i limiti del cosiddetto giudice legislatore con tale pronuncia si potrebbero evitare discriminazioni arbitrarie tra i contribuenti in ragione della tipologia di tributo o del suo procedimento di attuazione. Fondata sul collegamento con l'art. 111 Cost., la questione del contraddittorio richiama anche il bisogno di una soluzione unitaria dell'istituto dell'invalidità dell'atto in diritto tributario.

(8) Sul rapporto tra attività di controllo e accertamento tributario, come momenti autonomi che, nel distinguere le due forme di partecipazione, pongono in luce tutti i limiti di un contraddittorio non generalizzato, in dottrina v. F. Gallo, *Contraddittorio procedimentale e attività istruttoria*, in *Dir. e pratica trib.*, 2011, I, 467.

(9) Sia la Cge che la Cedu, nel valutare la legittimità di limitazioni di diritti fondamentali, quale la difesa per la mancanza dell'esperienza del diritto a essere ascoltati, si sono cimentate più volte sulla compatibilità tra la normativa nazionale in tema di ostacoli procedurali e principi europei fondamentali quali la proporzionalità, la tutela effettiva o il legittimo affidamento. In tema, fra gli altri, v. F. Amatucci, *L'autonomia procedimentale tributaria nazionale ed il rispetto del principio europeo del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 257.

(10) L. Salvini, *La partecipazione del privato all'accertamento tributario*, Torino, Giappichelli, 1990, *passim*.

(11) La riforma, con l'introduzione del c. 5-bis nell'art. 7 del d.lgs. n. 546/1992 sull'onere della prova nel processo tributario, segna una svolta nel diritto tributario processuale riportando il processo nei canoni configurati dalla Costituzione. In particolare, seguendo le indicazioni della più risalente dottrina, E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, Milano, Giuffrè, 1966, 363, in ordine alla consistenza e

quella che si verificava sino al 2010 in tema di accertamento sintetico sul reddito delle persone fisiche (12). Nel caso di specie, pur essendo prevista la possibilità di offrire prova contraria nella fase istruttoria, essa era solo facoltativa. Proprio per siffatta mancanza partecipativa, che contribuiva a rendere incerta la verità dei fatti sui quali si fondava l'atto impositivo, quando il contribuente non era venuto a conoscenza del procedimento di controllo che lo riguardava poteva difendersi esclusivamente nella fase processuale.

Nonostante il particolarismo della materia avesse consentito che le disposizioni della legge n. 241 del 1990 dedite alla partecipazione e all'accesso non fossero applicabili al procedimento tributario (in merito si richiama il c. 2 dell'art. 13 della l. n. 241/1990), negli anni la pervasività di tali valori è risultata però innegabile. Ciò, invero, è confermato sia dal riconoscimento dell'amministrazione di risultato anche nella materia, che dalle pronunce della giurisprudenza amministrativa sull'accesso, in particolare quelle del Consiglio di Stato, pur se per gli atti tributari viene consentito solo ad avviso di accertamento terminato, motivato da ragioni difensive.

Come una sorta di diritto muto che si è andato affermando negli anni, insieme al bisogno di deflazionare il contenzioso, l'estensione delle garanzie previste dalla legge 241 del 90 è anche alla base anche della previsione dell'accertamento con adesione. Per la prima volta la pretesa tributaria non è unilaterale ma scaturisce dall'incontro con le ragioni del contribuente, sebbene in una forma di accordo pubblicistico e mai di negoziato di natura privatistica (13). Seppur anche in questo caso non obbligatorio nel procedimento tributario, quando richiesto espressamente dal contribuente, l'Amministrazione finanziaria non può esimersi dall'attivarlo.

Nel ripercorrere l'evoluzione del contraddittorio come strumento per favorire il rapporto di fiducia tra le parti del rapporto tributario e quindi il regolare svolgimento dell'azione tributaria, va aggiunto che negli stessi anni viene finalmente estesa all'istruttoria tributaria anche un altro strumento di garanzia per il contribuente, il potere di autotutela tributaria. Sulla stessa scia viene poi emanato lo Statuto dei diritti del contribuente, il quale fissa come punti fermi l'affidamento e l'introduzione del lasso di tempo entro il quale emanare l'avviso di accertamento dopo le verifiche, senza però prescrivere una sanzione per i casi di mancata osservanza di tale termine. Ciò provoca un dibattito giurisprudenziale molto acceso, placato solo da tre sentenze della Cassazione a Sezioni unite che sanciscono i principi operativi dell'art. 12 dello Statuto. Nel frattempo nello scenario europeo arriva la sentenza *Sopropè* (14), in materia doganale, che stabilisce un principio di giustizia, ovvero che nessun provvedimento può essere assunto senza che prima sia data possibilità al contribuente di essere stato messo in condizione di conoscere e difendere la sua posizione. Un settore, quello doganale, di matrice europea e che quindi evidenzia ancora di più la distonia con il sistema nazionale, dove il contribuente può interloquire ancora solo attraverso il processo. Tale distonia è però il motore di un dibattito che si concentra prima sulle manchevolezze dello Statuto del contribuente, mitigate dalla possibilità di esperire l'accertamento con adesione anche dopo l'emanazione dell'avviso di accertamento, per poi arrivare al primo punto fermo in tema di contraddittorio con la pronuncia della Cassazione a Sezioni unite n. 18183 del 2013. Pur riferendosi solo ai casi dove v'è stata una verifica fiscale, con tale pronuncia viene sancita per la prima volta l'invalidità dell'atto che non rispetti la prescrizione del termine di cui all'art. 12, c. 7, della l. n. 212/2000, dopo che per anni ciò aveva dato luogo solo al risarcimento danni.

Pietra angolare del contraddittorio nell'azione tributaria, nonostante la rinnovata previsione della sanzione per l'amministrazione inadempiente, l'eguaglianza è il parametro per cui, ritenendo palese la violazione dell'art. 111 Cost., ci si interroga sul bisogno di estenderlo anche nei casi di istruttoria avvenuta senza verifiche, dopo il verbale di chiusura delle indagini. Interpretazione estensiva che è alla base anche della seconda sentenza a Sezioni unite n. 19667 del 2014, dove la Cassazione enuncia il principio del contraddittorio nell'azione tributaria come un principio ineludibile, mutuando le motivazioni dalla sentenza *Sopropè* in virtù dell'osmosi che deve sussistere in tema di diritti fondamentali tra i due ordinamenti, nazionale ed europeo.

alla fondatezza di tale onere, spetta all'amministrazione provare i fatti costitutivi della pretesa. Sulla necessità di una riforma della giustizia tributaria, con un contributo che puntava sull'interesse fiscale come interesse dell'amministrazione coniugato a quello del contribuente, v. F. Gallo, *La nuova giustizia tributaria e i doveri del legislatore*, in *Il Sole 24ore*, 23 giugno 2018; mentre sull'onere della prova, *ex multis*, S. Muleo, *Riflessioni sull'onere della prova nel processo tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2013, 603. Più di recente la riforma del processo del 2022 è stata oggetto di studio di G. Melis, *La legge 130 del 2022: lineamenti generali*, in <www.giustiziainsieme.it>, 19 dicembre 2022, e di P. Coppola, *Le misure deflattive per la tregua/pace fiscale a confronto: alla scoperta di "quello che c'è" e di "quello che non c'è" nella legge rispetto ai traguardi ed obiettivi del Pnrr*, *ivi*, 16 febbraio 2023. All'interno della riforma, sul rapporto da sempre problematico tra prova nel processo tributario e giusto processo v. N. Sartori, *I limiti probatori nel processo tributario*, Torino, Giappichelli, 2023, *passim*. Continuando sul diritto processuale tributario, per un contributo di più ampio respiro sull'impugnabilità degli atti, in un'ottica protesa anche alla trattazione del rapporto tra annullamento dell'atto e fenomeno impositivo, v. A. Kostner, *Gli atti impugnabili nel processo tributario*, Torino, Giappichelli, 2022, *passim*.

(12) Oggetto di continue modifiche già dal 1991, sulla riforma accertamento sintetico del 2010, già dal 1991, *ex multis*, G. Ragucci, *Il "nuovo" accertamento sintetico tra principio del contraddittorio e garanzie del giusto processo*, in *Corriere trib.*, 2010, 3809.

(13) La partecipazione del contribuente, protesa alla definizione consensuale della pretesa tributaria avvicina, attraverso l'accertamento con adesione, la fattispecie al principio introdotto dalla l. n. 241/1990, secondo il quale la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente. In particolare, in una chiave evolutiva, lo avvicina agli accordi sostitutivi.

(14) Corte giust. 18 dicembre 2008, causa C-349/07, cit.

Osservato alla lettera, in tutte le tipologie di accertamento, l'applicazione di tale principio avrebbe comportato una riduzione dei termini di decadenza, con a livello procedurale la difficoltà ad evitare controdeduzioni pretestuose o dilatorie. Ciò è il motivo per cui, nel 2015, la Cassazione rivendica l'inammissibilità di siffatta interpretazione estensiva, rimarcando la peculiarità del diritto interno dove il vincolo non è previsto da nessuna disposizione *ad hoc* a differenza dei tributi armonizzati. Dopo questa pronuncia il cammino del contraddittorio è sempre più arduo; si susseguono, infatti, una serie di sentenze che rigettano le richieste di annullamento dell'atto impositivo, opponendo ostacoli procedurali, quale quello di dover allegare la prova della fondatezza della richiesta, oppure la prova di resistenza, cioè il contribuente deve provare che il risultato sarebbe stato diverso da quello che si è ottenuto se fosse stato ascoltato durante la fase istruttoria.

Attualmente la situazione è rimasta peculiare, con un diritto al contraddittorio che è riconosciuto essenziale anche nel procedimento tributario ma il cui esperimento resta ancora pieno di incongruenze, in quanto la giurisprudenza prevalente lo interpreta come un dovere in capo all'amministrazione che si sostanzia nell'accoglimento delle deduzioni difensive solo nei casi tassativamente prescritti, al di fuori di essi però non esiste alcun obbligo, neppure di motivazione (15). A livello di prassi interpretativa, invece, l'Agenzia nelle circolari, percepita l'importanza di una norma quadro sul contraddittorio, lo teorizza come una garanzia da attivare sempre anche nell'interesse dell'amministrazione, soprattutto dopo aver sviluppato consapevolezza dei limiti dell'art. 5-ter del d.lgs. n. 218/1997, introdotto a luglio 2020 (16).

Nell'attesa di una previsione espressa del contraddittorio nell'azione tributaria, dopo la pronuncia della Corte di giustizia del 2020 sull'accesso al fascicolo in materia di Iva (17), per assicurare la parità delle parti si può puntare infine anche sul dovere di conoscenza degli atti dell'amministrazione, elevandolo a principio immanente dell'azione tributaria (18).

3. L'art. 6 dello Statuto dei diritti del contribuente in attesa di un vero rapporto paritario tra amministrazione e contribuente

Dopo aver analizzato il percorso del contraddittorio in materia tributaria è chiaro come anche la nozione di buona amministrazione sia in evoluzione anche perché, come ampiamente evidenziato, negli ultimi anni si sta assistendo ad un incremento delle materie tributarie ricomprese nella sfera di attribuzione dell'Ue, basti pensare solo alle direttive europee in materia di deduzione degli interessi passivi e o di dividendi, *royalties* e riorganizzazioni societarie a carattere intracomunitario o alle regole di derivazione rafforzata, tutti casi in cui non si distingue fra tributi armonizzati e non (19).

Premessa l'importanza del ruolo delle Corti, quest'ampliamento, potenziando ancor di più la disparità di trattamento, richiede che il principio di buona amministrazione venga posto al centro del sistema amministrativo come diritto fondamentale del contribuente. Al fine di conferirgli una tutela più incisiva e ricondurre l'azione amministrativa tributaria nell'alveo degli articoli 53 e 97 Cost., si può quindi puntare sull'obbligo informativo come un rapporto non epistodico con il contribuente, esperito nelle varie forme della conoscenza, non residuale, degli atti.

La chiave di volta rispetto a un contraddittorio non ancora generalizzato è quella di elevare il principio dell'art. 6 dello Statuto a principio generale ed immanente volto ad assicurare la tassazione equa e sostenibile, esigenze avvertite sin dai tempi della Rivoluzione Francese e alla base della previsione anche della previsione di uno Statuto dei diritti del contribuente europeo, così come auspicato anche dalla Commissione (20).

(15) Tra gli aspetti più deludenti legati alla mancata positivizzazione del contraddittorio nell'azione tributaria c'è sicuramente un'applicazione molto disorganica tra le diverse fattispecie, basti solo dire che l'invalidità dell'atto per mancata motivazione delle deduzioni si realizza solo nel caso di inosservanza del c. 7 dell'art. 12 dello Statuto, ovvero quando l'avviso di accertamento è stato emanato prima dei 60 gg. disposti per presentare le deduzioni da parte del contribuente. Tutto ciò nonostante la sentenza costituzionale n. 132/2015 in tema di contraddittorio rinforzato, la quale oltre a sancire la legittimità della norma che lo istituisce in tema di abuso, ribadisce, in linea con l'ordinamento europeo, la sua natura di diritto fondamentale avanzando l'illegittimità di tutte le norme settoriali che non lo prescrivono. Purtroppo le norme in questione non essendo state oggetto di giudizio non possono modificare lo stato dell'arte e questa sentenza, rimasta isolata, ha comportato una frattura ancora più forte con i diritti del contribuente nei tributi armonizzati. L'ordinamento invero riconosce un modello perfetto di contraddittorio, presente addirittura nel diniego di rimborso, nell'art. 22 del codice doganale.

(16) Le norme che disciplinano il contraddittorio sinora sono state collocate solo nella fase difensiva e non in quella conoscitiva, in quest'ottica invero è stato formulato sia il c. 7 dell'art. 12 dello Statuto, sia l'art. 5-ter del d.lgs. n. 218/1997. Sulle attività conoscitive e di controllo e l'attività di accertamento come sfere di attività dotate di reciproca, ancorché relativa, autonomia funzionale e procedimentale ed in particolare sulla distinzione tra partecipazione collaborativa e difensiva v., fra gli altri, L. Salvini, voce *Procedimento amministrativo (diritto tributario)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 4531 ss.

(17) Corte giust. 4 giugno 2020, C-430/19.

(18) Utile anche nelle verifiche presso terzi, ovvero in tutti quei casi in cui il contribuente non sa di essere oggetto di controllo, nel nostro ordinamento tale principio purtroppo non essendo assoluto non consente neppure l'applicazione dell'art 5-ter, favorendo al contrario il ricorso a accertamenti parziali, poco garantisti per il contribuente.

(19) In merito, v. G. Vanz, *Problemi aperti in tema di contraddittorio nei procedimenti di accertamento tributario nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in <www.dpceonline.it>, 4 gennaio 2020.

(20) In questo solco, infatti, la Commissione già dal 2020 ha ribadito l'importanza della costruzione di un sistema tributario europeo tecnologico e trasparente, anche se con riferimento agli adempimenti richiesti ai contribuenti non è chiaro se la stessa preveda di dettare

Anche se la sua realizzazione sconta una serie di resistenze, la scelta di proporre una riforma del combinato disposto del c. 2 dell'art. 5 e dell'art. 6 dello Statuto del contribuente riposa su diversi assunti tra loro correlati. Il primo è quello della convergenza e divergenza tra i principi di diritto amministrativo e quelli di diritto tributario, incentrati da sempre a garantire di più le prerogative pubbliche, in virtù di una loro relazione biunivoca proprio con siffatta efficienza. Al fine di garantire i diritti del contribuente, tale relazione deve essere gestita dai pubblici poteri, i quali, nell'ambito dell'esercizio delle funzioni autoritative, assicurano il livello minimo di garanzia tipico di tali funzioni ricorrendo alla trasparenza delle procedure ma anche alla conoscenza da parte del contribuente degli atti a lui destinati.

Su queste premesse e nel solco tracciato dall'art. 97 della nostra Carta costituzionale la spinta per un diritto all'informazione quale diritto soggettivo in capo al contribuente è finalizzata sia al ridimensionamento del potere dell'Amministrazione finanziaria, che a un miglior controllo democratico dell'operato dei pubblici poteri, riorganizzando in tal modo un dovere sinora solo settoriale. Consapevoli della difficoltà attuativa di un tal tipo di previsione per una serie di resistenze quali: l'origine privatistica del principio di trasparenza (precipitato del dovere di informazione); la difficoltà della verifica del suo stato, per la mancata previsione a livello normativo di indicatori generali in grado di misurarne l'attuazione e l'assenza di deroghe dal principio stabilite a livello primario, come nel sistema svedese (21), e la volontà di generalizzarlo risulta supportata dalle asimmetrie presenti sinora. A tal riguardo, il bisogno di un obbligo informativo immanente volto ad affermare anche quello di trasparenza è ancora più sentito in un sistema dove le forme di accesso generalizzato scontano il difficile bilanciamento con il diritto alla *privacy*, così ribadito anche dal nostro giudice costituzionale nella sentenza n. 20 del 2019, mentre a livello europeo vige da sempre una tendenza più generalizzata all'accesso (22). Pur non essendo questa la sede per approfondire l'argomento ma solo per evidenziare l'evoluzione del diritto tributario come un diritto non estraneo alla tutela delle garanzie fondamentali del contribuente, occorre sottolineare come prima della giurisprudenza europea anche la nostra suprema magistratura amministrativa aveva esteso la possibilità di accedere agli atti tributari anche se solo a istruttoria chiusa. Da sempre protesa al rispetto del patrimonio costituzionale comune europeo, in tema di trasparenza la Corte di giustizia è passata a più gravose forme di limitazioni dei diritti fondamentali in esito a bilanciamenti ragionevoli. È il caso prefigurato dalla pronuncia europea C-73/16 del 27 settembre 2017, ove è riconosciuta legittima la restrizione della tutela dei dati personali per motivi legati alla repressione della frode fiscale e all'interesse alla riscossione dei tributi, e più di recente dalla C-175/20 del 24 febbraio 2022, ove il diritto alla sicurezza viene ritenuto da perseguire nonostante la *privacy*. Come nel filone dedito alla caduta del segreto bancario, la giurisprudenza eleva il contrasto all'elusione internazionale a obiettivo generale che può limitare persino l'esercizio dei diritti fondamentali connessi. Ciò in special modo dopo che la digitalizzazione connota anche i procedimenti tributari, per cui, sempre per il rispetto della trasparenza, si impone anche l'adeguamento delle procedure accertative, come nel caso della prova digitale.

La seconda motivazione per cui si propone la modifica dello Statuto è quella che, prendendo spunto dal dovere imposto dall'art. 6, c. 2, in capo agli Uffici finanziari di rendere noti al soggetto passivo "fatti e circostanze" che o impediscono il riconoscimento di un credito o di un maggiore credito o che possano dare luogo all'irrogazione di una sanzione amministrativa (propria o impropria), connette al principio la funzione di evitare le sanzioni. Sul punto vale la pena citare la pronuncia della Corte costituzionale n. 5 del 2021, la quale, nel riconoscere la possibilità di sanare la propria posizione prima che la sanzione venga eseguita laddove non sia stato rispettato l'obbligo di preavviso da parte dell'Amministrazione finanziaria, attribuisce implicitamente un valore rafforzato all'art. 6 dello Statuto (23).

Con questa pronuncia, a fronte di una fin troppo spiccata tendenza afflittiva delle sanzioni tributarie che rileva anche dall'assimilazione a livello europeo con quelle penali sulla scorta dei criteri dettati dalla Corte Edu (24), oltre a incentivare la deflazione del contenzioso si attribuisce al dovere di informazione al contribuente il ruolo di strumento di correttezza nel rapporto buona amministrazione e procedimento tributario. Tale attribuzione è frutto della fatica dello Statuto in questi anni a orientare le garanzie del singolo contribuente, processo lento che stenta a avverarsi a causa di un'immutata incompletezza del procedimento tributario nelle regole costituzionali. Nel solco di una nuova nozione di democrazia partecipativa e sotto l'impulso della giurisprudenza creatrice dell'Unione europea si pone infine sia la

poche regole puntali volte all'uniformità fiscale, sulla falsariga del nostro Statuto, avvalendosi di quei principi che hanno costituito il fondamento della funzione creatrice più che nomofilattica della Corte di giustizia, o se si pensi a un diritto amministrativo tributario globale.

(21) Giustificate dalle varie qualifiche dell'interesse ovvero dal segreto.

(22) Sulla differenza ancora esistente fra giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza tributaria e tra giurisprudenza europea e quella nazionale, soprattutto nell'accesso nella fase endoprocedimentale, ed anche per la completezza della giurisprudenza riferita, v. M.P. Nasti, *L'habeas data in materia tributaria fra diritto amministrativo e procedimento tributario*, in *Dir. e pratica trib. int.*, 2021, 1112.

(23) Pur se i giudici annullano la legge regionale del Veneto poiché non fissa dei principi generali in una materia coperta da riserva relativa di legge ma lascia la previsione dei comportamenti da attuare per regolarizzare le violazioni ad atti secondari di volta in volta, riconoscono il meccanismo riparatorio attribuendo al dovere di informazione una funzione non residuale.

(24) Tutto ciò in una materia, quella delle sanzioni tributarie, particolarmente complessa, governata da una matrice fin troppo afflittiva, come per la confisca per sproporzione, acuita da ultimo con l'introduzione della responsabilità del soggetto passivo del tributo ai sensi della l. n. 231/2001. A ciò si aggiunge poi, in aperto contrasto con il tentativo della Corte di giustizia di superare la dottrina dei contro-limiti, l'applicazione non uniforme in tutti gli Stati membri del *ne bis in idem*, come viene evidenziato anche da qualche pronuncia recente della Cassazione, quale quella relativa alla residenza estera, asserita fittizia, contestata al famoso cantante Tiziano Ferro (Cass., Sez. V, 8 ottobre 2020, n. 21649).

necessità di un'applicazione generalizzata del dovere di informazione (25), che la modifica dell'istituto del Garante del contribuente, insieme a una riorganizzazione in un'unica legge delle definizioni agevolate dell'obbligazione tributaria, sulla scorta dell'esperienza francese dell'avviso bonario.

4. *Uno sguardo conclusivo sulla compliance come chiusura del cerchio fra bisogno di parità delle parti e uniformità dei principi tributari*

Sinora la descrizione del principio della buona amministrazione nel diritto tributario formale si è sviluppata seguendo il binomio partecipazione, basata sul dialogo continuo con il contribuente, e anticipazione della difesa, che tende alla parità delle parti, sebbene ferma al dilemma se attivarli sempre o solo quando previsti tassativamente (26). Allorquando l'analisi investe anche la sua connessione con la realizzazione della giusta imposta, non possiamo evitare di rileggere in tali istituti, e, in particolare, nella *tax compliance*, la crescente rilevanza assunta dal diritto comune nell'attività amministrativa tributaria. L'azione autoritativa, infatti, da tempo non è più solo un atto di imperio, ma deve essere rivolta a soddisfare gli interessi della collettività. A tal riguardo, sono sorti anche i vari istituti di *compliance* tributaria. Da sempre orientati a far emergere le basi imponibili, in quanto ancorati all'assolvimento spontaneo degli obblighi tributari, sulla base di comportamenti assunti dall'Amministrazione finanziaria, che nella fattispecie gode di un ruolo centrale, in questa sede essi vengono rivisti non solo per la loro connessione con le sanzioni, ovvero per la loro capacità di evitarle (27).

Pur se dediti alla correttezza e alla buona fede nel fenomeno tributario (28), gli organismi che promuovono la *compliance* quasi sempre la prescrivono anche nei casi di operazioni complesse che fuoriescono i confini territoriali nazionali o nelle operazioni prive di materialità, per evitare sia le storture e i disallineamenti fra i diversi trattamenti fiscali nei vari ordinamenti, che la mancata tassazione, per l'impossibilità a ripartire la potestà tributaria in ragione dell'assente collegamento con i luoghi fisici (29).

(25) Il dovere di informazione ha trovato espressione in diverse disposizioni dell'ordinamento tributario laddove il legislatore ha imposto all'Amministrazione finanziaria di:

1) chiedere al contribuente chiarimenti, informazioni, documenti utili a riesaminare la determinazione dell'imponibile e/o del tributo contenuto nell'atto endoprocedimentale con il quale si adempie all'obbligo informativo (comunicazione di irregolarità, artt. 36-*bis* e 36-*ter* d.p.r. n. 600/1973 e art. 54-*bis* d.p.r. n. 633/1972); il Pvc (art. 12, c. 7, Statuto dei diritti del contribuente); richiesta di chiarimenti *ex* art. 10-*bis*, c. 7, Statuto dei diritti del contribuente; atto di contestazione (art. 16 d.lgs. n. 472/1997);

2) formulare una proposta di compensazione tra il credito d'imposta e il debito iscritto a ruolo, invitando il debitore a comunicare se intende accettare la proposta nei 60 giorni successivi (art. 28-*ter* d.p.r. n. 602/1973);

3) comunicare preventivamente al debitore l'intenzione di iscriverne ipoteca su immobili o procedere al fermo amministrativo per consentirgli il pagamento entro i 30 giorni successivi del dovuto, salva la trasformazione dell'avviso in provvedimento definitivo (artt. 77 e 86 d.p.r. n. 602/1973).

Il legislatore, con l'introduzione dell'art. 5-*ter* al d.lgs. n. 218/1997 (art. 4-*octies* d.l. n. 34/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 58/2019), ha previsto l'obbligo di tramettere l'invito a comparire al contribuente in tutti i casi in cui non sia previsto il Pvc, allo scopo di promuovere l'accertamento con l'adesione, ha rafforzato, di fatto, gli obblighi di informazione a carico dell'Amministrazione finanziaria, in quanto con tale atto il contribuente viene a conoscenza dell'entità della maggiore imposta, ritenute, contributi, sanzioni e interessi che l'ufficio potrebbe richiedere con l'atto conclusivo del procedimento (avviso di accertamento). Tuttavia, le disposizioni in esse contenute, a dispetto della rubrica ("Invito obbligatorio"), non hanno portata generale ossia non risultano applicabili a tutte le attività di controllo esercitate dall'Amministrazione finanziaria. In dottrina, a favore di un accesso generalizzato anche al di fuori dei casi tassativamente prescritti, si sono espressi, fra gli altri, M. Pierro, *Il dovere di informazione dell'Amministrazione finanziaria*, Torino, Giappichelli, 2013, *passim*; Id., *La collaborazione e la partecipazione "informata" del contribuente nei procedimenti tributari e il diritto ad una buona amministrazione*, in <www.innovazionediritto.it>, 2018, 4, 5; M. Trivellin, *Il dovere di correttezza dell'Amministrazione finanziaria nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Padova, Cleup, 2014, *passim*; Id., *Il principio del giusto procedimento e gli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali*, in M. Pierro (a cura di), *op. cit.*, 355 ss.

(26) Da ultimo, in tema di preclusione di allegazione di dati e documenti forniti nella fase precontenziosa, Cass., Sez. V, 24 febbraio 2022, n. 6092, dedica particolare attenzione alla previsione delle cause di non imputabilità in capo al contribuente per impedire violazioni del suo diritto di difesa.

(27) Con l'espressione *tax compliance* si fa riferimento all'adempimento spontaneo degli obblighi tributari. Usato per descrivere la fedeltà del contribuente che collabora con l'Amministrazione finanziaria, adempiendo e correggendo spontaneamente gli eventuali errori commessi, il comportamento *compliant* del contribuente consiste in un atteggiamento di generale adesione degli adempimenti tributari. In dottrina a essersi occupati di *tax compliance* essenzialmente per il suo ruolo di certezza nel rapporto, esaltando il profilo soggettivo della correttezza interpretativa dell'Amministrazione finanziaria e, quindi, anche della connessione con il concetto di *Tax morale*, T. Rosembuj, *Tax morale*, Barcelona, El Fisco, 2016, *passim*; mentre a esaltare il suo rapporto con le sanzioni tributarie, sottolineando il ruolo insoddisfacente della giurisprudenza, G. Melis, *Tax compliance e sanzioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 2017, 751.

(28) Sulla capacità di rivedere nel regolare svolgimento dell'azione tributaria attraverso la funzione integrativa della corretta interpretazione che nasce dall'interpello per arrivare a elevare la funzione dei principi di buona fede e correttezza è evidenziata anche, sia consentito il riferimento, da M.A. Icolari, *La rappresentanza e la mediazione degli interessi nell'ordinamento tributario italiano*, Napoli, Esi, 2007, *passim*. Da ultimo, sempre in tema di istituti tramite frutto della norma europea sulla buona amministrazione, v. D. Conte, *Interpello tributario e diritto ad una buona amministrazione: riflessioni per un bilancio*, in *Dir. e pratica trib.*, 2022, 2024.

(29) Questo discorso della *tax compliance* come *moral suasion* delle distorsioni in campo fiscale, invero, si è reso necessario dopo che il nuovo scenario internazionale, caratterizzato da globalizzazione, nuove tecnologie e mobilità dei fattori produttivi, ha prodotto una serie di iniquità. In particolare da parte delle imprese multinazionali che, sfruttando a loro vantaggio le differenze esistenti nelle diverse legislazioni nazionali, riescono a ridursi il carico tributario mediante operazioni formalmente legittime, ma in contrasto con lo spirito della legge.

Consapevoli che questo discorso nasce dalla mancanza di un fisco globale, nel 2019 la Commissione ha varato una raccomandazione per superare gradualmente il criterio dell'unanimità, promuovendo il passaggio alla maggioranza qualificata mediante il ricorso alla procedura ordinaria della clausola passerella. Premesso che, come scandito dalla stessa raccomandazione, il tema della cooperazione fra Stati per evitare l'elusione è quello dove più facilmente si possono concordare a maggioranza qualificata le misure da varare, l'aspetto più problematico di tutta la vicenda è però il ridimensionamento del ruolo del Consiglio europeo, specie ora che nei casi di rischio per lo Stato di diritto può persino irrogare sanzioni finanziarie agli Stati membri (30). Nella disamina, la connessione tra la *compliance*, proposta dalle misure di cooperazione tese a evitare l'elusione, e la necessità di passare al criterio della maggioranza qualificata all'interno della Ue, prende le mosse per un verso dalle sollecitazioni già presenti e non prive di efficacia giuridica, provenienti da soggetti particolarmente qualificati nella rappresentanza dell'ordinamento tributario, per altro verso dalle resistenze a votare all'unanimità provvedimenti che incidono sugli assetti economici globali, quali l'implementazione di *Minimum global tax* sui redditi delle imprese digitali e o la previsione di una *Carbon tax*. Per quest'ultimi, invero, acclarata la rilevanza fiscale delle nuove fonti di ricchezza, un'imposizione unica si rende indispensabile sia per sostenere la tutela di diritti fondamentali, quali l'ambiente, che, in generale, per assicurare l'effetto redistributivo della tassazione (31).

Nel mentre si agisce a livello politico per realizzare entro il 2025 il procedimento decisionale europeo più rapido, l'aver collegato la *compliance* al regolare svolgimento dell'azione tributaria, così da evitare le sanzioni, ha sicuramente esaltato la cooperazione per eliminare l'elusione, prima tappa della transizione graduale verso il cambio del sistema decisionale di voto, illustrata dall'allora presidente Juncker. Dal punto di vista soggettivo, ovvero di chi la propone come soluzione per evitare decisioni all'unanimità, il meccanismo pone, però, una riflessione ulteriore, ovvero se in assenza di una sovranità tributaria europea e più in generale di regole di diritto tributario internazionale, si possa intravedere un nuovo potere costituente negli organismi che prescrivono la *compliance* per promuovere la certezza nell'applicazione del diritto tributario (32). Premesso che essa non rappresenta la panacea all'assenza di un fisco globale né potrà mai supplire la previsione di imposte europee capaci di attrarre a tassazione dovunque ci sia una connessione con il presupposto imponibile, è però innegabile che con la *compliance* si realizza un nuovo governo della tecnica che influenza, la legislazione e le relazioni tra le parti del rapporto tributario, obbligando in virtù degli effetti che raggiunge. D'accordo che non tutto può rispondere alla regola scientifica, per fronteggiare i diversi casi di elusione internazionale, si può apprezzare la posizione di quanti intendono proporre accordi tra amministrazione e contribuente per fronteggiare i limiti legati al solo ricorso alle regole della concorrenza, così come evidenziato anche dalla Corte di giustizia. In tal verso, un esempio calzante di come la potestà tributaria nazionale, favorevole a creare forme di vantaggio fiscale ingiusto che incide sulle condizioni di vita dei consociati, non possa subire limitazioni dalla sola disciplina europea sulla concorrenza è stato ribadito da ultimo anche dalla Corte di giustizia nella vicenda Fiat Chrysler dell'8 novembre 2022. Nel caso di specie il giudice europeo non ha ritenuto che l'accordo, ovvero il cosiddetto *Tax ruling*, sui prezzi di trasferimento tra società dello stesso gruppo localizzate in Stati diversi, fosse un aiuto di Stato illegale, in quanto chi

A tal proposito sia l'Ocse che la Commissione europea per reprimere tale fenomeno hanno puntato sulla *compliance* presentando una serie di iniziative volte a migliorarla in ambito internazionale ed europeo e a evitare la *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), ovvero quell'insieme di strategie poste in essere dalle imprese per sfruttare i disallineamenti normativi tra vari Stati, al fine di spostare artificialmente i profitti (*profit shifting*) da Paesi ad alta imposizione a Paesi a tassazione nulla o ridotta, ovvero abbattere la base imponibile attraverso pratiche elusive (*base erosion*). In tal verso vanno altresì rilette i lavori promossi e avviati dall'Ocse già dal 2002, dove la reciproca fiducia e collaborazione tra fisco e contribuente era imposta anche dal quadro eterogeneo dei regimi fiscali negli Stati membri, ciascuno dei quali caratterizzato da propri criteri per la determinazione di aliquote e basi imponibili. Dal canto suo l'Ue, conscia anche dei limiti derivanti dalla regola dell'unanimità, si è mossa, attraverso l'attività di scambio di informazioni, per incrementare la trasparenza e garantire in questo modo un patrimonio di informazioni direttamente funzionali agli obiettivi di *tax compliance*. Sulla scia dello *shock economico* provocato dalla pandemia del Covid-19, la Commissione europea ha presentato a partire da metà 2020 un piano d'azione con obiettivi molteplici, quali dotare il mercato unico di un codice di regole armonizzate con cui tassare le imprese in Europa e progetti di *cooperative compliance* per favorire lo sviluppo delle imprese all'interno dell'Ue. In ordine a quest'ultimo aspetto, dopo il progetto *Beps*, lanciato nel 2013 dall'Ocse e dal G20 con l'obiettivo di risolvere la problematica dell'erosione della base imponibile e del trasferimento degli utili, la realizzazione della trasparenza e della semplificazione attraverso la collaborazione tra Stati membri è stata affidata sia ai programmi volti alla *voluntary disclosure* da parte delle imprese che ai *Tax rulings*. In merito all'aumento di trasparenza come valore proteso alla semplificazione fiscale in dottrina, *ex multis*, P. Selicato, *Trasparenza e collaborazione nel rapporto tributario: il nuovo volto della semplificazione fiscale*, in <www.economiaitaliana.org>, 1 marzo 2020.

(30) È recente il regolamento che consente alla Commissione di proporre tagli alla spesa Ue per gli Stati che hanno violato lo Stato di diritto.

(31) Al riguardo, la mancanza di un sistema decisionale diverso dall'unanimità ha realizzato uno scollamento tra le richieste globali e le previsioni che nel caso della tassazione ambientale si ritrovano nella previsione del Cbam, con tutte le problematiche relative alla violazione del divieto di discriminazione fiscale oppure degli aiuti di stato legate alla sua natura giuridica di prezzo pubblico.

(32) Il fenomeno dei nuovi poteri costituenti nelle mani anche di attori privati, legittimati dalla *lex mercatoria*, nell'ottica della de-costituzionalizzazione e del dover evitare un futuro post-pandemico che prescindere dalle regole costituzionali è oggetto di attenzione nello studio di A. Cantaro, *Postpandemia, pensieri (meta-giuridici)*, Torino, Giappichelli, 2021, 117 ss.

determina gli elementi costitutivi dell'imposta, ovvero anche delle agevolazioni fiscali, è lo Stato nazionale, in virtù della propria autonomia fiscale (33).

Infine, a chiusura di un percorso complesso dove le divergenze tra i regimi tributari degli Stati membri hanno reso favorevole la formazione di situazioni patologiche, quali evasione ed elusione, pianificazione fiscale aggressiva e la concorrenza fiscale dannosa tra Stati, riallocando la ricchezza nelle mani di pochi a scapito dell'impoverimento di molti e minando l'integrazione europea, il tema della connessione tra *tax compliance* e modifica dell'assetto decisionale europeo torna valido per fronteggiare l'attuale impotenza della sola giurisprudenza europea e per far fronte all'allocatione della ricchezza nelle mani di pochi a scapito dell'impoverimento di molti, minando, in tal modo, anche l'integrazione europea (34).

* * *

(33) L'accordo equiparava tali prezzi al valore di mercato, valore che diviene la base imponibile su cui si calcolano gli utili da tassare nel luogo dove risiede la società madre. I *Tax rulings* sono accordi preventivi ovvero decisioni anticipate in materia di tassazione che statuiscono come il *quantum* dell'imposta seguendo le linee guida che l'Ocse ha destinato alle imprese multinazionali e alle amministrazioni fiscali. Volte a favorire il corretto adempimento degli obblighi tributari da parte delle imprese multinazionali, tali linee guida prescrivono una determinata serie di criteri per la determinazione dell'imposta (metodo, elementi comparabili e relative rettifiche appropriate, ipotesi di base sugli sviluppi futuri, ecc.). Forme peculiari di tali tipologie di accordi, vicine agli accordi pubblici, sono gli *Advance Pricing Agreement* (Apa), strumenti di risoluzione delle controversie in materia di *transfer pricing*, i quali forniscono certezza preventiva relativamente ai criteri e ai metodi adottati per la determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo in quanto si perfezionano prima della effettuazione delle transazioni interessate. Dotati di effetto deflattivo della litigiosità, in base al numero di amministrazioni fiscali coinvolte nell'accordo, un Apa può essere unilaterale o multilaterale. Oltre agli Apa altri strumenti di *compliance* sono i *Mutual Agreement Procedure* (Map). Noti perché si sostanziano in una procedura finalizzata alla composizione amichevole di controversie internazionali in materia di doppia imposizione o di esatta interpretazione e/o applicazione delle convenzioni contro la doppia imposizione internazionale, essi si realizzano mediante una consultazione diretta tra le amministrazioni fiscali dei Paesi contraenti. Nonostante lo stesso scopo va però rimarcata la netta distinzione tra la procedura Apa che garantisce al contribuente certezza per il futuro, mentre la Map la fornisce solo in relazione a situazioni passate. A finire, altre formule di accordo frutto della *soft law* che prevede la *compliance* fra le parti del rapporto tributario sono i programmi e i progetti di valutazione del rischio per gruppi multinazionali, come quello del 2018 che consentiva ai grandi gruppi internazionali di essere in regola con le norme tributarie e in particolare di abbassare al minimo il livello dei rischi connessi alla potenziale doppia imposizione sulle transazioni a carattere transfrontaliero. Il programma, volto a facilitare il multilateralismo seppur fra gruppi multinazionali e amministrazioni fiscali, si sostanzia in un'analisi di *risk assessment* sui gruppi effettuata con modalità omogenee e condivise tra le amministrazioni fiscali. Per questo scopo le amministrazioni fiscali devono collaborare in modo cooperativo e multilaterale, intraprendendo una valutazione preventiva e condivisa del rischio fiscale di commettere errori nell'adempimento degli obblighi tributari al fine di arrivare a soluzioni in grado di ridurlo o addirittura eliminarlo. Allo scopo di fornire in anticipo alle multinazionali certezza e trasparenza in relazione alla tassazione cui conformarsi, nel luglio 2020 la Commissione europea ha avviato un progetto pilota sia per le multinazionali che per le grandi e piccole imprese in materia di *cooperative compliance*, denominato Etaca (*European Trust and Cooperation Approach*). Volto a fornire un quadro europeo chiaro e a incentivare il dialogo preventivo tra le imprese e le amministrazioni fiscali, soprattutto nell'ambito delle tematiche di *transfer pricing*, l'avvio era stato previsto per il primo trimestre 2022 con l'adesione di otto Paesi membri (tra cui l'Italia). In dottrina un collegamento tra giusto procedimento e strumenti di risoluzione delle controversie fiscali internazionali è operato da M. Trivellini, *Il principio del giusto procedimento e gli strumenti di risoluzione delle controversie fiscali internazionali*, cit.

(34) Il tema illustrato richiama il bisogno di una *shared tax sovereignty* da ultimo affrontata da F. Amatucci, *La sovranità fiscale nazionale. Tra erosione e consolidamento*, Torino, Giappichelli, 2022, *passim*.

IL DECRETO-LEGGE “SALVA BANCHE” AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di *Pierre de Gioia Carabellese e Camilla Della Giustina* (*)

Abstract: La composizione delle crisi bancarie ha visto nel panorama nazionale la propria gestione e risoluzione attraverso l’istituto del decreto-legge. La normativa sulla composizione delle crisi bancarie affonda le sue radici normative nelle disposizioni di origine europea, recepite nel sistema giuridico italiano attraverso i d.lgs. n. 180 e n. 181/2015. Dinanzi al dissesto di due istituti bancari, è stato emanato il d.l. n. 99/2017, le cui disposizioni sono state recentemente sottoposte a giudizio di legittimità costituzionale. L’obiettivo che si persegue, dunque, è quello di analizzare la recente pronuncia della Corte costituzionale che ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Firenze. Sebbene molto in dottrina si sia scritto, la sentenza n. 225/2022 rappresenta una ulteriore occasione per svolgere nuove e approfondite riflessioni in merito a una tematica trasversale. L’approccio seguito, infatti, è trasversale, ossia tra il diritto costituzionale e il diritto bancario, al fine di dimostrare come i confini giuridici tra i diversi settori disciplinari siano sempre più sfumati.

The Italian legal system has been fighting for a while the banking insolvencies, and the way they are handled, via the peculiar legislative instrument of the so called – and controversial – decree-law. Upon closer scrutiny, this national legislation lies on EU roots. The latter, dating back to 2014, is now encompassed within the Italian law as a result of legislative-decree no. 180 and 181 of 2015. On the wake of two major banks insolvencies, the Italian Government passed a decree-law no. 99/2017, whose legal provisions have been recently tested by the Italian Constitutional Court. In light of both this legislative framework and these notorious events of financial crises affecting the north-east of the country, one of the wealthiest ones, this contribution analyse, from both a constitutional perspective and an economic one, the very recent Court decision no. 225 of 2022. In doing so, the methodology adopted in this legal discussion is based on both constitutional and banking law, in order to ultimately highlight the even more blurred borders existing between these otherwise opposed fields of law.

Or ti fa lieta, ché tu hai ben onde: / tu ricca, tu con pace,
e tu con senno! / ... che fai tanto sottili / provvedimenti, ch’a mezzo novembre / non giugne
quel che tu d’ottobre fili. / Quante volte, dal tempo
che rimembre, / legge, moneta, officio e costume /
hai tu mutato e rinnovate membre!

Dante, *Purg.* VI, 136-137, 143-147

Sommario: 1. *L’ordinanza di remissione del Tribunale di Firenze.* – 2. *La declaratoria di inammissibilità da parte della Corte costituzionale.* – 3. *L’asserita non violazione del diritto di difesa dinanzi a provvedimenti ex se violativi del diritto di difesa.* – 4. *La tutela del risparmio: l’eterna assenza/presenza.* – 5. *La tutela dei risparmiatori: la decisione della Corte costituzionale come “caso isolato”.* – 6. *Conclusioni: quale tutela per i diritti?*

1. *L’ordinanza di remissione del Tribunale di Firenze*

Nel giudizio incardinato presso il Tribunale di primo grado l’attore aveva convenuto Intesa Sanpaolo s.p.a. al fine di vedere dichiarata l’invalidità o l’inefficacia delle operazioni di acquisto di azioni emesse da Banca Popolare di Vicenza s.p.a. per violazione degli informativi *ex art.* 21 del t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (1) e art. 26 della deliberazione della Commissione nazionale per le società e la borsa (2) e, infine, dell’art. 1322 c.c. Questa disposizione civilistica viene invocata in quanto parte attrice evidenzia come Intesa Sanpaolo non abbia effettuato una adeguata verifica delle operazioni e, di conseguenza, chiede il risarcimento dei danni.

(*) P. de Gioia Carabellese è Fellow of Advance HE (York, UK), è professor (full) of Banking and Financial Law (Beijing Institute of Technology, Hong Kong Area) e Professor (full) of Business Law and Regulation (ECU, Australia); è anche Professor of Law in England dal 2017 (Huddersfield University); C. Della Giustina è PhD. candidate in Law (Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”) e Visiting Research Fellow alla Edge Hill University (UK).

Sebbene il lavoro sia il frutto di una analisi congiunta, i par. 3, 4 e 5 sono da attribuire a C. Della Giustina, mentre i par. 1, 2 e 6 sono da attribuirsi a P. de Gioia Carabellese.

(1) Più precisamente art. 21 Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

(2) Consob, delib. 1 luglio 1998, n. 11522, Adozione del regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari.

Intesa Sanpaolo aveva eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva; Banca Popolare di Vicenza s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa era intervenuta volontariamente in giudizio eccependo anch'essa il proprio difetto di legittimazione passiva (3).

Il giudice *a quo* rammenta che il d.l. n. 99/2017, per come convertito, richiama che lo stato di dissesto finanziario in cui versavano Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca imponeva di iniziare le procedure di liquidazione coatta amministrativa nei confronti della Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e di Veneto Banca s.p.a. In questo scenario, il d.l. n. 99/2017, come convertito in legge, aveva consentito l'ordinato svolgimento delle operazioni di fuoriuscita dal mercato delle banche sottoposte a liquidazione coatta amministrativa al fine di evitare un grave turbamento dell'economia nell'area di operatività (4).

Nel ragionamento formulato dal Tribunale di Firenze veniva sottolineato come le finalità cui si è appena fatto riferimento siano state perseguite mediante l'imposizione ai liquidatori di cedere l'azienda, suoi singoli rami, beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, attività e passività, anche parziali o *pro quota*, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi a Intesa Sanpaolo (5).

L'aspetto problematico concerne il fatto che Intesa Sanpaolo s.p.a. avrebbe acquistato a un prezzo simbolico Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e Veneto Banca s.p.a., depurate da qualsiasi criticità. Alla luce di questo, il Tribunale di Firenze individua un primo profilo di legittimità costituzionale, riferibile all'art. 4, cc. 1, lett. b) e d), e 3, e dell'art. 6 del d.l. n. 99/2017, per violazione degli artt. 2, 3, 23, 41, 42, 45 e 47 Cost., nonché all'art. 1 Prot. addiz. Cedue e all'art. 17 Cdfue.

Viene individuata, infatti, l'irragionevolezza delle norme indicate e il conseguente eccesso di potere legislativo poiché, in base al meccanismo progettato dal legislatore dell'urgenza, la liquidazione coatta amministrativa, affiancata

(3) Si tratta di un aspetto estremamente complesso e sul quale si sono registrate differenti posizioni sia in dottrina che in giurisprudenza. È stato evidenziato, infatti, che “sul tema, si rammenta che il controllo sulla sussistenza della *legitimitas ad causam* (attiva o passiva) si risolve nell'accertare se, secondo la prospettazione offerta dall'attore con la propria domanda, questo ed il convenuto assumano, rispettivamente, la veste di soggetto che ha il potere di chiedere la pronuncia giurisdizionale e quella di soggetto tenuto a subirla (*ex pluribus*): Cass., S.U., 16 febbraio 2016, n. 2951; Cass. 13 febbraio 2015, n. 2977). Nel caso di specie, l'attore ha evocato in giudizio Banca Intesa sul presupposto che la stessa sia subentrata all'originaria convenuta (Veneto Banca) nella titolarità delle passività oggetto del presente giudizio per effetto del d.l. n. 99/2017 e del contratto di cessione del 26 giugno 2017. Dunque, non vi è alcuna divergenza tra le domande azionate nei confronti di Banca Intesa e la prospettazione formulata da parte attrice, con conseguente rigetto dell'eccezione in esame. Distinto dalla legittimazione ad agire ed a contraddire è invece il profilo che attiene all'effettiva titolarità del diritto controverso”: Trib. Treviso, III Sez. civ., 4 febbraio 2019. Nella medesima direzione: “l'asserito difetto di legittimazione passiva – eccezione qualificabile come concernente l'asserito difetto di titolarità, dal lato passivo, del rapporto controverso”: Trib. Trani 15 maggio 2020, n. 787. Secondo la Suprema Corte si ha difetto di legittimazione passiva “laddove la società incorporata sia cancellata dal registro delle imprese, con conseguente sua estinzione”: Cass., Sez. trib., 10 dicembre 2019, n. 32208. Per valutare la sussistenza della legittimazione a contraddire, il giudice deve svolgere un'analisi circa la “titolarità passiva dell'azione e che, anch'essa, dipende dalla prospettazione nella domanda di un soggetto come titolare dell'obbligo o della diversa situazione soggettiva passiva dedotta in giudizio. Nel caso in cui l'atto introduttivo del giudizio non indichi, quanto meno implicitamente, l'attore come titolare del diritto di cui si chiede l'affermazione e il convenuto come titolare della relativa posizione passiva, l'azione sarà inammissibile”. A tal proposito le Sezioni unite distinguono tra legittimazione ad agire e titolarità del diritto sostanziale oggetto del processo. La conseguenza di questa distinzione è che “la legittimazione ad agire mancherà tutte le volte in cui dalla stessa prospettazione della domanda emerge che il diritto vantato in giudizio non appartiene all'attore. La titolarità del diritto sostanziale attiene invece al merito della causa, alla fondatezza della domanda. I due regimi giuridici sono, conseguentemente, diversi”: Cass., S.U., 16 febbraio 2016, n. 2951. Il Tribunale di Treviso ha precisato come «i profili inerenti la legittimazione attiva e passiva, da intendersi, al pari dell'interesse ad agire, quali condizioni dell'azione, ovvero come i presupposti indefettibili affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito con effetti di giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. devono essere valutati unicamente in base in quanto affermato e vantato dall'attore nell'esposizione delle ragioni della propria domanda (è la ben nota – o almeno dovrebbe esserlo – teoria della prospettazione, da tempo pacifica nella miglior dottrina e avallata da consolidata giurisprudenza di legittimità (cfr. tra le tante Cass. civ., Sez. III, n. 14468 del 30 maggio 2008). In base a tale principio, questioni effettivamente rilevanti sulla legittimazione ad agire o a resistere (“*legitimitas ad causam*”) possono porsi in concreto soltanto quando, rispettivamente, l'attore faccia valere in nome proprio un diritto che riconosce altrui (in palese violazione del disposto dell'art. 81 c.p.c. e fuori dai tassativi casi ammessi di sostituzione processuale), ovvero pretenda di ottenere una pronuncia di merito contro il convenuto, pur deducendone al tempo stesso la relativa estraneità al rapporto sostanziale controverso. Dalla legittimazione così intesa va tenuta distinta la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, la cui contestazione si configura come una questione che attiene al merito della lite e rientra nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata. Ciò premesso, il principio di tendenziale coincidenza tra *legitimitas ad causam* e titolarità del rapporto sostanziale controverso esclude che, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge – le ipotesi tassative sono quelle di cui agli artt. 108 e 111 c.p.c. e 2900 c.c. e nessuna nuova previsione in tal senso è contenuta nel d.l. n. 99/2017 –, i privati possano disporre delle proprie situazioni giuridiche processuali indipendentemente dal trasferimento a titolo particolare del diritto controverso e possano quindi accordarsi per la cessione di “un contenzioso”, senza che a monte vi sia la successione nel credito o nella posizione contrattuale o, addirittura, stabilire secondo il proprio arbitrio chi debba resistere in giudizio, prescindendo dall'eventuale modificazione soggettiva, sul piano sostanziale, del rapporto controverso. In definitiva la legittimazione passiva spetta al convenuto per il semplice fatto di essere stato prospettato da chi agisce come l'autore della lesione alla situazione giuridica dedotta in giudizio o come il soggetto tenuto ad una determinata prestazione e, una volta instaurato in tali termini il rapporto processuale, nessuna delle parti può spogliarsi del ruolo assunto nella causa, se non disponendo, sul piano sostanziale, della situazione giuridica oggetto della lite»: Trib. Treviso, Sez. III, 4 maggio 2020.

(4) In altri termini, il decreto cui si è fatto riferimento conteneva la disciplina dell'avvio e dello svolgimento delle procedure e le relative modalità, nonché condizioni delle misure a sostegno delle banche coinvolte in conformità con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato.

(5) Essa è stata individuata in base alla procedura descritta dall'art. 3, c. 1, d.l. n. 99/2017.

dall'aiuto di Stato, ha gravato, alla fine, solamente su una categoria ristretta di soggetti e non sull'intera collettività. Nella medesima direzione viene evidenziato come i risparmi degli azionisti e dei creditori subordinati dei due istituti di credito sono, di fatto, stati trasferiti alla cessionaria (6).

Si è materializzato un aiuto di Stato che ha comportato, di fatto, una espropriazione senza indennizzo a favore di un soggetto privato e a esclusivo interesse di questo: non è stato previsto, infatti, un possibile ristoro per gli azionisti. Di qui la violazione dell'art. 42 Cost., dell'art. 1 Prot. addiz. Cedue e dell'art. 17 Cdfue. A ciò si aggiunge una violazione degli artt. 45 e 47 Cost., dato che il costo della crisi aziendale è stato fatto ricadere, *in primis*, sugli azionisti e sui detentori di obbligazioni subordinate delle due banche. Ulteriore disposizione costituzionale violata, secondo la ricostruzione fornita dal giudice *a quo*, è l'art. 23, poiché, in forza del meccanismo delineato dal d.l. n. 99/2017, è stata imposta agli azionisti e obbligazionisti subordinati una prestazione patrimoniale nell'interesse privato di una società con fini di lucro (7).

Infine, ulteriore profilo problematico attiene alla compressione se non azzeramento del diritto di difesa (8). L'art. 3, c. 1, lett. c), del d.l. n. 99/2017, nel delimitare l'oggetto della cessione, esclude espressamente "le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività" (9). A ciò si aggiunga che non è contenuta nel decreto-legge oggetto di disamina alcuna motivazione circa la disparità di trattamento cui sono soggetti i debiti delle banche esclusi dalla cessione.

2. La declaratoria di inammissibilità da parte della Corte costituzionale

Nell'articolare la propria decisione, il Giudice delle leggi prende le mosse dalle finalità, dichiarate nel preambolo del decreto-legge, poste a fondamento dell'intervento d'urgenza. La *ratio* che ha mosso il legislatore ad adottare il d.l. n. 99/2017 è da rinvenire nella necessità di provvedere a realizzare un "salvataggio pubblico" di Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e Veneto Banca s.p.a., sottoposte a liquidazione coatta amministrativa. Il Governo, infatti, valutò necessario intervenire al fine di evitare che si realizzasse la distruzione del valore delle aziende bancarie coinvolte con relative perdite per i creditori non professionali chirografari. Questi ultimi, difatti, non sono né protetti né preferiti: in assenza dell'intervento d'urgenza si sarebbe materializzata una improvvisa cessazione dei rapporti di affidamento creditizio per imprese e famiglie, con conseguenti ripercussioni sul tessuto produttivo, sull'aspetto sociale e occupazionale.

Una volta precisato questo punto, la Corte costituzionale si addentra nella disamina delle questioni sollevate dal giudice ordinario. Esse vengono dichiarate inammissibili poiché totalmente carenti di motivazione circa i profili di rilevanza e di non manifesta infondatezza.

Nel ragionamento elaborato dalla Consulta, gli asseriti vizi di legittimità costituzionale risultano essere diretti a sindacare "il merito della scelta politica effettuata dal Governo per fronteggiare la crisi delle banche venete e non la legittimità costituzionale della disciplina in concreto adottata" (10). Questo si pone in contrasto con l'art. 28 della l. n. 87/1953 (11). Si deve aggiungere che l'ordinanza del giudice *a quo* non illustra né motiva la pregiudizialità delle questioni concernenti la definizione del giudizio principale. Più precisamente, l'asserita illegittimità degli aiuti di Stato è avulsa rispetto alle pretese avanzate nel giudizio *a quo*: esse attengono alla domanda risarcitoria proposta dall'attore nei confronti della cessionaria Intesa Sanpaolo s.p.a. (12). Nel testo della sentenza si legge, infatti, che le questioni sollevate nell'ordinanza di remissione sono lacunose e contraddittorie per come formulate: il giudice remittente, infatti, sempre nella ricostruzione della Corte costituzionale, non consente di individuare in modo chiaro e univoco l'intervento richiesto al fine di porre rimedio alla denunciata illegittimità costituzionale (13).

Nonostante tutto ciò, con riferimento alla violazione del diritto di difesa connesso alla delimitazione dell'oggetto della cessione, la Corte evidenzia come si tratti di una delimitazione oggettiva e inderogabile. In altri termini, è proprio l'ambito oggettivo del programma obbligatorio regolato dalle parti del contratto di cessione a far discendere "la

(6) Al contrario, questi avrebbero dovuto rimanere nella procedura di liquidazione per assorbire le perdite.

(7) Un'ulteriore frizione viene ravvisata rispetto agli artt. 3, 41 e 45 Cost. se rapportati alla ricapitalizzazione del Monte dei Paschi di Siena, la quale, sostanzialmente, ha "salvato gli azionisti".

(8) I parametri costituzionali invocati sono gli artt. 3, 24, 111 Cost., nonché l'art. 47 Cdfue.

(9) Oltre alle controversie rimangono esclusi "a) le passività indicate all'articolo 52, comma 1, lettera a), punti i), ii), iii) e iv), del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180; b) i debiti delle Banche nei confronti dei propri azionisti obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse".

(10) Considerato in diritto, n. 7.2.1.

(11) Si tratta della legge contenente le "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale".

(12) Sul punto, la Corte costituzionale sostiene che "l'ordinanza di remissione denota in proposito una insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* e una incompleta ricostruzione del quadro normativo rilevante, il che comporta un difetto di motivazione sulla rilevanza": Considerato in diritto, n. 7.4.1.

(13) Non si desume "in maniera univoca, né dal dispositivo, né dalla motivazione dell'ordinanza di remissione, se il giudice *a quo* invochi una generale ablazione di tutti i casi esclusi dalla cessione, o, piuttosto, un intervento manipolativo-additivo che estenda la responsabilità della cessionaria rispetto alle pretese risarcitorie o restitutorie degli acquirenti di azioni emesse dalle due Banche venete": Considerato in diritto, n. 7.4.10.

individuazione della legittimazione passiva in capo alla convenuta Intesa Sanpaolo s.p.a., o, meglio, della riferibilità ad essa della titolarità sostanziale della posizione giuridica cui inerisce la pretesa dedotta in giudizio” (14).

La sentenza si chiude con la qualificazione delle disposizioni del d.l. n. 99/2017 come “norme-provvedimento”, dato che “si occupano di un singolo contratto, in quanto incidono sulla sola convenzione di cessione tra i commissari liquidatori delle due banche venete in l.c.a. e il soggetto individuato ai sensi dell’art. 3, comma 3, disciplinano un numero limitato di fattispecie e rivelano un contenuto concreto, ispirato da particolari esigenze, ponendo per tale singolo evento regole specifiche innovative nel sistema legislativo vigente” (15).

3. *L’asserita non violazione del diritto di difesa dinnanzi a provvedimenti ex se violativi del diritto di difesa*

La pronuncia della Consulta nel ritenere inammissibile le questioni di legittimità sollevate dal Tribunale di Firenze aderisce a una tesi presente in dottrina (16) circa la legittimità delle disposizioni contenute nel d.l. n. 99/2017. Tuttavia, nonostante l’articolata e autoreferenziale motivazione sembra dimenticare l’intensità dello scrutinio di legittimità costituzionale che dovrebbe svolgere proprio con riferimento alle c.d. norme-provvedimento o leggi-provvedimento.

Per costante giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, il sindacato in materia di leggi-provvedimento appartiene alla Corte costituzionale. È proprio la legge a contenuto provvedimentale a far sorgere la giurisdizione della Corte delimitando gli ambiti di tutela del cittadino che risulta essere lesa dalla legge in questione. È proprio la caratteristica (17) del giudizio di legittimità costituzionale (18) a essere meno soddisfacente per il cittadino rispetto al sindacato che potrebbe essere svolto dal Giudice amministrativo. Ancora, è proprio la metodologia del giudizio di legittimità, “scrutinio stretto di costituzionalità” (19), a colmare un possibile *vulnus* di tutela giurisdizionale nei confronti del cittadino lesa da una norma-provvedimentale. Codesto “scrutinio stretto di costituzionalità” è da riferire sia al profilo della non irragionevolezza sia a quello della non arbitrarietà dell’atto (20), posto che al crescere del contenuto provvedimentale dell’atto legislativo oggetto del sindacato corrisponderà lo svolgimento di un giudizio maggiormente rigoroso a opera della Corte costituzionale (21).

(14) Considerato in diritto, n. 7.4.10.

(15) Considerato in diritto, n. 7.4.10; l’ordinanza di remissione, anche con riferimento a questo delicato aspetto, “non solo non dà conto di tale concatenazione di atti, ma, per l’effetto, omette del tutto di motivare sul nesso di condizionamento e sulle implicazioni che, dall’accoglimento delle questioni sollevate, deriverebbero sul rapporto contrattuale, che costituisce l’effettiva fonte regolatoria presupposta del rapporto dedotto nel giudizio principale”.

(16) In forza di questa ricostruzione, il d.l. n. 99/2017 non potrebbe ritenersi in contrasto con le disposizioni contenute nella Carta costituzionale italiana, dato che la sua emanazione è stata funzionale a tutelare il diritto al risparmio nonché a impedire un sacrificio importante al diritto al lavoro ex art. 4 Cost., visto il numero elevato di lavoratori impiegati presso le due banche. La tesi avanzata, in altri termini, precisa che lo scopo perseguito da questo decreto-legge-provvedimento è stato quello di “creare con la massima urgenza le condizioni affinché si renda economicamente possibile che un nuovo soggetto bancario possa realizzare la continuazione dell’attività bancaria la quale, altrimenti, con la sopravvenuta liquidazione sarebbe dovuta essere immediatamente interrotta con gravissime, non sostenibili conseguenze pregiudizievoli per l’intero sistema bancario ed economico del Paese ed assolutamente intollerabili per la popolazione e le imprese che si trovano nel territorio di prevalente insediamento delle due aziende bancarie”. P. Bonetti, *Brevi note sui profili costituzionali dell’interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017 sulla liquidazione coatta amministrativa di due banche venete*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 10, 15.

(17) G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimenti*, in <www.federalismi.it>, 21 novembre 2017.

(18) Si ricorda che esso possiede, quale caratteristica peculiare, quella di essere ad accesso incidentale, di essere un sindacato di mera ragionevolezza, di non prevedere la sussistenza di misure cautelari, la mancata impugnazione della sentenza ed infine l’inutilizzabilità del rimedio risarcitorio.

(19) Non è mai stato definito, infatti “Difetta ancora nella giurisprudenza costituzionale un chiaro enunciato di quelli che sono i requisiti di un rigoroso scrutinio di costituzionalità e di quelli che sono, invece, gli elementi del generale controllo di ragionevolezza, come pure la formalizzazione di eventuali gradini intermedi, in questo campo”. A. Cerri, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999, 1137.

(20) Corte cost. 20 maggio 1998, n. 185; 2 luglio 2008, n. 241. In dottrina, A.M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 1975, 561; A. Cerri, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Agg.*, vol. III, 18 ss.; A. Moscarini, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge*, Torino, Giappichelli, 1996, 9 ss.; A. Porporato, *Sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi-provvedimento: il controllo stretto di ragionevolezza*, in *Giust. civ.*, 2005, 539.

(21) “Il diritto di difesa concesso ai soggetti espropriati non risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell’atto legislativo adottato, trasferendosi dall’ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale”: Corte cost. 9 gennaio 1997, n. 2. Nella medesima direzione, il Tar Lazio ha sostenuto che la tutela del cittadino risulta essere rafforzata dal sindacato svolto dalla Corte costituzionale posto che, il “sindacato costituzionale di ragionevolezza” sarebbe “ancora più incisivo di quello giurisdizionale sull’eccesso di potere” poiché, così facendo, l’ordinamento attribuirebbe “al privato, seppur nella forma indiretta della rimessione della questione da parte del giudice amministrativo, una forma di protezione ed una occasione di difesa pari (se non maggiore) di quella offerta dal sindacato giurisdizionale”: Tar Lazio, 21 aprile 2008, n. 3356. Più recentemente, il Giudice delle leggi ha precisato che non è preclusa alla legge ordinaria o regionale la possibilità di disciplinare materie che normalmente sono affidate all’autorità amministrativa. In detta ipotesi, non si realizzerebbe un *vulnus* al diritto di difesa del cittadino, poiché lo stesso troverà soddisfatta la propria tutela sul piano della giurisdizione costituzionale e non su quello della giurisdizione amministrativa: Corte cost. n. 289/2010. Nonostante la chiara e costante posizione assunta dalla giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, si ritiene che il sindacato che può essere svolto dal giudice amministrativo debba essere ritenuto più intenso rispetto a quello che viene effettuato in sede di giudizio di legittimità costituzionale almeno per due motivi. In primo luogo, il giudice amministrativo possiede una maggiore attitudine nel sezionare l’esercizio della funzione

Dato che solamente in rare ipotesi ci si è trovati dinnanzi a uno scrutinio “stretto” (22), nel caso oggetto di analisi si può addirittura arrivare a sostenere che lo scrutinio sia stato inesistente. Da qui, dunque, non solo una violazione del diritto di difesa per come è formulato il testo del d.l. n. 99/2017 (23), ma anche per l’assenza di un controllo da parte del giudice proprio delle leggi-provvedimento.

L’aspetto che si vuole evidenziare è che, a seguito della sentenza n. 225/2022 della Corte costituzionale, ci si trova dinnanzi a un paradosso. Dalla giurisprudenza costituzionale precedente sembrava possibile estrapolare una “teoria” in base alla quale, posto che le leggi-provvedimento rappresentano un maggiore rischio di incostituzionalità (24), rispetto a esse è necessario effettuare il c.d. “scrutinio stretto” (25).

Con la sentenza n. 225/2022 la Corte è come se rinunciasse a svolgere questo scrutinio sulla scorta dell’unico assunto secondo cui l’urgenza del provvedere è motivo assorbente di qualsivoglia altra questione di legittimità costituzionale. Si tratta di una argomentazione non condivisibile, poiché si ritiene che la stessa confonda due aspetti che, nonostante siano connessi tra di loro, è necessario trattare separatamente. Precisamente, viene sostenuto che il d.l. n. 99/2017 deve ritenersi conforme a Costituzione in quanto lo stesso è stato adottato per evitare “gravi perdite per i creditori non professionali chirografari, che non sono protetti né preferiti, e imporrebbe una improvvisa cessazione dei rapporti di affidamento creditizio per imprese e famiglie, con conseguenti forti ripercussioni negative sul tessuto produttivo e di carattere sociale, nonché occupazionali” (26). In altri termini la problematica non concerne l’esistenza delle condizioni previste dall’art. 77, c. 2, Cost. necessarie per adottare un decreto-legge, ossia “casi straordinari di necessità e di urgenza”, ma la portata delle disposizioni contenute nello stesso decreto-legge. Alla luce di questa riflessione risulta essere scorretto confondere un aspetto puramente formale con un aspetto contenutistico formato dalla portata delle disposizioni stesse contenute nel decreto adottato (27). Come è stato osservato dalla dottrina, «la stonatura del decreto-legge rispetto all’armonia costituzionale pare insistere soprattutto sulla contrapposizione tra il profitto dell’acquirente da un lato e, dall’altro, non già un’inesigibile sua “ragionevolezza” o “parità di trattamento” indistinta ed aprioristica

amministrativa accompagnato da un vasto insieme di poteri istruttori e di cognizione. Lo sviluppo degli studi che sono stati effettuati rispetto al vizio di eccesso di potere ha indotto il giudice amministrativo a svolgere una indagine maggiormente approfondita circa la funzione amministrativa, alla quale si ricollega un potere che può essere definito come pieno e diretto per quanto concerne l’accesso al fatto. In secondo luogo, il sindacato della Corte risulta essere perimetrato ai soli profili di irragionevolezza e di arbitrarietà dell’atto amministrativo. A ciò si deve aggiungere che il giudizio di legittimità costituzionale di un atto legislativo non solo possiede un ambito ridotto, ma si traduce in valutazioni che arrivano a sanzionare solamente i casi limite; in più, la Corte costituzionale possiede dei poteri cognitivi limitati di accesso al fatto, fa ricorso a uno strumentario istruttorio limitato e, infine, non può adottare misure cautelari e nemmeno condannare al risarcimento del danno. Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 66.

(22) “Si è ben lontani dal rilevare che la Corte abbia innescato un penetrante e sostanziale controllo sulla correttezza dell’esercizio del potere legislativo, che consenta di verificare direttamente l’attendibilità del giudizio tecnico adottato dal legislatore”: F. Zammartino, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in <www.rivistaaic.it>, 4 dicembre 2017, 24. Cfr. A. Cerri, *Scrutinio più o meno rigoroso*, cit.; F. Ferrari, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in <www.forum-costituzionale.it>, 4 agosto 2020; D. Belvedere, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi provvedimento: variabilità della soluzione ed “evanescenza” dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale. Nota a Corte cost. n. 289/2010*, in <www.rivistaaic.it>, 15 dicembre 2010; A. Cardone, *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, in R. Romboli (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006, 394 ss.; G.U. Rescigno, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la corte cambi opinione*, in *Giur. cost.*, 2008, 2882; L. Carlassare, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, ivi, 1986, 1493; G. Fontana, *Legge provvedimento regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un’occasione mancata*, ivi, 2014, 3786.

(23) “Nel caso di specie atteso che l’art. 3, c), del d.l. 99/2017, come si è spiegato sopra, incide su uno dei presupposti delle azioni fondate su rapporti pendenti, alterando la legittimazione passiva di esse, in contrasto con le regole generali e in danno dei clienti dell’istituto di credito, per di più in base ad un criterio, di carattere temporale, sul quale essi non hanno nessuna possibilità di influire”: Trib. Verona, Sez. III, 11 febbraio 2020. In dottrina è stato sostenuto che «la cessionaria d’azienda sia certamente legittimata passiva sostanziale rispetto a domande di impugnativa negoziale aventi ad oggetto rapporti contrattuali ceduti pena una intollerabile compressione del diritto di azione ex art. 24 Cost., la cessionaria non potrà fondatamente sottrarsi a domande di impugnativa negoziale aventi ad oggetto contratti “pendenti” in cui essa sia subentrata, e al tempo stesso, indebitamente giovare della applicazione di clausole nulle o viziate nei rapporti con la clientela»: M. Stella, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del D.lgs. 180/2015 e del D.l. 99/2017 cd. “banche venete”*, Canterano, Aracne, 2018, 228.

(24) È stato sottolineato che, qualora venisse costituzionalizzato il principio del giusto procedimento amministrativo, esso produrrebbe due effetti in relazione alle leggi-provvedimento: la illegittimità costituzionale di esse, anche con riferimento a quelle statali, e la marginalizzazione, se non eliminazione, della problematica. B.G. Di Mauro, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall’erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione?*, in *PA Persona e amministrazione*, 2021, 2, 315. In altri termini, “è come se vi fosse un doppio livello di astrazione: un primo, secondo cui le leggi-provvedimento sono intrinsecamente sospette, ed un secondo, che disinnesci il primo, che si fonda sull’idea per cui non vi è limite sostanziale alla funzione legislativa e, dunque, all’ammissibilità delle leggi-provvedimento”: A. Turturro, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in <www.gruppodipisa.it>, 18 settembre 2015.

(25) C. Della Giustina, *Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo. Il diritto di difesa nel sistema delle leggi provvedimento tra orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in <www.amministrativamente.com>, 2022.

(26) Preambolo del d.l. n. 99/2017.

(27) C. Della Giustina, *Profili di illegittimità costituzionale dei decreti-legge “salva banche”. Due esempi paradigmatici*, in <www.nomos-leattualitaneldiritto.it>, 9 ottobre 2020.

rispetto alle posizioni cedute, bensì e più pregnantemente la tutela degli inviolabili principi costituzionali di uguaglianza e di giustizia sostanziali» (28).

4. La tutela del risparmio: l'eterna assenza/presenza

La disposizione costituzionale cui fare riferimento è l'art. 47 Cost. il quale, collocato tra le disposizioni della Costituzione economica (29), rappresenta una norma di difficile interpretazione a causa della sua genericità. Le formule linguistiche utilizzate dall'Assemblea costituente, infatti, non solamente risultano essere evanescenti ma ne rendono difficoltosa, altresì, la relazione con altri istituti della Costituzione economica (30), rispetto ai quali è necessario operare un'azione di bilanciamento (31).

L'interpretazione da fornire alla disposizione secondo cui “la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito” sembra essere quella di porre al centro della protezione il risparmio non in sé e per sé considerato, ma in quanto correlato al credito. Risparmio (32) e credito, infatti, rappresentano delle componenti essenziali e imprescindibili del ciclo finanziario poiché posti a presidio della garanzia della liquidità monetaria e del complessivo equilibrio economico ordinamentale (33). A ciò si deve aggiungere la disposizione del secondo comma, la quale non possiede l'obiettivo di tutelare un *surplus* di ricchezza individuale, secondo un'accezione strettamente statica, ma quello che si realizza in una componente dinamica del processo economico, diretto, cioè, a realizzare un aumento di ricchezza complessiva (34).

Parte della dottrina ha, di conseguenza, ritenuto che l'art. 47 Cost. assuma una vocazione finalistica in un duplice senso. In primo luogo, fornisce protezione al risparmio popolare, cioè un risparmio di piccole dimensioni e che possiede un lento processo di formazione. In secondo luogo, incentiva l'agevolazione del risparmio in beni ritenuti sia socialmente che economicamente rilevanti come, ad esempio, l'abitazione, la proprietà coltivatrice, l'investimento azionario (35).

Per quanto attiene alla portata della disposizione costituzionale in esame, è stato sostenuto che essa enuncia, solamente in via programmatica, un principio-valore (36) che, nonostante possieda un rilievo primario, non si è tradotto in una precettività concreta (37). La disposizione *de qua*, infatti, non impone delle regole di comportamento vincolanti per specifici e individuati destinatari, siano essi pubblici o privati.

Si deve precisare che, nonostante quanto appena riportato, nell'assetto delineato dal Costituente il risparmio e il credito possedevano una vocazione intimamente pubblicistica e non una declinazione in senso privatistico, connessa a

(28) E. Cacciatore, *Riflessioni sull'efficacia verso i terzi del contratto di cessione previsto dal Decreto “Salva Banche Venete”*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 4, 6.

Oltre a questo, è stato sottolineato che la Costituzione italiana tutela la libertà contrattuale preordinata all'esercizio dell'iniziativa economica a condizione che la medesima iniziativa economica riceva la medesima protezione. V. Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, relazione al convegno “Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri”, Pisa, 1-3 marzo 2001, in *Pol. dir.*, 2001, 529.

(29) F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, *La Costituzione economica*, Padova, Cedam, 1977; S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 5^a ed.

(30) F. Merusi, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1980, 153. In dottrina è stato sostenuto che la tutela del risparmio non deve essere interpretata come un “valore costituzionale isolato” ma quale valore che emerge da un sistema complesso che, per il tramite delle disposizioni contenute nella Costituzione economica, produce dei riflessi sul rapporto risparmio-credito, sulla liquidità monetaria e su altre fondamentali disposizioni costituzionali come l'art. 36, l'art 53 e l'art. 81 Cost.

(31) M. Midiri, *I rapporti economici nella Costituzione italiana*, in G. Lemme (a cura di), *Diritto ed economia di mercato*, Padova, Cedam, 2014, 97 ss.: l'Autore evidenzia che nelle costituzioni pluraliste i principi e i beni tutelati non sono organizzati secondo un ordine gerarchico ma sono posti uno accanto all'altro.

(32) Per un approfondimento, G. Dell'Amore, *La natura economica del risparmio*, Milano, Giuffrè, 1962, 647 ss.; Id., *Economia del risparmio familiare*, cap. I, Milano, Giuffrè, 1972, 2^a ed.; L. Lenti, voce *Risparmio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, 152.

(33) M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, 707 ss.; Id., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 5, 106; G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968; M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969; M. Porzio, *Il governo del credito*, Napoli, Liguori, 1976; P. Vitale, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, Giuffrè, 1977; F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, Giuffrè, 1978; S. Cassese, *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in *Economia italiana*, 1983, 375.

(34) A. Cerri, A. Baldassarre, *Interpretazione dell'ordinanza di rimessione, tutela del risparmio, decreti legislativi vincolati*, in *Giur. cost.*, 965, 824; S. Ortino, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, Pacini, 1979.

(35) *Ibidem*, 824. Viene evidenziato che il comma secondo dell'art. 47 Cost. possiede il carattere di norma particolare ed esemplificativa e non di specificazione del primo comma.

(36) In tal senso V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 34. G. Falsitta, *Lo “scippo” del governo Amato salvato dalla Consulta*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, II, 476. In senso contrario, D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie: risoluzione e tecniche di intervento*, Torino, Utet, 2017; G. De Minico, *La Costituzione difende il risparmio. E il legislatore?*, in <www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

(37) M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, 205; v. anche G. Gandolfi, *Legge bancaria e Costituzione*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 1.

interessi che si esauriscono nella sfera privata (38). Il cuore pulsante del valore è, quindi, l'interesse pubblico il quale, a sua volta, si rapporta con altri campi di indagine al fine di definire gli spazi di intervento pubblico in funzione di tutela e di promozione dei valori che gli aspetti privatistici esprimono (39).

Nonostante quanto esposto sia corretto, è doveroso evidenziare che se la tutela del risparmio, al tempo della formulazione dell'art. 47 Cost., era stata plasmata come riferibile alla sola salvaguardia dei depositi di carattere monetario contro l'inflazione e i dissesti bancari, attualmente le operazioni finanziarie sono estremamente complesse. Viene, di conseguenza, richiesta ed imposta una differente modalità di vigilanza e controllo da attuare sulle transazioni ad alto livello di rischio. A questo si deve aggiungere che, a partire dagli anni Novanta, a causa dell'influenza dell'ordinamento comunitario (40), il sistema finanziario italiano ha subito delle trasformazioni che hanno fornito una connotazione privatistica della tutela poiché focalizzate sui risparmiatori piuttosto che sul risparmio in sé e per sé considerato (41). L'idea alla base è che i risparmiatori agiscono all'interno di un contesto economico-finanziario che è basato sulla libera circolazione di capitali, per come emerge dal quadro europeo, muovendosi nel quale hanno un accesso libero a tutte le tipologie di strumenti finanziari esistenti sul mercato. Proprio alla luce di queste considerazioni, la tutela deve essere incentrata sul risparmiatore in quanto investitore (42).

L'asse interpretativo in materia di risparmio e di credito si è spostato, *ergo*, da un piano pubblicistico ad uno maggiormente privatistico, ossia non più attento alla funzione sociale di tutela del risparmio ma incentrato su aspetti attinenti all'attività di impresa (43). La tutela apprestata e riconosciuta al risparmiatore possiede dei connotati finanche soggettivi e privatistici, poiché diretta a proteggere il risparmiatore quale investitore inconsapevole (44) e non un

(38) Dal dibattito nato in seno alla Costituente parte della dottrina ha evidenziato che la formulazione contenuta nel secondo comma dell'art. 47 Cost. deve essere interpretata come meramente esemplificativa. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, vol. I, Padova, Cedam, 2003, 146. M. Atripaldi, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, II comma, Cost.*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014.

La ragione di questa affermazione affonda le proprie radici nell'esigenza di tutelare quei risparmi che, proprio per il loro essere esigui e di lenta formazione, trovano maggiori difficoltà ad essere investiti in azioni. Il risparmio popolare, infatti, viene interpretato come il risparmio del lavoratore, da contrapporre a quello dello speculatore.

(39) S. Dettori, A. Zito, *Risparmio (tutela del)*, in G. Greco, M. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, 1731 ss.; C. Buzzacchi, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in <www.costituzionalismo.it>, 29 febbraio 2016. G. Cerrina Feroni, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, Giappichelli, 2011, 2 ss.

(40) Il riferimento va alle direttive 93/6/Cee e 93/22/Cee: direttiva 93/6/Cee del Consiglio in data 15 marzo 1993, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, e direttiva 93/22/Cee del Consiglio in data 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari.

(41) F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli, Jovene, 2010, 1479 ss.

(42) O. Pini, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o "consumatore di servizi finanziari". Un focus sul riparto tra Consob e Agcm in materia di pratiche commerciali sleale*, in <www.rivistaic.it>, 18 maggio 2019. La protezione dei risparmiatori, intesi come investitori, prende le mosse dall'introduzione nell'ordinamento giuridico di regole di comportamento degli operatori nella convinzione che le crisi sistemiche possano essere imputate ad eventi che possiedono origine microeconomica. Parte della dottrina ha sostenuto che «l'assimilazione del risparmiatore alla figura del consumatore – per quanto entrambi soggetti considerati "deboli" e oggetto di specifica tutela – è, a ben vedere, del tutto paradossale, data la contraddittorietà intrinseca, originaria, dei due termini»: C. Pagliarin, *Le radici costituzionali della tutela del risparmio*, in *Banca impr. società*, 2021, 42.

(43) In tal senso un riferimento va al d.l. n. 3/2015, "Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti", come convertito in l. n. 33/2015. In sede di sindacato di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale è pervenuta a sostenere che la disciplina in esame rinviene la propria giustificazione in tre aspetti: 1) nell'esigenza di rafforzamento patrimoniale, di competitività e di sicurezza delle banche popolari; 2) nell'adeguamento del sistema bancario nazionale ad indirizzi europei ed internazionali; 3) negli effetti conosciuti della crisi economica e finanziaria. Nel ragionamento portato avanti dalla Consulta, le finalità appena indicate devono ritenersi come prevalenti rispetto agli scopi solidaristici, alle esigenze di utilità sociale e alla funzione sociale dell'iniziativa economica legata al modello caratteristico della banca popolare. Si tratta di aspetti che appaiono come sacrificati dalla riforma in questione a favore di concentrazioni bancarie forti ritenute funzionali rispetto alle dinamiche derivanti dalla globalizzazione, dalle esigenze di accentramento a livello europeo dei poteri di regolazione, di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie. Per il Giudice delle leggi, difatti, le misure contenute nelle fonti normative richiamate si tradurrebbero in "misure di promozione della competizione tra imprese attraverso l'eliminazione di limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale", con finalità di garanzia della maggior competitività e conseguenti ricadute positive su operatori di settore e risparmiatori: Corte cost. n. 287/2016. Sempre con riferimento alla riforma delle banche popolari, la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 99/2018, arrivando a precisare che la soluzione fatta propria dal legislatore nazionale deve essere ritenuta legittima costituzionalmente perché "in primo luogo, essa risulta legittima: è infatti conforme alle condizioni richieste inderogabilmente dalle regole prudenziali europee, che escludono fra l'altro, nello specifico, qualsivoglia discrezionalità del legislatore nazionale nella scelta delle misure appropriate per assicurare il loro rispetto. In secondo luogo, per le ragioni ampiamente esposte sopra, la disciplina appare necessaria al perseguimento dei superiori interessi pubblici alla stabilità del sistema bancario e finanziario e tanto più appare tale nel caso delle banche popolari nel quale il rischio di recessi in grande numero e di rimborsi conseguentemente di ampie dimensioni può mettere gravemente a repentaglio la stabilità delle banche interessate e, con esse, dell'intero sistema. La disposizione censurata risulta inoltre proporzionata al fine da realizzare, bilanciando in maniera non irragionevole le esigenze dell'interesse generale della comunità e la tutela dei diritti fondamentali della persona, e ciò senza oneri individuali eccessivi".

(44) Autorevole dottrina ha ricordato che spesso i risparmiatori sono indotti dagli intermediari a sottoscrivere forme rischiose di raccolta del risparmio, peraltro, sulla base di informazioni fuorvianti e lacunose. F. Salmoni, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, in

risparmiatore generico. Il nuovo assetto di tutela risente anche dell'influenza delle disposizioni normative che introducono non solo delle forme di vigilanza prudenziale, ma anche obblighi informativi e doveri di affidabilità degli operatori (45).

Poste le differenti trasformazioni del sistema nazionale, per effetto non solo dell'influenza delle regole di origine europea ma anche per quanto attiene al mutamento del sistema finanziario stesso, è opportuno interrogarsi sulla tenuta costituzionale del risparmio. La riflessione è supportata dall'obiettivo di offrire nuove tutele che possano valorizzare la portata della disposizione costituzionale soprattutto alla luce dell'evoluzione del mercato e del sistema finanziario (46). In dottrina è stato evidenziato che la normativa posta a presidio della tutela del risparmio varia a seconda di tre parametri: a) quello economico, riferibile al grado di sviluppo del sistema economico-finanziario nel quale il risparmio viene accumulato; b) quello politico, intimamente connesso alla tipologia di forma di Stato e alla concezione che in funzione di questa può assumere il risparmio; c) la conformazione propriamente giuridica che può essere assunta dal risparmio.

Da un punto di vista storico, i primi provvedimenti normativi e regolamentari adottati in tema di risparmio coincidono con una trasformazione profonda della stessa forma di Stato. Durante la vigenza dello Statuto Albertino, la tutela del risparmio integrava un fine dello Stato totalitario poiché funzionale sia alla realizzazione di obiettivi di tenuta del sistema politico di regime sia di reazione e contrapposizione al sistema capitalistico di mercato (47). L'approvazione di Provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926 (48) si inserisce in un contesto economico-finanziario incentrato sul sistema bancario che, a sua volta, a partire dagli anni Ottanta del XIX secolo, risulta essere oggetto di numerose crisi "concentrate e violente degli operatori bancari" (49). In questo contesto il legislatore ha dato origine ad uno statuto speciale dell'impresa bancaria mediante l'introduzione di norme rivolte, specificatamente, alla "società ed altri enti esercenti il credito" (50), alle "ditte bancarie in genere, sia nazionali che straniere, le quali raccolgano depositi" (51), con l'obiettivo finale di tutelare i risparmiatori nell'interesse "generale del credito e dell'economia nazionale" (52).

Nel sistema appena descritto i risparmiatori sono i depositanti e, di conseguenza, le tutele apprestate ai depositanti e ai risparmiatori "tendenzialmente coincidono nel senso che entrambi si riconducono alla solvibilità dell'impresa bancaria e [...] quest'ultima deve essere perseguita nell'interesse dello sviluppo dell'economia reale" (53).

Il mercato immobiliare e quello assicurativo non risultano essere destinatari di alcun intervento legislativo, posto che il risparmio finanziario dei soggetti privati risulta essere affidato allo Stato e ad altre imprese tramite la sottoscrizione di titoli pubblici e l'apertura di depositi bancari. La funzione del risparmio viene vissuta, durante gli anni della Grande Depressione del 1929, come strumento fondamentale di risoluzione della crisi stessa nonché come elemento

Percorsi costituzionali, 2017, 285; M. Pellegrini, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in F. Capriglione (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Cedam, 2015, 547 ss. Altra parte della dottrina ha sostenuto che la chiave di volta della disciplina italiana ed europea è quella di identificare la tutela del risparmiatore con la somministrazione di informazioni precontrattuali arrivando a disciplinare "soprattutto le tecniche di negoziazione e non i singoli contratti che ne risultano": A. Gentili, V. Cintio, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contratto e impr.*, 2018, 180. L'aspetto importante diviene il corretto funzionamento del mercato quale obiettivo della trasparenza contrattuale: questi elementi divengono dei fattori idonei a realizzare una forma di tutela indiretta e funzionale al nuovo assetto del mercato finanziario. A. Antonucci, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, in *Ianus*, 2019, 19, 27. È stato sostenuto che «il concetto è questo: la difesa del risparmio si compie fondamentalmente in due modi; da un lato, con particolari salvaguardie della stabilità delle istituzioni finanziarie, quando il risparmio viene da esse direttamente investito; da un altro lato, con particolari garanzie che l'investitore-risparmiatore sia pienamente informato sulle caratteristiche e i rischi dei prodotti in cui investe il proprio risparmio. A queste due modalità corrispondono spesso due tipologie di risparmiatori; si parla di "risparmiatore inconsapevole" e di "risparmiatore consapevole". Quando il grigiore del linguaggio politicamente corretto non aveva ancora preso il sopravvento, si parlava di "vedove e orfani" per la tutela del risparmio inconsapevole e di investitori professionali per quello "consapevole", persone che avevano solamente bisogno di essere informate adeguatamente sul loro investimento e poi decidevano quali rischi assumere. *Stabilità e trasparenza* sono diventate le due parole che esprimono le due maniere complementari di tutelare il risparmio». T. Padoa-Schioppa, *La riforma delle autorità indipendenti*, in <www.astrid-online.it>, 19 febbraio 2007.

(45) L'impostazione appena richiamata ricorda la tutela che viene offerta al consumatore quale parte debole del rapporto con il professionista. A corroborare la tesi appena esposta è la considerazione secondo cui l'assenza di un diritto costituzionale del risparmio a livello europeo produce quale conseguenza l'assimilazione del risparmiatore con il consumatore, portando a qualificare il primo come un "consumatore di servizi finanziari". G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 62 ss.

(46) O. Pini, *op. cit.*, 209.

(47) Riflessioni di G. Dossetti sul "finalismo statale" formulate nella relazione *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno* (Atti del III Convegno nazionale di studio dell'Unione giuristi cattolici italiani, Roma, 12 novembre 1951), Roma, Studium, 1961.

(48) R.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511, recante "Provvedimenti per la tutela del risparmio" e relativo regolamento attuativo (r.d.l. 6 novembre 1926, n. 1830, convertito in l. 23 giugno 1927, n. 1108, "Norme regolamentari per la tutela del risparmio").

(49) R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, il Mulino, 2007, 38.

(50) Art. 1 r.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511, recante "Provvedimenti per la tutela del risparmio".

(51) *Ibidem*.

(52) R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 39.

(53) *Ibidem*.

fondamentale per la vita economica e civile di tutti i Paesi, essenziale per la ripresa economica di tutte le attività produttive dello Stato (54).

Il passaggio allo Stato democratico e sociale indica un ulteriore mutamento dell'assetto istituzionale posto alla base della tutela del risparmio e del credito. Esso deve essere rapportato sia con la creazione di un Comitato interministeriale per il credito e per il risparmio, sia con l'affidamento alla Banca d'Italia delle funzioni di vigilanza del sistema creditizio e di un mercato finanziario ancora in divenire. Il vero punto di svolta, per quanto attiene all'ordinamento finanziario e bancario, si ha con l'adesione al Trattato di Maastricht del 1992, a partire dal quale inizia un cambiamento circa l'interpretazione dei principi fondanti la Costituzione economica (55). A seguito di detta adesione, precisamente, i due pilastri costituzionali dell'ordinamento finanziario italiano (56) vengono affiancati da altri due aventi natura comunitaria: la libertà di circolazione dei capitali e il diritto di stabilimento (57).

Questa indiretta adesione a un differente modello economico di mercato ha introdotto, in maniera graduale, dei fenomeni tipici dei sistemi economici *finance oriented*, quali, ad esempio, l'innovazione finanziaria e la *securitisation*. Dinanzi all'introduzione di questi fenomeni "esotici" il legislatore nazionale ha dovuto adottare le soluzioni giuridiche necessarie per far combaciare la stabilità del sistema finanziario con la sua efficienza e competitività. In questo senso, il primo comma dell'art. 47 Cost., definito da parte della dottrina come ambiguo, ha fatto spazio all'innestarsi dei mercati finanziari (58).

A seguito di questa evoluzione, la portata dell'art. 47, c.1, Cost. sembra essere riferita al concetto di risparmio in senso oggettivo, quindi con riferimento all'oggetto e non al soggetto che è portatore del titolo o dei titoli che rappresentano l'insieme finanziario riconosciuto dall'ordinamento costituzionale come meritevole di tutela (59).

La seconda disposizione costituzionale che tutela il risparmio, ossia l'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., al contrario, sembra voler limitare la connotazione oggettiva del concetto di risparmio fatta propria dall'art. 47 Cost. fornendo al diritto in questione un'accezione strettamente privatistica in funzione della previsione di misure dirette a proteggere il risparmiatore/investitore (60). In questo senso, la tutela del risparmio risulta essere collegata alla necessità di individuare delle particolari e specifiche forme giuridiche di protezione da accordare ai risparmiatori che investono nei mercati finanziari e che si confrontano con gli effetti derivanti dal rischio finanziario al quale si sottopongono in modo più o meno consapevole.

Alla luce di ciò è possibile distinguere la genesi e gli obiettivi delle differenti disposizioni costituzionali che tutelano il risparmio.

Per quanto concerne l'art. 47 Cost., l'introduzione della tutela del risparmio dovrebbe essere interpretata come enunciazione generica dei principi sanciti nella Legge bancaria del 1936-1938 (61). Essa assolverebbe la funzione principale non attinente alla previsione di specifiche forme di tutela e protezione dei risparmiatori, ma in quanto diretta

(54) In questo contesto si inseriscono i provvedimenti normativi del 1936 e del 1938 che contengono le disposizioni a tutela del risparmio. Per la legge bancaria del 1936-1938 lo Stato deve attuare la difesa del risparmio e il controllo dell'esercizio del credito mediante l'istituzione di un "Ispettorato" avente il compito di vigilare su "tutte le aziende che raccolgono il risparmio tra il pubblico ed esercitano il credito, siano di diritto pubblico che di diritto privato". L'Ispettorato risulta essere dotato anche di poteri autoritativi per quanto attiene a "ogni emissione di azioni, di obbligazioni, di buoni di cassa, di valori mobiliari di ogni natura, quando sia da realizzare a mezzo delle aziende soggette al controllo dell'ispettorato o i relativi titoli si vogliono ammettere al mercato dei valori mobiliari nelle borse del regio". Artt. 1, 2 e 12 l. n. 141/1938.

(55) *Commento art. 47*, in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 474 ss. In relazione al concetto di Costituzione economica si segnala quanto segue: «alcune riflessioni vanno fatte sulla nozione di Costituzione economica, sulla cui corretta utilizzazione sono state mosse alcune perplessità. Innanzitutto è da escludere che la formula possa essere utilizzata per evidenziare un preteso primato della "sfera" dell'economico sulla politica, ovvero una neutralità dei modelli economici rispetto ai "valori" identificati dalla c.d. "Costituzione politica". Al di là di questi aspetti la nozione di "Costituzione economica" può svolgere un ruolo perlomeno descrittivo e interpretativo. Con essa si vuole identificare quel nucleo di norme e principi che opera una scelta dei modelli economici che consentono la realizzazione dei "valori" determinati dalla Costituzione politica. Con la nozione di "Costituzione economica", quindi, non si vuole riconoscere un'autonomia ad un settore di norme costituzionali, ma solo individuare quali sono i possibili strumenti economici scelti dalla Costituzione, in una visione unitaria, per soddisfare la gerarchia dei valori prescelti». V. Atripaldi, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in V. Atripaldi *et al.* (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, Cedam, 1998, 9-10.

(56) Il riferimento va agli artt. 41 e 47 Cost.: queste due disposizioni costituzionali vennero interpretate come integrative l'una dell'altra, nel senso che la seconda individuava nella tutela del risparmio il fine sociale che giustificava il controllo dell'impresa bancaria. La prima disposizione, invece, al comma terzo era diretta a garantire che la libertà di iniziativa economica privata non potesse subire delle limitazioni se non in forza di un provvedimento legislativo diretto a individuare i fini sociali capaci di giustificarle. L'equilibrio tra le due disposizioni venne raggiunto dal legislatore ordinario con il Testo unico bancario del 1993. Cfr. R. Costi, *Lo statuto dell'impresa bancaria e le recenti vicende del sistema creditizio*, in *Banca impr. società*, 1993, 3; M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblici*, cit.; M. Nigro, *op. cit.*, 87 ss.; G. Vignocchi, *op. cit.*, 170 ss.; M. Porzio, *op. cit.*, 23 ss.; P. Vitale, *op. cit.*, 126 ss.; F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, cit., 22.

(57) S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2008, 8 ss.

(58) *Ivi*, 10 ss.

(59) A. Pizzorusso, *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*, Torino, Einaudi, 1996, 91.

(60) G. Alpa, *op. cit.*, 62-63.

(61) *Commento all'art. 47 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 319 ss.

a garantire la stabilità di valore della moneta e quindi ad evitare l'impatto di processi inflattivi sul valore dei risparmi. In quel determinato contesto economico, politico, sociale ed istituzionale il maggior pericolo viene ravvisato nel rischio finanziario, poiché da esso possono originarsi altri rischi finanziari tipici di un sistema economico chiuso fondato sul monopolio pubblico dei cambi e un sistema finanziario *bank oriented*.

Nel momento in cui si assiste al cambiamento del sistema finanziario al punto che lo stesso arriva a trasferire i rischi finanziari in capo ai singoli risparmiatori/investitori (62), si perviene ad interpretare l'art. 47 Cost. come una norma precettiva che esprime il "diritto alla protezione del risparmio senza necessità di una intermediazione legislativa per renderlo operante nei confronti di tutti" (63).

In relazione alla seconda disposizione costituzionale, essa prende atto della trasformazione del sistema finanziario a causa, soprattutto, del diritto comunitario. Dinnanzi a ciò il legislatore statale ha dovuto definire un assetto istituzionale coerente ai principi e agli obiettivi sanciti dal diritto comunitario. La logica conseguenza è che la legislazione in materia di mercati finanziari si è sviluppata su un'impostazione privatistica, quindi legata ai risparmiatori, i quali, proprio grazie all'accesso alle differenti tipologie di strumenti finanziari presenti sui mercati, divengono degli investitori (64).

Da quanto delineato fino a questo momento emerge che "la tutela del risparmio è cosa diversa dalla protezione del risparmiatore/investitore. Il risparmio, infatti, non solo connota un sistema economico ma garantisce la tenuta stessa dell'ordinamento e delle istituzioni nonché, attraverso di essi, qualora si sia in un sistema democratico e pluralista, il realizzarsi di quei diritti economici e sociali attraverso i quali è assicurata la dignità della persona" (65).

Nonostante ciò, a partire dalla sentenza n. 143/1995 della Corte costituzionale (66) viene sostenuta l'assenza di un diritto costituzionalmente protetto a che l'ordinamento incoraggi e tuteli il risparmio, posto che la disposizione del primo comma dell'art. 47 Cost. non attribuisce ai risparmiatori un diritto a pretendere dal legislatore ordinario norme che incoraggino (67) e tutelino il risparmio dato che il destinatario di detto precetto risulta essere "la Repubblica", la quale, a sua volta, deve adempiere al dovere di non dettare norme contrastanti con la tutela del risparmio.

La tesi poc'anzi esposta risulta essere confermata anche dal fatto che al risparmio non venne attribuito lo *status* di diritto soggettivo da riconoscere in capo ai singoli consociati e qualificato come indisponibile alla stregua dei diritti

(62) J. Eatwell, L. Taylor, *Global finance at risk. The case for international regulation*, Cambridge, Polity Press, 2000, 1 ss.

(63) G. De Minico, *op. cit.*

(64) "Occorre poi considerare che la protezione garantita dall'ordinamento deve valere nei confronti di qualsiasi soggetto che viene ad operare, direttamente o indirettamente, nel sistema finanziario nazionale. Qualsiasi sistema economico aperto, basato sulla libertà di circolazione dei capitali, non può limitare l'accesso al proprio sistema finanziario. Anzi, in un sistema finanziario globale, lo sviluppo economico impone che si creino le condizioni giuridiche più idonee a garantire il risparmiatore/investitore da situazioni di nocimento di natura, potremmo dire, microeconomica, come possono essere quelle derivanti da frodi o cattiva gestione da parte di quegli operatori, intermediari o emittenti, che sono presenti nel mercato dei capitali. La protezione dei risparmiatori/investitori si fonda, così, sull'introduzione nell'ordinamento di regole di comportamento degli operatori nella convinzione che le crisi sistemiche sono imputabili, storicamente, ad eventi originariamente di natura microeconomica in cui la rete di protezione giuridica adottata non è stata in grado né di prevenire l'evento dannoso né di bloccarne la diffusione": F. Zatti, *op. cit.*

(65) *Ivi*, 19.

(66) In detta pronuncia la Corte ha sancito che l'art. 47 Cost. "contiene soltanto un principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario, ma non può certo impedire al medesimo di emanare, in materia finanziaria, quelle norme giuridiche che siano volte a disciplinare il gettito delle entrate, con l'unico limite della vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio". Da questo discende il carattere programmatico della norma, altrimenti definibile come "direttiva costituzionale". L'idea secondo cui l'art. 47 Cost. deve essere considerata come norma programmatica è da far risalire ai primi interpreti: essi ritenevano che la disposizione costituzionale in questione fosse "un'enunciativa generica dei principi della legge bancaria" o una "norma programmatica di contenuto generale" priva di una particolare precettività, posto che non era presente l'indicazione di una finalità perseguita tramite la stessa o di un indirizzo idoneo a vincolare il legislatore. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit.; V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 54. V. Spagnuolo Vigorita, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, 357. Altra parte della dottrina ha evidenziato come l'art. 47 Cost. dovrebbe possedere carattere precettivo da cui discenderebbe l'illegittimità costituzionale di qualunque norma ordinaria che dovesse violarla prescindendo da altri fattori che ne vedano l'applicazione. Viene altresì aggiunto che, secondo autorevole dottrina, l'art. 47, c. 1, Cost. non può integrare un principio supremo dell'ordinamento giuridico; da questo deriva che «vigenti, anche per l'influenza delle norme comunitarie, dettino una disciplina che favorisce e tutela il risparmio, soltanto come conseguenza indiretta dell'efficienza e della stabilità dei mercati; obiettivi questi ultimi il cui raggiungimento può comportare il sacrificio proprio del risparmio. Il che è possibile perché il 1° comma dell'art. 47 non detta un "principio supremo" della nostra Costituzione»: R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impr. società*, 2018, 393. Sempre nel dibattito sorto circa la definizione dell'art. 47 Cost. come norma precettiva o programmatica, altra autorevole dottrina ha evidenziato che «ciò che, in ogni caso, mi pare noi oggi potremmo solo con fatica continuare a sostenere – se non con qualche imbarazzo – è che l'art. 47 della Costituzione si limiti a contenere norme meramente "programmatiche", vale a dire generici indirizzi per il legislatore e auspicii privi di indicazioni dirette, e soprattutto efficaci, nella concreta esperienza degli operatori e degli interessati»: P. Grossi, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, in *Bancaria*, 2017, 6, 4.

(67) In relazione al significato da attribuire al verbo "incoraggiare", si rinviene in dottrina l'interpretazione secondo cui "l'azione di incoraggiamento e di tutela che la Repubblica deve intraprendere è a favore di qualunque sottrazione al consumo che un privato individuo (persona fisica od associazione lecita non riconosciuta) compie liberamente e in forma monetaria del suo reddito per la soddisfazione di bisogni futuri": S. Ortino, *op. cit.*, 123.

fondamentali dell'uomo o dei diritti politici (68). Di conseguenza, i Padri costituenti non ritennero di dover accordare una protezione *ad hoc* all'art. 47 Cost. rapportato al risparmio improduttivo e fermo, in quanto la ricchezza che veniva messa da parte avrebbe ricevuto la protezione accordata dall'art. 42 Cost. al diritto di proprietà. Da qui è stato osservato che il risparmio in senso economico, inteso come invito alla parsimonia, al non consumo e alla riduzione della domanda, deve essere interpretato come estraneo all'incoraggiamento contenuto nell'art. 47 Cost. Quest'ultimo, infatti, non allude ad un concetto di staticità ma ad un approccio dinamico: il primo, infatti, risulta essere contrario all'intero impianto delle disposizioni costituzionali, mentre il secondo inserisce il risparmio stesso all'interno dell'intero ciclo economico.

A corroborare questa interpretazione attenta dottrina ha evidenziato che le tutele di natura pubblicistica e la predisposizione di un sistema istituzionale devono intervenire nel momento in cui l'individuo utilizza il proprio risparmio per finalità di investimento finanziario, sia esso bancario, previdenziale, assicurativo o mobiliare. La medesima protezione viene accordata all'individuo che investe le risorse attuali per creare delle risorse future, alimentando in questo modo il processo di crescita del Paese (69). L'interesse pubblicistico alla tutela del risparmio avviene nel momento in cui si assiste alla congiunzione tra risparmio ed investimento preordinato alla crescita del sistema economico. In questo senso la tutela del risparmio rappresenta il fine sociale che, a sua volta, determina l'insorgenza del presupposto e la giustificazione della regolamentazione e del controllo sia dei mercati finanziari sia delle imprese bancarie (70).

5. La tutela dei risparmiatori: la decisione della Corte costituzionale come “caso isolato”

In base al testo della sentenza n. 225/2022 la delimitazione delle controversie che possono far sorgere un contenzioso tra gli azionisti e la cessionaria ha carattere inderogabile e oggettivo frutto dell'esercizio dell'autonomia privata. L'espressione “il contratto ha forza di legge tra le parti” viene interpretata in senso assoluto dimenticando, tuttavia, che nel caso di specie l'interesse perseguito ha un'anima pubblicistica.

L'intervento d'urgenza del Governo si è realizzato dopo non solo che i due istituti di credito versavano in una situazione di dissesto o di rischio di dissesto, ma altresì in un momento successivo all'esclusione degli stessi dall'ambito di applicazione del reg. Ue n. 806/2014. In altri termini, la cessione è avvenuta dopo che un'autorità amministrativa indipendente aveva qualificato le due banche come non destinatarie della disciplina dettata in tema di risoluzione delle crisi bancarie (71). È la stessa Corte, dunque, che evidenzia come «l'intervento legislativo statale ha così previsto misure pubbliche a sostegno di una gestione ordinata della crisi delle due Banche, nel contesto di una speciale procedura d'insolvenza, mediante “aiuti alla liquidazione”, approvati dalla Commissione europea e subordinati alle condizioni da questa indicate nella comunicazione 2013/C – 216/01, che impegnano, tra l'altro, gli azionisti e i creditori subordinati a condividere l'onere dell'operazione e tutelano le capacità operative del terzo che acquisisca un ramo d'azienda» (72).

Dunque, è proprio questo aspetto pubblicistico a non consentire un richiamo dei principi generali stabiliti in tema di contratti conclusi tra parti private e preordinati a fornire una tutela a interessi meramente privatistici (73).

È proprio la necessità di addivenire a un bilanciamento (74) tra due diritti contrapposti a imporre un intervento del legislatore in nome di interessi pubblici, sociali ed economici. Come in precedenza precisato dalla Corte costituzionale, nell'ipotesi di valori sociali in conflitto, il legislatore diviene “interprete della volontà della collettività”; egli “è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale” (75).

Se, come è stato correttamente evidenziato, è necessario addivenire a un bilanciamento tra due diritti contrapposti – tutela del risparmio e tutela del lavoro –, appare evidente che il punto di equilibrio non può essere appannaggio di

(68) S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 2^a ed., 21.

(69) S. Baroncelli, *Art. 47*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006; P. de Gioia Carabellese, *Banking resolution tools, bail-in and fundamental rights*, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2019.

“Per l'etica islamica, beni e denari devono essere acquisiti con mezzi leciti e vanno spesi in maniera corretta. I valori morali dell'Islam, generali e condivisi, vanno rispettati anche in questo campo, permettendo così che la ricchezza sia benedetta da Allah, consentendo che il fedele possa goderne tanto nella vita presente quanto nell'al di là. Il credente non potrà usare denaro per corrompere altri o per far loro del male, perché ciò significherebbe andare contro la volontà di Allah”. In altri termini, i soggetti vengono stimolati al fine di poter ottenere un ricavo dai loro investimenti nonché a lavorare in modo produttivo per il proprio interesse personale. V. Franzoni, *Il controllo etico della finanza islamica in Marocco. Spunti comparativi*, in <www.dpceonline>, 8 luglio 2021.

(70) N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bologna, Zanichelli, 1998; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa ecc.*, 1999, I, 1; F. Guizzi, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2005, 2-4, 171; S. Ortino, *op. cit.*, 144.

(71) Sugli strumenti di risoluzione bancaria in generale, cfr. P. de Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Bari, Cacucci, 2020.

(72) Ritenuto in fatto, n. 5.

(73) P. de Gioia Carabellese, *Il bail-in in rapporto ai creditori. Fra diritto privato, che recede, e diritto pubblico che avanza*, in *Dir. economia*, 2021, 115.

(74) Oggetto del giudizio di bilanciamento, infatti, è costituito anche dalla valutazione della capacità del legislatore di “bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti”: Corte cost. n. 58/2018. Il bilanciamento che deve essere effettuato dal legislatore deve risultare come “ragionevole e proporzionato”: Corte cost. n. 213/2021.

(75) Corte cost. n. 221/2019.

una regolamentazione privata. A ciò si aggiunga che, sebbene il diritto al lavoro (76) sia sempre stato considerato come principio fondamentale, la sua protezione non può essere tale da annullare totalmente qualsivoglia altro diritto costituzionale. Tutto questo risulta essere corroborato dall'autorevole insegnamento proveniente dalla giurisprudenza costituzionale secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi» (77).

Se questa è la posizione della Corte costituzionale italiana, tuttavia, i risparmiatori trovano una protezione delle proprie ragioni a livello di diritto dell'Unione europea. Il riferimento va alla pronuncia della Corte di giustizia (78), che potrebbe essere definita come “atto ultimo”, che ha posto fine alla controversia relativa al salvataggio della Cassa di risparmio di Teramo, la c.d. Banca Tercas (79).

La decisione della Corte di giustizia è stata sollecitata dalla Commissione, la quale lamentava una erronea applicazione da parte del tribunale delle regole relative all'onere della prova e di produzione delle prove, oltre al manifesto travisamento dei fatti posti alla base della controversia. Sebbene la pronuncia della Corte di giustizia tocchi punti assai importanti, al fine del presente contributo l'attenzione viene rivolta alla tematica concernente gli interventi a tutela dei risparmiatori e del sistema bancario (80) alla luce del contesto normativo in cui era inserita. Ancora più precisamente, la disposizione cui fare riferimento è l'art. 5 Tub, in forza del quale alla Banca d'Italia viene riconosciuto il compito di vigilanza “avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla compatibilità del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia”.

In conclusione, dunque, la pronuncia della Corte di giustizia, nella parte in cui afferma la compatibilità degli interventi alternativi del Fitd (81) rispetto alla disciplina in materia di aiuti di Stato (82), rappresenta più che un precedente

(76) Esso è stato qualificato come “segno distintivo dello sviluppo della personalità dell'uomo” (P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 103) e “il più idoneo ad esprimere il pregio della persona” e a valutare la posizione da attribuire ai cittadini nello Stato poiché non rappresenta soltanto uno strumento per il conseguimento di mezzi di sostentamento ma “il tramite necessario per l'affermazione della personalità”: C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, 156-157.

(77) Corte cost. 9 aprile 2013, n. 85. Si tratta di una valutazione riservata, in un primo momento al legislatore, e in un secondo ed eventuale momento alla Corte costituzionale in sede di controllo, la quale dovrà verificare se la scelta legislativa possiede i caratteri della ragionevolezza, della sufficienza e della discrezionalità.

(78) Corte giust. 2 marzo 2021, n. 425, in questa *Rivista*, 2021, 2, 213, con nota di G. Natali, *La Corte di giustizia conferma che l'intervento del Fitd a sostegno di Tercas non fu aiuto di Stato incompatibile con il diritto Ue*.

(79) La controversia che ha trovato composizione in seno alla Corte di giustizia prende le mosse dal provvedimento con cui la Commissione europea nel 2015 ritenne contrastante con la disciplina in materia di aiuti di Stato la decisione del Fitd di farsi carico del disavanzo di cessione relativo alla Banca Tercas per facilitare l'acquisizione di questa da parte della Banca popolare di Bari. Avverso la decisione assunta in seno alla Commissione presentarono ricorso il Fitd, la Banca popolare di Bari e la Repubblica Italiana al Tribunale dell'Unione europea. Quest'ultimo annullò il provvedimento impugnato in quanto ritenuto non incompatibile con la disciplina degli aiuti di Stato, stante la natura privata del Fondo e delle risorse che vennero utilizzate da esso. Il riferimento è a Tribunale dell'Unione europea 19 marzo 2019.

(80) La disposizione cui si faceva riferimento era l'allora vigente art. 96-ter Tub. Quest'ultima disposizione enunciava che “La Banca d'Italia, avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario: a) riconosce i sistemi di garanzia, approvandone gli statuti, a condizione che i sistemi stessi non presentino caratteristiche tali da comportare una ripartizione squilibrata dei rischi di insolvenza sul sistema bancario; b) coordina l'attività dei sistemi di garanzia con la disciplina delle crisi bancarie e con l'attività di vigilanza; c) disciplina le modalità di rimborso, anche con riferimento ai casi di cointestazione; d) autorizza gli interventi dei sistemi di garanzia e le esclusioni delle banche dai sistemi stessi; e) verifica che la tutela offerta dai sistemi di garanzia esteri cui aderiscono le succursali di banche extracomunitarie autorizzate in Italia sia equivalente a quella offerta dai sistemi di garanzia italiani; f) disciplina la pubblicità che le banche sono tenute ad attuare per informare i depositanti sul sistema di garanzia cui aderiscono e sull'inclusione nella garanzia medesima delle singole tipologie di crediti; g) disciplina le procedure di coordinamento con le autorità competenti degli altri Stati membri in ordine all'adesione delle succursali di banche comunitarie a un sistema di garanzia italiano e alla loro esclusione dallo stesso; h) emana disposizioni attuative delle norme contenute nella presente sezione”.

(81) Il Fondo interbancario di tutela dei depositanti venne istituito dall'Associazione bancaria italiana nel 1987 nella forma del consorzio di diritto privato. La finalità perseguita dall'istituzione del Fondo fu quella di assicurare tutela ai depositi dei clienti degli istituti consorziati. Sul punto, cfr. G. Minervini, *Il “ristoro” ex D.M. 27 settembre 1974 e il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 5; F. Baldi, M. Bredice, R. Di Salvo, *Bank-crises management practices in Italy (1978-2015) and their perspectives in the Italian cooperative credit network*, in *The Journal of European Economic History*, 2015, 2, 215; R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 892 ss.

(82) L'aspetto da evidenziare attiene alla circostanza in base alla quale gli interventi dei sistemi obbligatori di garanzia possono essere qualificati quali peculiari forme di aiuti di Stati, esenti, dunque, da una applicazione rigida propria, appunto, degli aiuti di Stato. Questa esenzione, dunque, verrebbe giustificata ai fini di tutela del risparmio e della stabilità del sistema finanziario. Altra parte della dottrina ha sottolineato, con riferimento alla pronuncia del Tribunale dell'Ue dal quale trae origine la pronuncia della Corte di giustizia, che «al fine di escludere ogni nesso di causalità fra iniziativa dell'organo di gestione dell'impresa e qualificazione dell'intervento del fondo quale aiuto, l'intervento dell'acquirente in merito ad una banca in dissesto deve essere o esclusivamente o prevalentemente iniziativa del terzo privato, piuttosto che un *enticing*, una sollecitazione da parte di un soggetto pubblico. A contrario, laddove l'organo amministrativo si espanda al

fondamentale cui fare riferimento (83), un primo passo, seppur isolato, con cui viene riconosciuta una tutela agli azionisti e ai risparmiatori (84). Sebbene sia un primo spiraglio di luce, essa cela una contraddizione della disciplina degli aiuti di Stato: l'interprete, infatti, si trova dinnanzi «ad una alternativa “dicotomica” tra la applicazione indiscriminata del divieto di aiuti di Stato (secondo l'impostazione della Commissione) e un'esenzione potenzialmente incontrollata dello stesso (come nell'approccio dei Giudici europei)» (85).

6. Conclusioni: quale tutela per i diritti?

La pronuncia che è stata analizzata dimostra come, ancora una volta, non solo la tutela del risparmio ma anche il diritto di difesa (86) nell'ordinamento giuridico italiano risultano essere dimenticati dal legislatore, perfino da quello che potrebbe essere definito come il “Giudice dei diritti”.

A questo si deve aggiungere che proprio nel momento di massimo splendore del concetto di sostenibilità (Esg) (87) la Corte costituzionale abdica (88) al ruolo di garante dei diritti. Volendo proseguire con questo ragionamento, se si presta attenzione all'ultima normativa di derivazione europea, l'aspetto “social” sembra doversi ritenere predominante e dover comprendere il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, del “rule of law” (89), dei diritti umani (90). Appare evidente come un accordo privato concluso a seguito dell'adozione di un decreto-legge che annulla un diritto fondamentale della persona possa essere qualificato come rispettoso dei diritti umani (91).

di fuori del proprio *agere*, divenendo egli stesso “imprenditore” mercé un ruolo attivo nella scelta dell'acquirente privato o finanche gestendo l'intervento, allora vi potrebbe essere il rischio che, ove risorse del fondo fossero utilizzate, queste potrebbero assumere le caratteristiche di aiuti statali. Si potrebbe argomentare allora che, quando viene adottata una procedura amministrativa, come l'amministrazione straordinaria di una banca in crisi, debba scattare una sorta di *passivity obligation vis-a-vis* gli organi della procedura, sicché questi devono essere spettatori del mercato, ma non artefici. Infatti, date le risorse di cui dispongono, un ruolo attivo che eventualmente svolgessero contribuirebbe a qualificarli quali imprenditori pubblici, *ergo* soggetti che impiegano soldi dello stato o comunque interferiscono quali soggetti pubblici nella gestione di fondi privati. Per contro, se il ruolo degli organi pubblici è limitato alla gestione delle risorse e ad un mero controllo di legalità, come avvenuto per Tercas, allora la qualificazione quale aiuto di stato dovrà essere esclusa»: P. de Gioia Carabellese, *Crisi bancarie e aiuti di Stato. La sentenza Tercas: Brussel versus Italy?*, in <www.rivistaoidu.net>, 15 ottobre 2019.

(83) Come osservato in dottrina, «la sentenza della Corte di giustizia [...] assomiglia più a una assoluzione “per insufficienza di prove” piuttosto che a una “con formula piena” essendosi i magistrati europei limitati a rilevare come la Commissione non avesse dimostrato la natura pubblica dell'intervento»: M. Lungarella, *Brevi considerazioni in merito alla decisione della Corte di giustizia sulla vicenda Tercas e agli interventi alternativi dei sistemi di garanzia dei depositi*, in *Giur. comm.*, 2022, II, 44.

(84) Come è stato osservato, infatti, proprio la normativa in materia di risanamento e risoluzione degli istituti in dissesto ha inciso in modo negativo sulla fiducia che veniva riposta dai risparmiatori nella stabilità del sistema finanziario e dei suoi operatori. M. Lungarella, *op. cit.*

(85) P. Cuomo, *Il “caso Tercas”: ovvero di salvataggi bancari, sistemi di garanzia dei depositi e dei pericoli del concettualismo nell'applicazione del diritto alla concorrenza*, in *Banca, borsa ecc.*, 2022, II, 302.

(86) Esso è garantito anche dagli artt. 6 e 13 della Cedue e dall'art. 47 della Cdfue. Cfr. anche P. de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 944; Id., *Bail-in e Convenzione europea*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2020, 333.

(87) Per parte della dottrina è potenzialmente applicabile anche alla gestione delle crisi degli istituti di credito; il riferimento è a P. Murè (a cura di), *La compliance in banca, tra le soluzioni Regtech e l'integrazione dei fattori ESG*, Milano, Egea, 2021.

(88) In relazione al fenomeno delle leggi-provvedimento, in dottrina è stato sostenuto che “la problematica delle leggi-provvedimento si inserisce, a sua volta, in un micro-cosmo di riflessione costituzionale assai ampio e destinato a incrementare sempre di più la propria portata rispetto al quale sarebbe necessario che proprio l'organo costituzionale deputato a garantire l'incolumità della Carta costituzionale assumesse una posizione garantista”: C. Della Giustina, *Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo*, cit., 254.

(89) Non è possibile non richiamare le riflessioni di Dicey in forza delle quali il concetto di *rule of law* si declina in tre aspetti: 1) solamente a seguito della celebrazione di un procedimento giudiziario un soggetto può essere destinatario di conseguenze giuridiche nei beni e nella sua persona (“*laws under which people are condemned should be passed in the correct legal manner and that guilt should only be established through the ordinary trial process*”); 2) tutti i soggetti devono rispettare la legge e soggiacere alle decisioni dei tribunali a prescindere dal ceto di appartenenza (“*every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals*”); 3) la Costituzione non scritta vigente nel Regno Unito è pervasa dallo Stato di diritto poiché il diritto alla libertà personale non rinviene la propria fonte in una Costituzione scritta ma dalle decisioni giudiziarie (“*with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the courts; [...] the principles of private law have [...] by the action of the courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and its servants; thus the Constitution is the result of the ordinary law of the land*”). A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, 110 ss.

(90) Commissione europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, 23 febbraio 2022, Considerando 1.

(91) Sul punto appare dirimente una risalente pronuncia della Corte costituzionale secondo cui il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* è un diritto «già annoverato “fra quelli inviolabili dell'uomo che la Costituzione garantisce all'art. 2” (sent. n. 98 del 1965), e che non esita ad ascrivere tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»: Corte cost. n. 18/1982.

Appare totalmente arbitraria la definizione di un termine all'esercizio del diritto di difesa che produce, quale conseguenza immediata, anche una violazione del principio di uguaglianza (92). La realizzazione di disparità di trattamento, sempre con riferimento alla gestione di uno stato di crisi e di dissesto di un istituto di credito, è stata ritenuta illegittima costituzionalmente dalla Corte costituzionale austriaca circa il salvataggio della Hypo Group Alpe Adria (93). L'aspetto da evidenziare della decisione della Corte austriaca concerne la circostanza secondo cui la limitazione di un diritto da parte del legislatore, che nel caso di specie era il diritto di proprietà, può ritenersi legittima, a condizione che sia proporzionata e ragionevole rispetto all'interesse pubblico concreto che si intende perseguire.

In conclusione, quindi, gli investitori delle c.d. "banche venete" risultano essere penalizzati, in quanto destinatari di un trattamento discriminatorio "sia rispetto agli investitori in generale, sia in relazione agli altri clienti (investitori e non) delle banche stesse", poiché i "nuovi clienti" della banca cessionaria avrebbero potuto far valere contro il cessionario tutte quelle pretese che il d.l. n. 99/2017 esclude, quando risultanti dallo stato passivo" (94).

Discriminazione ritenuta erroneamente non sussistente ed esistente dal garante, per eccellenza, della Carta costituzionale italiana: "Ahi serva Italia, di dolore ostello, nave senza cocchiere in gran tempesta" (95).

* * *

(92) Il riferimento, ancora una volta, è all'art. 3 del d.l. n. 99/2017, in forza del quale devono essere esclusi "b) i debiti delle banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse; c) le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività".

(93) Corte cost. austriaca 28 luglio 2015, G.239/2014 UA, V14/2015 UA.

(94) I. Mecatti, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca, borsa ecc.*, 2019, II, 784.

(95) Dante, *Purg.* VI, 76-77.

CONTROLLO

Sezioni riunite in sede consultiva

2 – Sezioni riunite in sede consultiva; parere 13 febbraio 2023; Pres. Carlino, Rel. Pieroni, Carra; Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie.

Corte dei conti – Schema di norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo recanti modifiche al d.p.r. n. 305/1988 – Richiesta parere.

R.d. 12 luglio 1934, n. 1214, t.u. delle leggi della Corte dei conti, art. 1; r.d. 9 febbraio 1939, n. 273, convertito dalla l. 2 giugno 1939, n. 739, disposizioni circa i provvedimenti legislativi riguardanti l'ordinamento e le funzioni del Consiglio di Stato o della Corte dei conti, art. 1; d.p.r. 15 luglio 1988, n. 305, norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige per l'istituzione delle sezioni di controllo della Corte dei conti di Trento e di Bolzano e per il personale ad esse addetto, art. 1; d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396, modificazioni al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, in materia di contrattazione collettiva e di rappresentatività sindacale nel settore del pubblico impiego, a norma dell'art. 11, cc. 4 e 6, l. 15 marzo 1997, n. 59, artt. 4, 9; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 47.

Le Sezioni riunite in sede consultiva si sono espresse in merito allo schema normativo, approvato dalla Commissione dei dodici, composto da un unico articolo rubricato “Competenze della Corte dei conti in materia di contratti collettivi del personale” che reca modifiche alle norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo in materia di ordinamento degli uffici regionali e provinciali (d.p.r. n. 305/1988) e competenze della Corte dei conti.

Le modifiche proposte riguardano specificatamente l'inserimento dell'art. 2-bis, che affida alle sezioni di controllo aventi sede in Trento e Bolzano il compito di certificare che la quantificazione dei costi dei contratti collettivi del personale ad ordinamento provinciale e regionale sia compatibile con gli strumenti di programmazione e di bilancio rispettivamente provinciali e regionali.

Il parere favorevole in merito all'implementazione delle disposizioni attuative dello statuto di autonomia con le novelle in materia di certificazione dei contratti collettivi a livello locale risulta, tuttavia, subordinato alla premessa che le anzidette disposizioni non possono, in linea generale, incidere in modo riduttivo sulle funzioni esercitate dalla Corte, poiché la disciplina di queste ultime è riservata nell'an e nel quomodo alla competenza statale.

Inoltre, dall'analisi del testo è emersa la presenza di alcune criticità. In primis, l'assenza del riferimento

al giudizio di attendibilità dei costi contrattuali, che, tuttavia, secondo l'avviso delle Sezioni riunite, essendo consustanziale a tale tipologia di controllo (certificazione), pur nel silenzio della disposizione in parola, trova sicuramente applicazione nell'esercizio della funzione da parte delle competenti sedi di controllo della Corte.

Le Sezioni riunite hanno sottolineato, altresì, con enfasi negativa, la mancata previsione espressa nel testo all'esame del divieto di sottoscrizione del contratto collettivo in caso di certificazione non positiva, rammentando la necessità di riaprire la procedura per la certificazione sul testo emendato. (1)

(1) Le Sezioni riunite della Corte dei conti ribadiscono la centralità del riscontro circa l'attendibilità della quantificazione dei costi nell'ambito dell'attività di certificazione dei contratti collettivi

Con la pronuncia in epigrafe le Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva hanno espresso il necessario parere in merito alle modifiche recate alle disposizioni di attuazione dello Statuto di autonomia della Regione Trentino-Alto Adige per l'istituzione delle sezioni di controllo della Corte dei conti di Trento e di Bolzano, con specifico riferimento al procedimento di certificazione dei contratti collettivi del personale regionale e provinciale.

La richiesta di parere sullo schema in esame è stata formulata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie nell'ambito della procedura prevista per le modifiche alle norme di attuazione dello Statuto di autonomia della Regione Trentino-Alto Adige, che vede la partecipazione anche della Commissione paritetica di cui all'art. 107 dello Statuto speciale, composta, come dice il nome, da rappresentanti dello Stato e delle autonomie, avente il compito di affinare e determinare il contenuto sostanziale delle disposizioni di attuazione.

Al riguardo, deve evidenziarsi che, come noto, la spesa per il personale rappresenta una componente fondamentale delle uscite delle pubbliche amministrazioni e che per tale motivo la contrattazione collettiva del settore pubblico è stata sottoposta ai controlli della Corte dei conti nel tempo, via via evolutisi passando attraverso varie fasi. L'art. 51, c. 2, d.lgs. n. 29/1993 prevedeva la sottoposizione a controllo preventivo di legittimità delle autorizzazioni governative alla sottoscrizione dei contratti collettivi, contestualmente vagliati anche sotto il profilo della compatibilità economica. Successivamente, l'art. 11, c. 4, della l. n. 59/1997 ha disposto che, prima della definitiva sottoscrizione del contratto collettivo, l'Aran sottoponesse la quantificazione dei costi contrattuali, limitatamente alla certificazione della compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio, al controllo della Corte dei conti, che doveva pronunciarsi entro 15 giorni dalla trasmissione, decorsi i quali, in assenza di pronunciamenti, la certificazione doveva considerarsi effettuata in senso positivo. L'art. 4 del d.lgs. n. 396/1997 ha sostituito l'art. 51 del d.lgs. n. 29/1993. In particolare, la citata disposizione ha statuito che la Corte dei conti certifica l'attendibilità dei costi quantificati (da Aran) e la loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio con riferimento alle ipotesi di contratti collettivi trasmessi dall'Aran, al quale deve essere comunicato l'esito della certificazione, unitamente al Governo e al Comitato di settore. Ove la certificazione sia positiva, il presidente dell'anzidetta Agenzia può procedere alla sottoscrizione del contratto, mentre in caso di certificazione non positiva l'Aran deve sentire il Comitato di settore e il Presidente del Consiglio per assumere le iniziative necessarie ad adeguare la quantificazione dei costi. Diversamente ove tale soluzione non risulti percorribile, l'Aran ha il

dovere di convocare le organizzazioni sindacali interessate per la riapertura delle trattative.

Oltre a ciò, deve sottolinearsi che la specifica disciplina in materia di certificazione dei contratti collettivi può considerarsi inclusa nell'ambito della regolamentazione della funzione di controllo intestata alla Corte dei conti allo scopo di assicurare la sana gestione finanziaria degli enti territoriali, prevenire gli squilibri di bilancio e garantire il rispetto dei vincoli in materia di indebitamento per la tutela economica della Repubblica ed il coordinamento della finanza pubblica.

Proprio in tale ottica, sin dall'inizio, l'attività di controllo affidata alla Corte in merito alla certificazione delle ipotesi di contratti collettivi di lavoro è stata caratterizzata dalla centralità della verifica di compatibilità economica dei costi legati all'attuazione dei contratti rispetto ai bilanci pubblici ed agli strumenti di programmazione adottati dalle amministrazioni interessate.

A ben vedere la valutazione dell'attendibilità dei costi diretti ed indiretti dei contratti rappresenta un *prius* logico rispetto al *posterius* della certificazione della loro compatibilità con il bilancio e gli strumenti di programmazione di cui sopra.

In particolare, la predetta valutazione di attendibilità riguarda la razionalità e congruità della metodologia utilizzata per formulare le stime risultanti dalla relazione tecnica dell'Aran che accompagna l'ipotesi al vaglio della Corte. In questo senso le disposizioni in materia di certificazione dei contratti collettivi devono potersi considerare alla stregua di principi di coordinamento della finanza pubblica. In quanto tali, dunque, non ammettono deroghe o sovrapposizioni da parte del legislatore dell'autonomia, e di qui l'evidenziata criticità della norma oggetto di parere, che non contempla questo passaggio fondamentale del procedimento di certificazione, che risulta scandito da fasi ineludibili e coesenziali all'attività svolta.

Di qui la soluzione alla quale è pervenuto l'alto consesso, di considerare la valutazione dell'adeguatezza della quantificazione delle risorse un passaggio imprescindibile, ricompreso nella *ratio* stessa del procedimento di certificazione, al quale devono essere sottoposte le ipotesi di accordo per poter proseguire e portare a termine il loro iter.

Al fine di porre in essere la valutazione dell'attendibilità della quantificazione dei costi derivanti dall'applicazione dei contratti collettivi fornita dall'Aran attraverso la verifica, in termini di razionalità e congruità della metodologia utilizzata per la fornitura delle stime la Corte può avvalersi di tre esperti in relazioni sindacali e costo del lavoro, individuati dal Ministro per la funzione pubblica di concerto con la Ragioneria generale dello Stato sulla base di un elenco stilato dallo stesso Ministero dell'economia e delle finanze. Con l'ausilio prestato dagli esperti (Nucleo tecnico) la Corte può svolgere un'istruttoria in autonomia, senza bisogno del coinvolgimento dei soggetti pubblici interessati, anche in considerazione del termine assai ristretto di quindici giorni prescritto per la certificazione (decorso il quale, *ex art.* 47 d.lgs. n. 165/2001 la certificazione si intende effettuata positivamente ed il presidente dell'Aran può procedere alla sottoscrizione definitiva del contratto).

All'attendibilità dei costi quantificati segue la valutazione della loro compatibilità finanziaria ed economica. Per verifica della compatibilità finanziaria deve intendersi lo scrutinio degli oneri contrattuali in termini di copertura degli stessi ad opera delle risorse appostate a tal fine in bilancio (c.d. sostenibilità finanziaria nel periodo di vigenza del contratto). La compatibilità economica degli incrementi retributivi deve essere valutata con riferimento alle grandezze macroeconomiche desunte dagli strumenti di programmazione economico-finanziaria e dagli accordi sulla politica dei redditi. Risulta sottesa alle prescritte verifiche la finalizzazione comune per tutte le pubbliche amministrazioni di prevenzione dei possibili squilibri di bilancio de-

Considerato in diritto – 1. Le sezioni di controllo e giurisdizionali della Corte dei conti, aventi sede rispettivamente in Trento e in Bolzano, sono state istituite con il d.p.r. 15 luglio 1988, n. 305 (e successive modificazioni ed integrazioni), norma di attuazione dello statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo che disciplina la composizione degli organi della Corte, il personale addetto e le dotazioni organiche; sono altresì attribuite alla competenza delle predette sezioni di controllo – secondo le norme vigenti – le funzioni relative al controllo preventivo di legittimità sugli atti delle amministrazioni statali aventi sede nel territorio della regione nonché il controllo sulla gestione del bilancio e del patrimonio della Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo e delle Province autonome di Trento e Bolzano. All'art. 6, c. 1, è previsto che: “per il controllo sulla gestione del bilancio e del patrimonio della regione e delle Province autonome di Trento e Bolzano, degli enti locali, nonché degli altri enti pubblici di cui all'art. 79, c. 3, d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670, per lo svolgimento dell'attività e per il funzionamento delle sezioni di Trento e di Bolzano e dei relativi uffici di controllo, nonché per l'esercizio delle funzioni dei presidenti di sezione preposti al coordinamento si applicano, per quanto non disciplinato dal presente decreto, le leggi dello Stato che disciplinano l'ordinamento, le attribuzioni e le procedure della Corte dei conti”.

Trattasi, invero, di un rinvio dinamico, che incardina presso le sezioni di controllo territorialmente competenti tutte le funzioni di controllo che il legislatore statale attribuisce alla Corte dei conti, in quanto dotato di competenza esclusiva in materia di funzioni e ordinamento della Corte.

1.1. Ciò premesso, lo schema di norme di attuazione in esame introduce, con un unico articolo, il c. 2-*bis* al d.p.r. n. 305/1988 cit. che, secondo quanto esposto nella relazione illustrativa, andrebbe inteso quale

rivanti dai singoli contratti che possono comportare riflessi negativi sulla situazione complessiva della finanza pubblica. Di qui la rilevanza dell'analisi condotta in termini di attendibilità e compatibilità degli oneri contrattuali, dalla quale non può prescindere per l'attività di certificazione intestata alla Corte dei conti (in materia v., *ex plurimis*, Corte conti, Sez. riun. contr., 17 maggio 2022, n. 7, e 2 febbraio 2023, n. 11, e Sez. contr. reg. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 28 dicembre 2022, n. 9, nell'ambito dell'attuazione del principio di leale collaborazione fra le istituzioni della Repubblica di cui al disposto dell'art. 6, c. 3-*ter*, d.p.r. n. 305/1988).

La fase interdittiva dell'efficacia degli accordi, connessa in modo diretto all'iniziale controllo di legittimità preventivo, al quale come detto sopra erano sottoposti gli atti autorizzativi del Governo, non si è mai del tutto persa anche nelle successive modalità attuative, giacché in caso di esito negativo della certificazione, ne consegue l'impossibilità di addivenire alla sottoscrizione del contratto nel suo complesso o con riferimento a specifiche clausole. In questo ambito si colloca l'ulteriore criticità riscontrata in sede consultiva dalle Sezioni riunite in merito al testo normativo analizzato, ovvero la mancata previsione espressa di una necessaria riapertura della trattativa negoziale fra le parti interessate alla sottoscrizione del contratto in caso di certificazione non positiva. [P. COSA]

“norma di coordinamento relativo ai poteri di controllo della Corte dei conti sulla contrattazione collettiva del personale ad ordinamento regionale e provinciale, collegandosi al modello disciplinato dalla normativa nazionale per il personale che ricade nell’ambito di applicazione diretta del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165”.

Tuttavia, l’articolo in esame non contiene alcun richiamo espresso al decreto legislativo citato e, segnatamente, all’art. 47, che disciplina compiutamente le funzioni di certificazione dei contratti collettivi del personale da parte della Corte dei conti, ma è riferito unicamente alle “finalità dell’art. 11, c. 4, lett. f), legge delega 15 marzo 1997, n. 59”, in attuazione della quale è stato emanato il d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396, recante “Modificazioni al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29”.

1.2. Al riguardo, va osservato che, in tema di rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, a più riprese la Corte costituzionale ha affermato la competenza esclusiva statale con riferimento alla materia dell’ordinamento civile di cui all’art. 117, c. 2, lett. l), Cost.

Nella sentenza n. 138/2019, che ha riguardato proprio il giudizio di costituzionalità di l. reg. Trentino-Alto Adige/Sudtirolo e provinciale di Bolzano in materia di indennità a favore di determinate categorie di dipendenti pubblici, si afferma, infatti, quanto segue: “secondo la costante giurisprudenza costituzionale”, «a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, la disciplina del trattamento giuridico ed economico dei dipendenti pubblici – tra i quali, ai sensi dell’art. 1, c. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), sono ricompresi anche i dipendenti delle regioni – compete unicamente al legislatore statale, rientrando nella materia “ordinamento civile” (ex multis, sentenze n. 72/2017; n. 257/2016; n. 180/2015; nn. 269, 211 e 17/2014)” (“n. 175/2017) (n. 196/2018)». (punto 7 del diritto).

Precisa, inoltre, la Corte che “[n]eppure può essere accolta l’eccezione formulata da entrambe le autonomie territoriali, secondo cui le norme censurate apparterebbero alla materia statutaria ‘ordinamento degli uffici e del personale ad essi addetto’, dal momento che proprio l’assenza di impiego del personale beneficiario delle contestate dazioni esclude che queste ultime possano ricondursi alla materia organizzativa”, poiché “In definitiva, le norme testé individuate nel complesso quadro normativo, in cui le inseriscono, con ambigui e reiterati rinvii *per relationem*, il legislatore regionale e quello provinciale, incidono, con tutta evidenza, [...] su profili retributivi espressamente esclusi dal legislatore nazionale nell’esercizio della sua competenza esclusiva”.

2. Quanto alla funzione di certificazione dei contratti collettivi del personale dipendente da amministrazioni pubbliche, va ricordato, anzitutto, che il legislatore prevede il controllo della Corte dei conti sulla spesa derivante dalla sottoscrizione di detti contratti collettivi.

Così, l’art. 47 del d.lgs. n. 165/2001 dispone che “La Corte dei conti certifica l’attendibilità dei costi quantificati e la loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio”.

In proposito, la deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 7/2022/Ccn sintetizza i connotati della certificazione intestata alla Corte dei conti, evidenziando che:

a) “il procedimento di controllo della Corte dei conti [è] finalizzato alla certificazione dei contratti collettivi consiste nel riscontro dell’attendibilità della quantificazione dei costi, diretti e indiretti, derivanti dall’applicazione del contratto, sotto il profilo della razionalità e congruità delle stime risultanti dalla Relazione tecnica (Sez. riun. contr. n. 17/1998)”.

b) “il procedimento di certificazione intestato alla Corte dei conti postula due ulteriori profili di analisi del contratto collettivo: quello della compatibilità finanziaria e quello della compatibilità economica (Sez. riun. contr. n. 17/1998). Il primo consiste in uno scrutinio degli oneri contrattuali sotto il profilo della loro copertura e sostenibilità finanziaria con le risorse allocate negli appositi stanziamenti di bilancio; il secondo si sostanzia in una valutazione di compatibilità degli incrementi retributivi con le grandezze macroeconomiche desunte dagli strumenti di programmazione economico-finanziaria e dagli accordi sulla politica dei redditi, direttamente o indirettamente richiamati dai predetti strumenti di programmazione”;

c) anche a livello locale, il macro-aggregato della spesa pubblica relativo al personale incide, in modo significativo, sui bilanci. Si pone, pertanto, negli stessi termini, l’esigenza della previsione di un controllo finalizzato a prevenire squilibri di bilancio, che potrebbero negativamente incidere sulla integrità della complessiva finanza pubblica, imponendosi l’esigenza di verifica, da parte di un organo terzo e imparziale, della copertura di dette spese con gli strumenti di programmazione e bilancio (cfr. Corte conti, Sez. riun., ref., n. 13/1999/Del).

2.1. Tanto premesso, il primo aspetto che viene in rilievo, prima di passare all’esame del contenuto della norma, attiene allo strumento utilizzato per disciplinare il procedimento di certificazione dei contratti del personale regionale e provinciale e ad esso assimilato, ovvero le “disposizioni di attuazione” dello statuto di autonomia, ossia quel particolarissimo meccanismo di raccordo istituzionale che rappresenta la caratteristica maggiormente rilevante del regionalismo speciale.

La normativa di attuazione statutaria rappresenta una fonte del diritto del tutto peculiare che, secondo la giurisprudenza costituzionale, per il suo “sicuro ruolo interpretativo e integrativo” (sent. n. 65/2019; n. 93/2017 e n. 142/2015), “costituisce un formidabile strumento di flessibilità del quadro delle competenze regionali, che consente – all’esito di uno speciale procedimento di formazione che vede protagoniste le commissioni paritetiche Stato-regione – un adeguamento delle attribuzioni statutarie delle autonomie

speciali alle mutate esigenze delle comunità locali” (sent. n. 65/2019, punto 1.2 del diritto).

Essa viene, dunque, adottata grazie ad un particolare procedimento di formazione. In tale procedimento le disposizioni di attuazione assumono la forma di decreti legislativi adottati dal Governo della Repubblica ed emanati dal Presidente della Repubblica. Ma, prescindendo dal “nome” (decreti legislativi), si tratta di fonti il cui procedimento di approvazione, che non prevede alcuna delega delle assemblee parlamentari, si realizza attraverso la partecipazione di una Commissione paritetica cui è affidato il compito di affinare e determinare il contenuto sostanziale della disposizione di attuazione (v. anche Corte cost. n. 160/1985). L’aggettivo “paritetica” ha un significativo valore politico-costituzionale: in essa siedono rappresentanti del governo regionale/provinciale e dello Stato con una rappresentanza, per l’appunto, paritetica. È quella la sede in cui si realizza una peculiare forma di raccordo fra Stato e Autonomie speciali, finalizzata a precisare ed “attuare” le disposizioni degli statuti di autonomia che, sotto il profilo delle fonti, rivestono il rango di norme costituzionali.

La Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in molteplici occasioni sulla natura delle norme di attuazione degli statuti di autonomia: nella sentenza n. 316/2004, con riferimento alle disposizioni di attuazione relative all’art. 23 dello Statuto speciale della Regione Siciliana – in virtù delle quali è stata adottata la disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa – ebbe modo di precisare che «d’altra parte i citati artt. 4 e 6 d.lgs. n. 373/2003, nel dettare la speciale disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa, non hanno neppure violato, avendo rango primario in quanto norme di attuazione di statuti speciali [...], la riserva di legge prevista in materia dall’art. 108 Cost. E di conseguenza i predetti articoli possono anche, come fonti a competenza “riservata e separata” rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica [...], introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il “limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale”» (al riguardo, cfr. Corte cost., n. 353/2001, nn. 213 e 137/1998, n. 85/1990, n. 160/1985, n. 212/1984).

Ed ancora, nella sentenza n. 201/2010, con riferimento alle disposizioni di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana, la Corte ha precisato che la Commissione paritetica «è titolare di una speciale funzione di partecipazione al procedimento legislativo, in quanto [...] essa “determinerà le norme” relative sia al passaggio alla regione degli uffici e del personale dello Stato sia all’attuazione dello statuto stesso. Detta Commissione rappresenta, dunque, un essenziale raccordo tra la regione e il legislatore statale, funzionale al raggiungimento di tali specifici obiettivi».

Il ruolo delle disposizioni di attuazione è ulteriormente precisato dalla Corte costituzionale la quale ha

affermato che l’ordinamento pone “una riserva di competenza a favore delle norme di attuazione degli statuti speciali per la modifica della disciplina finanziaria degli enti ad autonomia differenziata, [...] così da configurarsi quale presidio procedurale della specialità finanziaria di tali enti” (cfr. Corte cost. n. 238/2015).

Il decreto legislativo che reca le norme di attuazione, chiamate ad attuare le disposizioni statutarie speciali (di rango costituzionale), è certamente da qualificarsi come fonte statale sub-costituzionale, connotato da relazioni, oltre che gerarchiche, anche ed essenzialmente di competenza, sia con la legislazione ordinaria statale che con la legislazione ordinaria provinciale.

Si tratta, pertanto, di un istituto completamente diverso da quello che trova il suo fondamento nell’art. 76 Cost. Gli statuti speciali, infatti, attribuiscono in modo permanente al Governo nazionale la possibilità di adottare decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali attraverso un particolare procedimento nel quale è coinvolta la Commissione paritetica. I presupposti del decreto legislativo di attuazione sono unicamente la Costituzione e lo Statuto speciale (non esiste alcuna legge delega), ed è a tali fonti che dovrà farsi riferimento per individuare l’oggetto delle disposizioni di attuazione.

In tal senso la Corte costituzionale, già nella sentenza n. 353/2001 (punto 4 del diritto) ha affermato che «deve [...] essere rilevato che le norme di attuazione dello statuto speciale si basano su un potere attribuito dalla norma costituzionale in via permanente e stabile [...], la cui competenza ha “carattere riservato e separato rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica” [...] e pertanto prevalgono, nell’ambito della loro competenza, sulle stesse leggi ordinarie, con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti [...]. Le norme di attuazione dello statuto regionale ad autonomia speciale sono destinate a contenere, tra l’altro, non solo disposizioni di vera e propria esecuzione o integrative *secundum legem*, non essendo escluso un contenuto *praeter legem* nel senso di integrare le norme statutarie, anche aggiungendo ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano, con il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale».

Pertanto, da un canto, le norme di attuazione potranno intervenire solo nell’ambito di competenza individuato dalla Costituzione e dallo Statuto – che è norma di rango costituzionale – e nei limiti da dette fonti consentiti e, d’altro canto, anche la sovraordinazione gerarchica del decreto legislativo recante norme di attuazione rispetto alla normativa statale ordinaria si realizza solo nell’ambito della competenza ad esso riservata.

Conseguentemente, le norme di attuazione non potranno intervenire su materie che, per Costituzione e per Statuto, non rientrano nella competenza della autonomia speciale.

In ordine alla collocazione delle norme di attuazione nel sistema delle fonti, esse sono da assimilare agli atti normativi primari solamente per l'aspetto che concerne la possibilità di sottoporli al sindacato di costituzionalità al fine di verificare il rispetto delle riserve di legge previste dalla Costituzione.

2.2. Quanto poi al controllo assegnato alla Corte dei conti sui contratti collettivi va evidenziata l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che, dopo la citata sent. n. 171/2005, ha riconosciuto alla Corte dei conti la piena legittimazione a svolgere controlli, "finalizzati ad assicurare la sana gestione finanziaria degli enti territoriali, a prevenire squilibri di bilancio e a garantire il rispetto del patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento posto dall'ultimo comma dell'art. 119 Cost. (tra le tante, sent. n. 60/2013 e n. 179/2007), anche in vista della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica".

Nello stesso senso, la sentenza della Corte cost. n. 40/2014, ha chiarito che «la competenza delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di istituire forme di sindacato sugli enti locali del proprio territorio non pone in discussione la finalità di uno strumento, quale il controllo affidato alla Corte dei conti, "in veste di organo terzo (sent. n. 64/2005) a servizio dello 'Stato-comunità' (sent. n. 29/1995 e n. 470/1997), [garante del rispetto] dell'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva. Del resto, la necessità di coordinamento della finanza pubblica [...] riguarda pure le regioni e le province ad autonomia differenziata, non potendo dubitarsi che anche la loro finanza sia parte della 'finanza pubblica allargata', come già affermato da questa Corte (in particolare, sent. n. 425/2004)" (sent. n. 267/2006)».

In virtù del carattere unitario delle funzioni di controllo intestate, in base all'art. 100, c. 2, Cost., alla Corte dei conti, la legislazione statale espande direttamente la propria efficacia anche nei confronti dell'ordinamento provinciale, senza necessità di norme di attuazione (Corte cost. n. 40/2014).

2.3.1. In particolare, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 39/2014 (punto 2 del diritto) ha affermato:

«Il rispetto dei vincoli europei discende direttamente, oltre che dai principi di coordinamento della finanza pubblica, dall'art. 117, c. 1, Cost. e dall'art. 2, c. 1, l. cost. 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), che, nel comma premesso all'art. 97 Cost., richiama il complesso delle pubbliche amministrazioni, ad assicurare in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (sent. n. 60/2013). Da ciò consegue la differenza tra i controlli di regolarità e legittimità contabile, attribuiti alla Corte dei conti al fine di prevenire squilibri di bilancio, e i controlli istituiti dalle autonomie speciali sulla contabilità degli enti insistenti sul loro territorio e, più in generale, sulla finanza pubblica di interesse regionale. Mentre questi ultimi sono resi nell'interesse della regione stessa e

delle province autonome, quelli affidati alla Corte dei conti sono strumentali al rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio. In questa prospettiva, funzionale ai principi di coordinamento e di armonizzazione dei conti pubblici, essi possono essere accompagnati anche da misure atte a prevenire pratiche contrarie ai principi della previa copertura e dell'equilibrio di bilancio (sent. nn. 266 e 60/2013), che ben si giustificano in ragione dei caratteri di neutralità e indipendenza del controllo di legittimità della Corte dei conti (sent. n. 226/1976). Detti controlli si risolvono in un esito alternativo, nel senso che devono decidere se i bilanci preventivi e successivi degli enti territoriali siano o meno rispettosi del patto di stabilità e del principio di equilibrio (sent. n. 60/2013 e n. 179/2007). Cionondimeno, essi non impingono nella discrezionalità propria della particolare autonomia di cui sono dotati gli enti territoriali destinatari, ma sono mirati unicamente a garantire la sana gestione finanziaria, prevenendo o contrastando pratiche non conformi ai richiamati principi costituzionali.

In questo quadro, occorre anzitutto stabilire se le norme statali impugnate esprimano principi fondamentali idonei a vincolare il legislatore regionale e provinciale, anche se trattasi di enti ad autonomia speciale. Al riguardo, va richiamata la costante giurisprudenza di questa Corte, la quale ha chiarito che i principi fondamentali fissati dalla legislazione statale in materia di "coordinamento della finanza pubblica" – funzionali anche ad assicurare il rispetto del parametro dell'unità economica della Repubblica (sent. nn. 104, 79, 51 e 28/2013, n. 78/2011) e a prevenire squilibri di bilancio (sent. n. 60/2013) – sono applicabili anche alle regioni a statuto speciale ed alle province autonome (*ex plurimis*, sent. n. 229/2011; n. 120/2008, n. 169/2007). Ciò in riferimento alla necessità di preservare l'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche in riferimento a parametri costituzionali (artt. 81, 119 e 120 Cost.) e ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (artt. 11 e 117, c. 1, Cost.): equilibrio e vincoli oggi ancor più pregnanti – da cui consegue la conferma dell'estensione alle autonomie speciali dei principi di coordinamento della finanza pubblica – nel quadro delineato dall'art. 2, c. 1, l. cost. n. 1/2012, che nel comma premesso all'art. 97 Cost., richiama, come già osservato, il complesso delle pubbliche amministrazioni ad assicurare, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (sent. n. 60/2013)».

2.3.2. In sostanza, le norme statali che attribuiscono il controllo della Corte dei conti nella forma della certificazione dei contratti collettivi di lavoro si configurano quale espressive di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica che non ammettono deroghe o sovrapposizioni anche da parte del legislatore degli enti ad autonomia differenziata.

2.3.3. Deve aggiungersi che l'estensione dei controlli della Corte dei conti sub specie di certificazione dei contratti collettivi di lavoro anche regionali e provinciali si desume dall'art. 6, c. 2, d.p.r. n. 305/1988, secondo cui “[l]e sezioni di controllo aventi sede a Trento e a Bolzano definiscono annualmente i programmi e i criteri di riferimento del controllo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle regioni e delle province autonome”, laddove si ritenga la riconducibilità di tale tipologia di controllo nel più ampio *genus* del controllo della Corte dei conti sulla “gestione del bilancio” (previsto, appunto, dal citato art. 6, c. 2).

2.4. Quanto al merito dello schema di articolato all'esame, va rilevato che l'art. 2-*bis* non sembra prestarsi a una lettura “meramente ricognitiva” della disciplina statale parametro vigente (di cui al combinato disposto dell'art. 11, c. 4, lett. f, l. 15 marzo 1997, n. 59 e dell'art. 47 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), in quanto la predetta disposizione di cui allo schema di norma di attuazione dello Statuto all'esame presenta talune divergenze di disciplina a diversa intensità potenzialmente lesiva della ricordata disciplina statale espressiva di principi fondamentali di coordinamento finanziario: a) la prima, meno rilevante, riguarda l'omesso riferimento alla valutazione sull'attendibilità dei costi del contratto; b) la seconda, più complessa, non riproduce il divieto di sottoscrizione dell'ipotesi di accordo in caso di certificazione non positiva (contenuto nell'art. 47, c. 7, d.lgs. n. 165/2001).

Da segnalare è, altresì, un'ulteriore differenza: c) essa è costituita dalla mancata riproduzione, nello schema all'esame, della locuzione, contenuta nella disciplina statale (contenuta nell'art. 47, c. 5, d.lgs. n. 165/2001), “compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio” sostituita dall'espressione “strumenti di programmazione e di bilancio regionali o provinciali”.

2.4.1. Quanto alla prima riscontrata divergenza, la valutazione di attendibilità dei costi contrattuali, non espressamente prevista dalla norma statutaria, costituisce presupposto essenziale per l'esercizio del controllo in questione, logicamente distinto rispetto all'analisi sulla compatibilità con gli strumenti di programmazione e bilancio, in quanto finalizzato alla verifica della razionalità e congruità del procedimento di stima risultante dalla relazione tecnica.

Al riguardo, va notato che appare singolare che detta funzione di verifica dell'attendibilità dei costi contrattuali sia stata prevista, a livello di legislazione provinciale, dall'art. 9 della l. prov. n. 10/2022, oggetto di impugnativa (per altri motivi) da parte del Governo, che prevede espressamente: “La provincia promuove l'approvazione di una specifica norma di attuazione statutaria al fine di introdurre in ambito provinciale una disciplina relativa alla verifica da parte della Corte dei conti dell'attendibilità della quantificazione dei costi della contrattazione collettiva provinciale e della relativa compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio prevista per lo Stato dall'art. 47 d.lgs. n. 165/2001”.

Tanto premesso, occorre ricordare che la giurisprudenza della Corte dei conti (Sez. riun. contr. n. 17/1998/Ref), sin dagli inizi, ebbe ad evidenziare come la (allora) nuova funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 4 d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396 (sostitutivo dell'art. 51, c. 4, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) di “certificazione dell'attendibilità dei costi contrattuali quantificati” dovesse intendersi, sotto il profilo logico, connotata da un *prius*, e cioè la valutazione di attendibilità dei costi e da un *posterius*, e cioè la certificazione della compatibilità di tali costi con gli strumenti di programmazione e di bilancio.

Ebbene sulla base di tale premessa, pur nel silenzio della disposizione all'esame, la prevista “certificazione dei costi dei contratti collettivi” non può che logicamente implicare, da parte della Corte, la valutazione di attendibilità di detti costi, da intendere quale giudizio di minore o maggiore probabilità del costo rappresentato nell'ipotesi di accordo rispetto all'ipotesi più veritiera, operazione alla quale farà seguito, sul piano logico, quella propriamente certificatoria.

2.4.2. Più problematica è la seconda riscontrata divergenza.

Il c. 2 dell'art. 2-*bis*, nella misura in cui non riproduce il divieto di sottoscrizione dell'ipotesi di accordo in caso di certificazione non positiva – contenuto nella norma statale –, presenta elementi di non univocità, in quanto si limita a prevedere l'onere per le parti di “assumere le iniziative necessarie per adeguare la quantificazione dei costi contrattuali ai fini della certificazione”, di talché non risulta esplicitata la necessità di una nuova sottoposizione al procedimento di certificazione della Corte in esito a dette iniziative, così come previsto dall'art. 47, c. 7, d.lgs. n. 165/2009 [*recte*: 2001] (“7. In caso di certificazione non positiva della Corte dei conti le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo. Nella predetta ipotesi, il Presidente dell'Aran, d'intesa con il competente comitato di settore, che può dettare indirizzi aggiuntivi, provvede alla riapertura delle trattative ed alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo adeguando i costi contrattuali ai fini delle certificazioni. In seguito alla sottoscrizione della nuova ipotesi di accordo si riapre la procedura di certificazione prevista dai commi precedenti. Nel caso in cui la certificazione non positiva sia limitata a singole clausole contrattuali l'ipotesi può essere sottoscritta definitivamente ferma restando l'inefficacia delle clausole contrattuali non positivamente certificate”), che, si ripete, ha valenza di principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, anche a salvaguardia del “rispetto dei principi stabiliti dalla [...] (l. n. 243/2012), al fine di assicurare il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea” (art. 9, c. 5, l. 24 dicembre 2012, n. 243).

2.4.3. Quanto alla diversa espressione utilizzata dal legislatore regionale (v. precedente 2.4. c), va osservato, in primo luogo, che il riferimento al documento di programmazione regionale (Dfer) in luogo dei documenti di programmazione statali (artt. 10 e 10-*bis* l. n.

196/2009) non costituisce, nella sostanza, una reale “divergenza”; ciò in quanto, l’art. 36 e le disposizioni di cui all’allegato 4/1, punti 4.1 e seguenti del d.lgs. n. 118/2011 configurano i documenti di programmazione regionale come funzionali al “perseguimento degli obiettivi di convergenza e di stabilità derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea”. In secondo luogo, si rileva che detti strumenti di programmazione, sul piano giuridico, sono elevabili a parametro ove sussunti nella legislazione di stabilità regionale e in quella di bilancio (anche degli enti ad autonomia differenziata), secondo quanto dispone il d.lgs. n. 118/2011 espressivo della competenza esclusiva statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici (art. 117, c. 2, lett. e, Cost.).

2.5. D’altro canto, anche la formulazione dell’articolato, limitata al richiamo dell’art. 11, c. 4, lett. f), l. n. 59/1997 e non anche dell’art. 47 d.lgs. n. 165/2001, sembra avvalorare l’ipotesi del carattere “non ricognitivo” delle norme all’esame, bensì riduttivo delle funzioni intestate alla Corte dei conti nonché modificativo del procedimento che il legislatore nazionale ha configurato per la certificazione di attendibilità dei costi quantificati nei contratti collettivi del personale delle pubbliche amministrazioni, ivi inclusi quelli relativi al personale a ordinamento regionale e provinciale, e della loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio.

Ad avvalorare il paventato rischio di incoerenza delle citate disposizioni all’esame con i principi sopra ricordati è anche il mancato richiamo dell’art. 1, c. 3, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui:

“Le disposizioni del presente decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell’art. 117 Cost. Le regioni a statuto ordinario si attengono ad esse tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti. I principi desumibili dall’art. 2 l. 23 ottobre 1992, n. 421, e successive modificazioni, e dall’art. 11, c. 4, l. 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni, costituiscono altresì, per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica”; il che però non esclude che le norme di coordinamento finanziario trovino comunque applicazione anche con riferimento agli enti ad autonomia differenziata (cfr. Corte cost. n. 279/2020, nn. 273, 263, 239, 238, 176 e 82/2015).

2.6. Rimane ferma l’inidoneità delle norme di attuazione e delle leggi provinciali ad incidere, in senso riduttivo, sulle attribuzioni della Corte dei conti, la disciplina delle cui funzioni, nell’*an* e del *quomodo*, è da ritenere riservata alla competenza dello Stato (art. 117, c. 2, lett. f, g, e l, e c. 3, *sub specie* di norme espressive di principi fondamentali di coordinamento finanziario, Cost. nonché art. 20, cc. 1 e 2, l. n. 243/2012).

2.7. Conclusivamente, il richiamo alle funzioni della Corte in tema di certificazione dei contratti collettivi operato con l’art. 2-*bis* d.p.r. n. 305/1088 [*recte*: 1988] dello Schema in esame può trovare collocazione

nelle disposizioni di attuazione assicurando, nei termini che seguono, il rispetto della ricordata normativa, in particolare: a) la previsione della previa valutazione di attendibilità dei costi quantificati e della loro conseguente certificazione da parte della Corte dei conti; b) la previsione che, in caso di certificazione negativa le parti, non possano sottoscrivere l’accordo, con l’onere di iniziare un nuovo procedimento di contrattazione da sottoporre al vaglio della Corte.

P.q.m., nelle considerazioni esposte è il parere delle Sezioni riunite.

Sezione centrale controllo gestione

5 – Sezione centrale controllo gestione; deliberazione 9 febbraio 2023; Pres. e Rel. Orefice; Agenzia della Cybersecurity nazionale.

Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – “Rapporto Pnrr sull’Agenzia per la cybersicurezza nazionale II semestre 2022” – Corte dei conti – Rapporto al Parlamento.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3, cc. 4 e 6; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, art. 7, c. 7; d.l. 14 giugno 2021, n. 82 convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2021, n. 109, disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell’architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale, art. 1.

La Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato con la deliberazione in commento, avente ad oggetto il Rapporto Pnrr sull’“Agenzia per la cybersicurezza nazionale”, ha aggiornato al secondo semestre 2022 lo stato di attuazione dell’investimento MIC1-I.5, fornendo ulteriori informazioni al riguardo e considerazioni rispetto a quelle formulate nella deliberazione del 14 luglio 2022, n. 31.

L’obiettivo dell’investimento analizzato consiste nel rafforzamento della difesa nazionale contro i rischi derivanti dalla criminalità informatica, in armonia con gli impegni assunti dall’Italia nell’ambito delle organizzazioni internazionali. Al predetto fine è stata istituita, in forza del d.l. n. 82/2021, l’Agenzia per la cybersicurezza nazionale che ha rilevato inizialmente i compiti assegnati al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza della Presidenza del Consiglio dei ministri (Dis) per poi vedersi assegnate, ai sensi del d.p.c.m. 15 giugno 2022 e del d.p.c.m. 1 settembre 2022, le funzioni di competenza del Mise e dell’Agid in materia di cybersicurezza.

Le risorse a tal fine destinate nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza sono pari a 623 milioni di euro, a fronte delle quali gli impegni complessivamente assunti fino al secondo semestre del 2022 ammontano a circa 334 milioni di euro (53 per cento del totale), di cui circa 98 milioni riguardano impegni per attività a titolarità e le restanti risorse sono state impegnate per attività a beneficio di altri enti (a regia).

L'Agenzia è stata individuata quale soggetto attuatore dell'intervento, ai sensi dell'art. 9, c. 1, d.l. n. 77/2021.

Nelle conclusioni della deliberazione n. 31 la sezione aveva manifestato apprezzamento per l'impegno profuso dall'Agenzia, sia sul piano regolamentare che organizzativo, nel creare in tempi celeri le condizioni per consentire di fornire i servizi destinati alla sicurezza, nell'ambito del più ampio settore della sicurezza nazionale.

Alla luce dell'istruttoria condotta, la sezione ha preso atto che dai dati forniti dall'Agenzia e dalle evidenze finanziarie registrate in ReGis, le attività previste per il 2022 nel campo della sicurezza cibernetica e riferibili alle risorse del Pnrr risultano correttamente adempiute. Tuttavia, la sezione ha aggiunto che è necessario un'attenzione specifica nei confronti di alcuni settori particolarmente sensibili, fra cui quello degli operatori energetici, quello finanziario, quello delle telecomunicazioni e quello delle infrastrutture "critiche", in primis quelle sanitarie. In tale ottica, la sezione ha concluso considerando che le risorse del Pnrr dovranno portare "velocità", sia tra i cittadini che nelle pubbliche amministrazioni, per recuperare i ritardi che l'Italia nel tempo ha accumulato rispetto ad altri Paesi europei. (1)

(1) I. - Il testo integrale del rapporto si legge in <www.corteconti.it>.

II. - Il rapporto in commento si iscrive nell'ambito dell'attività programmata e condotta dalla Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato per l'anno 2022, ai sensi dell'art. 7, c. 7, d.l. n. 77/2021, convertito dalla l. n. 108/2021, che affida alla Corte dei conti l'esercizio di un controllo da esercitarsi ai sensi dell'art. 3, c. 4, l. n. 20/1994, svolgendo, in particolare, valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al Piano nazionale di ripresa e resilienza. Tale controllo che deve ispirarsi a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'art. 287, del Trattato sul funzionamento dell'Ue, confluisce, in un referto, almeno annuale, al Parlamento sullo stato di attuazione del citato Piano.

L'attività della Sezione centrale del controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, ai sensi delle citate disposizioni ed in coerenza con le indicazioni fornite nella deliberazione delle Sezioni riunite n. 43/2022, concorre alla predisposizione del rapporto che le suddette Sezioni riunite sono tenute a trasmettere al Parlamento semestralmente, pur continuando a sostanzarsi nell'adozione di specifici rapporti sullo stato di avanzamento degli interventi del Pnrr, sottoposti a controllo sulla base dell'annuale programma di attività, adottato in coerenza con la programmazione del Collegio per il controllo concomitante.

6. *Conclusioni* – Dai dati forniti dalla Agenzia per la cybersicurezza e dalle evidenze finanziarie registrate in ReGis, le attività previste per il 2022 nel campo della sicurezza cibernetica e riferibili alle risorse del Pnrr risultano correttamente adempiute. Sulla disponibilità di 623 milioni di euro determinata in seno al Piano nazionale di ripresa e resilienza, gli impegni complessivamente assunti ammontano a circa 334 milioni di euro, cioè a poco più del 53 per cento del totale, di cui circa 98 milioni riguardano impegni per attività a titolarità (quasi completamente in corso), assunti per sostenere il costo di attività funzionali all'efficientamento organizzativo e strumentale del soggetto attuatore, mentre, per le attività a regia (attività che, per converso, sono espletate a beneficio di

In particolare, la deliberazione in commento approva il rapporto che riferisce in merito all'intervento M1C1-1.5 avente ad oggetto l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, fornendo gli aggiornamenti al II semestre 2022 rispetto allo stato dell'arte rappresentato dal rapporto già approvato con delib. n. 31/2022. La sezione ha *in primis* analizzato le attività poste in essere dall'amministrazione titolare dell'intervento al fine di superare le criticità osservate dalla sezione nella precedente deliberazione, analogamente a quanto riportato nelle altre deliberazioni adottate contestualmente dalla sezione con riferimento agli interventi oggetto di controllo e che si elencano di seguito: Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, 8 febbraio 2023, n. 1, *Accordi per l'innovazione*; n. 2, *Servizio civile digitale*; n. 3, *Servizio civile universale*; n. 4, *Rete di servizi di facilitazione digitale*; 9 febbraio 2023, n. 5, *Agenzia della cybersecurity nazionale*; n. 6, *Rifinanziamento e ridefinizione del Fondo 394/81 gestito da Simest*; 15 febbraio 2023, n. 8, *Investimenti nella resilienza dell'agro-sistema irriguo per una migliore gestione delle risorse idriche*; n. 9, *Isole verdi*; n. 10, *Ricerca e sviluppo sull'idrogeno*; n. 11, *Sperimentazione dell'idrogeno per il trasporto ferroviario*; n. 12, *Utilizzo dell'idrogeno in settori hard-to-abate*; 16 febbraio 2023, n. 13, *Rafforzamento e potenziamento della ricerca biomedica del Ssn*; n. 14, *Misure per la gestione del rischio di alluvione e per la riduzione del rischio idrogeologico*; n. 15, *Servizi digitali e cittadinanza digitale - Piattaforme e applicativi (PagoPa e App IO)*; n. 16, *Dati e interoperabilità*; n. 17, *Intervento straordinario finalizzato alla riduzione dei divari territoriali nei cicli I e II della scuola secondaria di secondo grado*; n. 18, *Piattaforma notifiche digitali*; n. 19, *Ammodernamento del parco tecnologico e digitale ospedaliero*; n. 20, *Introduzione di dottorati innovativi che rispondono ai fabbisogni di innovazione delle imprese e promuovono l'assunzione dei ricercatori da parte delle imprese*; n. 21, *Infrastrutture digitali*; n. 22, *Sostegno alle persone vulnerabili e prevenzione dell'istituzionalizzazione - intervento 1) azioni volte a sostenere le capacità genitoriali e prevenire la vulnerabilità delle famiglie e dei bambini*; n. 23, *Interventi strutturati socio-educativi per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno a sostegno del terzo settore*; n. 24, *Investimenti in progetti di rigenerazione urbana, volti a ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale*; n. 25, *Sport e inclusione sociale*; n. 26, *Finanziamento di start-up*; n. 27, *Investimenti infrastrutturali per le zone economiche speciali*; n. 28, *Valorizzazione dei beni confiscati alle mafie*; n. 29, *Citizen inclusion - miglioramento dell'accessibilità dei servizi pubblici digitali*; n. 30, *Programma innovativo della qualità dell'abitare*; n. 31, *Sicuro, verde e sociale: riqualificazione edilizia residenziale pubblica*; n. 32, *Riduzione delle perdite nelle reti di distribuzione dell'acqua, compresa la digitalizzazione e il monitoraggio delle reti*; tutte in <www.corteconti.it>. [P. COSA]

altri enti e amministrazioni) si registrano impegni per circa 235 milioni (poco meno di 193 milioni in corso).

Bisognerà comunque mantenere l'attenzione alta, con la consapevolezza che gli investimenti dovranno raggiungere tutti i campi maggiormente sensibili ma non solo quelli.

I campi maggiormente a rischio sono gli operatori energetici, quelli finanziari e quelli delle telecomunicazioni. Bisognerà tutelare le infrastrutture critiche, tra cui quelle sanitarie *in primis*, che si trovano in una situazione non certamente uniforme: alcune sono bene organizzate, altre hanno problemi e sono in ritardo.

Va considerato che per affrontare al meglio le sfide del Paese, attraverso la Strategia nazionale di cybersicurezza, sono stati individuati tre obiettivi fondamentali: protezione degli asset strategici nazionali; risposta alle minacce, agli incidenti e alle crisi *cyber* nazionali, attraverso sistemi di monitoraggio, rilevamento, analisi e attivazione di processi che coinvolgano l'intero ecosistema di cybersicurezza nazionale; sviluppo sicuro delle tecnologie digitali attraverso strumenti e iniziative volte a supportare i centri di eccellenza, le attività di ricerca e le imprese.

La ricerca di questi obiettivi può tuttavia risultare insufficiente se si considera la pari necessità di una stabilità di governance, un piano di investimenti razionale, un dirottamento in tempo reale di risorse ai centri di ricerca ed anche un sistema di valutazione rapido ed obiettivo delle competenze.

Come c'è da chiedersi se la spesa per le infrastrutture tecnologiche possa considerarsi adeguata o, come taluni ambienti affermano, ancora troppo bassa.

E poi c'è il fattore umano.

Le risorse umane previste per i prossimi anni raggiungeranno numeri considerevoli.

Ciò favorirà sicuramente una maggiore consapevolezza della trasformazione digitale e dei rischi che possono presentarsi e favorire un ritorno di cervelli fuggiti all'estero negli ultimi anni. Il cambiamento culturale favorito dalle risorse del Pnrr deve portare "velocità", sia tra i cittadini che nelle pubbliche amministrazioni, per recuperare i ritardi che l'Italia nel tempo ha accumulato nel campo della formazione. Non può essere infatti dimenticato ciò che gli stessi responsabili dell'Agenzia hanno dichiarato e cioè che "siamo 30 anni indietro rispetto alla Germania e 15 rispetto alla Francia [...] abbiamo i giovani su cui contare, cerchiamo di recuperare con altissima velocità [...] Per le persone che vengono dall'estero significa avere uno sgravio Irpef del 70 per cento, lavorare per il proprio Paese, prendere una parte della propria vita e dedicarla a chi verrà dopo di noi".

Una visione strategica quindi che dovrà puntare sulla velocità e sulla sinergia, incoraggiando in questo senso anche la collaborazione con l'Unione europea, già presente in alcuni recenti progetti varati in tema di sicurezza cibernetica. Una visione ed un'autonomia strategica che dovrà passare attraverso l'implementazione della nozione di "work force" nel

nostro Paese. Laddove si dovesse pensare che la tecnologia ed il computer sostituiscano l'efficienza del lavoro umano si sarebbe perso di vista l'obiettivo.

* * *

Collegio per il controllo concomitante

2 – Sezione centrale controllo gestione, Collegio controllo concomitante; deliberazione 18 gennaio 2023; Pres. Minerva, Rel. Rappa; Ministero dell'istruzione e del merito.

Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Controllo della Corte dei conti – Misure autocorrettive adottate dall'amministrazione a seguito delle censure mosse – Esame del Collegio di controllo concomitante.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3, c. 4; l. 4 marzo 2009, n. 15, delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti, art. 11; d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, art. 22; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, art. 1.

Il Collegio per il controllo concomitante, operante presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, con la pronuncia in commento ha esaminato le misure autocorrettive adottate dal Ministero dell'istruzione e del merito a seguito della deliberazione n. 13/2022 relativa all'intervento denominato Istruzione-Potenziamento delle infrastrutture per lo sport e la scuola. A fronte delle criticità evidenziate dal Collegio con la citata deliberazione erano state fornite alcune raccomandazioni, ed in particolare: di concludere celermente le attività istruttorie relative alle ammissioni con riserva; di rispettare le milestone nazionali; di monitorare l'attuazione da parte degli enti locali dell'interoperabilità fra banche dati locali e sistema ReGis, inserendo in quest'ultimo tutti i documenti richiesti; di supportare gli enti locali nella fase di realizzazione degli interventi finanziati.

Sulla base degli elementi forniti dall'amministrazione, il collegio ha potuto constatare che la stessa ha intrapreso il percorso autocorrettivo indicato, adottando i provvedimenti a tal fine necessari. In particolare, è stato possibile appurare che gli enti locali destinatari dei finanziamenti in quanto soggetti attuatori degli interventi, hanno sottoscritto

la maggior parte degli accordi di concessione, liquidando le relative anticipazioni. Sul punto, quindi, nella deliberazione in commento è stato raccomandato un completamento quanto più celere possibile dei necessari adempimenti (sottoscrizione dei restanti accordi). Il collegio ha ritenuto soddisfacenti le rassicurazioni fornite in merito all'evidenziata opportunità di implementazione del sistema ReGis con la banca dati in uso presso il ministero. Infine, è stata ribadita l'ineludibilità dell'esercizio da parte dell'amministrazione centrale in modo proattivo delle funzioni di vigilanza e di supporto nei confronti di tutti gli enti locali ammessi a finanziamento, alla stregua di quanto previsto dall'art. 8 del d.l. n. 77/2021. (1)

* * *

Sezione controllo enti

1 – Sezione controllo enti; determinazione 17 gennaio 2023; Pres. (f.f.) Grasselli, Rel. Caso; Consip s.p.a.

Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria – Consip s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento.

L. 21 marzo 1958, n. 259, partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, art. 12; d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, art. 29; d.l. 18 aprile 2018, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici, art. 1; d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, art. 1; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, art. 1.

La relazione riferisce al Parlamento i risultati del controllo eseguito sulla gestione finanziaria relativa all'esercizio 2021 della Consip s.p.a.

La Consip è una società per azioni, istituita nel 1997, che opera, in quanto in house del Ministero dell'economia e delle finanze, secondo gli indirizzi strategici dallo stesso definiti. La sua mission consiste nel favorire l'ottimale utilizzo delle risorse pubbliche, fornendo alle amministrazioni strumenti e competenze per gestire i propri acquisti in maniera efficace, efficiente, economica e trasparente.

Tre sono i principali ambiti di intervento in vista del conseguimento della finalità sopra indicata: 1) la razionalizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione, attraverso convenzioni, accordi quadro, mercato elettronico, sistema dinamico di acquisizione, gare su delega e in Asp (Application service provider); 2) il procurement di specifici "progetti-gara", per singole amministrazioni e per tutte le amministrazioni la realizzazione dell'agenda digitale italiana; 3) lo sviluppo di progetti specifici, assegnati con provvedimenti di legge o atti amministrativi.

In aggiunta alle funzioni descritte, a partire dal 2021 nuovi compiti sono stati affidati a Consip dalle disposizioni recate dal d.l. n. 77/2021 "decreto semplificazioni bis", dal d.l. n. 76/2020 e dal decreto c.d. "sblocca cantieri" n. 32/2018, che hanno avuto riguardo alla realizzazione degli interventi del Pnrr. A tal fine: 1) sono stati definiti nuovi tempi di aggiudicazione standard coerenti con i vincoli normativi introdotti; 2) è stata adottata, per la maggior parte delle gare, l'inversione delle fasi procedurali della procedura, spostando la fase di controllo della documentazione amministrativa a valle della valutazione dell'offerta tecnica ed economica; 3) sono state semplificate le modalità e i criteri di aggiudicazione attraverso un più diffuso ricorso a criteri quantitativi e tabellari; 4) sono state potenziate le attività di monitoraggio dei lavori di commissione mediante l'utilizzo di strumenti operativi sui quali vengono registrati, per tutte le gare, gli eventi più significativi.

I rapporti fra Consip e l'azionista unico sono regolati dalla Convenzione per la realizzazione del Programma di razionalizzazione degli acquisti.

L'organico della società, articolata in 9 strutture di business, consta di 422 dipendenti a tempo indeterminato, la metà dei quali è di sesso femminile e l'88 per cento è in possesso di una laurea; l'età media è di 47 anni. Il costo del personale risulta essere incrementato nel 2021 rispetto agli esercizi precedenti a causa dei maggiori oneri derivanti dall'adeguamento del Ccnl.

L'organismo di vigilanza della società è scaduto il 31 dicembre 2019 ed ha continuato a funzionare in regime di prorogatio fino al 24 marzo 2021, allorché è stato ricostituito a seguito di una procedura comparativa pubblica con apposito bando.

La sezione ha suggerito l'opportunità di introdurre sistemi di monitoraggio di beni e servizi oggetto di effettiva negoziazione. (1)

10. *Considerazioni conclusive* – Consip è una società per azioni, istituita nel 1997 e partecipata al 100 per cento dal Mef, che opera – secondo gli indirizzi strategici definiti dall'azionista – al servizio esclusivo della pubblica amministrazione; la sua missione aziendale consiste nel favorire l'ottimale utilizzo delle risorse pubbliche, fornendo alle amministrazioni strumenti e competenze per gestire i propri acquisti in

(1) Il testo integrale della deliberazione si legge in <www.corteconti.it>.

(1) Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

maniera efficace, efficiente, economica e trasparente e stimolando le imprese al confronto competitivo con il sistema pubblico.

Anche nel 2021 il legislatore ha continuato a perseguire gli obiettivi di finanza pubblica, semplificazione amministrativa e risparmio di spesa, attraverso l'individuazione di misure dirette ad ottenere una progressiva riduzione dei costi connessi con l'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

In particolare, è stato ulteriormente incentivato il ricorso agli acquisti centralizzati, potenziando gli strumenti di attività e di intervento di Consip mentre le politiche di “*spending review*” hanno sostanzialmente esteso il perimetro di obbligatorietà del ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni agli strumenti centralizzati di acquisto e di negoziazione.

Del resto, è indubbio che un accentramento delle procedure di appalto in materia di spesa pubblica consenta, almeno in astratto, un innalzamento del livello di qualità delle procedure, dipendente dalla maggiore professionalizzazione degli acquirenti nonché del fatto che la centralizzazione degli acquisti costituisce, in linea generale, un valido strumento di razionalizzazione della spesa (e quindi di conseguente risparmio) in quanto, specie nel caso di settori merceologici altamente standardizzabili, rende possibili rilevanti economie di scala e realizza un opportuno rafforzamento del potere contrattuale dal lato della domanda pubblica.

Al contempo, anche alla luce delle complesse e variegate vicende processuali che hanno interessato la società, risulta avvalorato l'assunto, già formulato da questa Corte nei precedenti referti, secondo cui l'eccessivo dimensionamento di talune gare si ripercuote negativamente sui tempi di aggiudicazione, determinando l'abbondanza della documentazione delle offerte e il protrarsi dei lavori delle relative commissioni per periodi eccessivamente lunghi, e favorendo un restringimento della possibilità di accesso al mercato alle sole imprese di grandi dimensioni, essendo queste le uniche in possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria occorrenti per partecipare a gare dagli importi sempre più elevati.

In tal senso, dunque, appare apprezzabile il percorso – conforme alle indicazioni del legislatore – di graduale suddivisione di talune gare in lotti di dimensioni quantitativamente più ridotte, al fine di fornire la possibilità di accesso alle stesse anche delle piccole e medie imprese, e di valorizzare adeguatamente gli elementi concorrenziali del mercato.

Con riferimento a tali problematiche, occorrerà valutare, nei prossimi anni, le conseguenze del sempre maggiore ricorso a strumenti (quali Mepa e Sdapa) che spostano il ruolo di Consip da soggetto gestore della gara a soggetto regolatore del mercato virtuale dove si incontrano la domanda e l'offerta di contratti pubblici.

Sul fronte del contenzioso, si apprezza la concreta attuazione data dalla Società alle disposizioni introdotte con l'art. 1, c. 771 della legge di bilancio 2019

(l. n. 145/2018), come successivamente modificate dell'art. 51-*bis* del citato d.l. n. 73/2021, che hanno consentito a Consip di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato per le gare del Programma di razionalizzazione nonché per le ulteriori attività svolte per conto delle amministrazioni che a loro volta si avvalgono del patrocinio della medesima Avvocatura.

In ogni caso, come già rappresentato in precedenza da questa Corte, le dimensioni del contenzioso evidenziano come una legislazione complessa, in tema di contratti pubblici, faciliti il ricorso all'azione giudiziaria con significative ricadute sia sull'efficienza dell'azione amministrativa (con conseguente incremento delle risorse dedicate agli aspetti giuridici piuttosto che a quelli gestionali) che sul complessivo mercato di lavori, servizi e forniture.

La crescente rilevanza del contenzioso, peraltro, reca un elemento di incertezza che si riflette sul mercato di riferimento, impedendo la stipula dei contratti cui si riferiscono le gare oggetto di accertamenti giudiziari, rallentando l'azione delle amministrazioni interessate e incidendo sui ricavi delle aziende.

Complessivamente, si prende atto che è stata superata la soglia dei 17 miliardi di erogato attraverso tutti gli strumenti, con un incremento rispetto al precedente anno, pari a circa il 13 per cento, realizzato prevalentemente attraverso il contributo degli strumenti di negoziazione (66 per cento). Rispetto al 2020, si segnala la crescita (+38 per cento) sia dello strumento accordo quadro sia delle convenzioni (+20 per cento); tra gli strumenti di negoziazione, la crescita del Mepa (+16 per cento), in linea rispetto all'anno precedente, compensa il decremento registrato per lo Sdapa (-18 per cento). Da segnalare il costante trend di crescita dell'erogato dalle gare in Asp (+57 per cento rispetto al 2020).

Il risparmio potenziale 2021, corrispondente a 2.497 milioni di euro, presenta una lieve crescita rispetto al 2020 (+7 per cento), in virtù dell'aggiornamento delle percentuali di risparmio associate ad alcune categorie merceologiche.

Sul punto, la Corte osserva, ancora una volta, che con tale ultima definizione, non si ha riguardo a risparmi di spesa effettivi e contabilmente accertati dalle amministrazioni a consuntivo, soprattutto in materia di spese per beni e servizi. Va, anzi, ricordato che la Corte, almeno per quanto riguarda le amministrazioni centrali, negli ultimi anni non ha rilevato a consuntivo, sui capitoli di bilancio destinati all'acquisto di beni e servizi, una pari riduzione di spesa.

Si osserva, altresì, che, nonostante il costante rafforzamento e l'espansione degli obblighi in capo alle pubbliche amministrazioni di adesione alle convenzioni in parola, una notevole percentuale della spesa per beni e servizi dei ministeri continua ad essere effettuato, per varie cause, al di fuori degli strumenti Consip.

Con l'estensione del ruolo affidato a Consip, appare quindi opportuna una più attenta e oggettiva valuta-

zione dei risparmi di spesa effettivamente conseguiti. In tal senso, si rappresenta l'opportunità di introdurre sistemi di monitoraggio dei beni e servizi oggetto di effettiva negoziazione attraverso i diversi strumenti operativi utilizzati da Consip.

Gli importi complessivamente corrisposti a titolo di emolumento agli organi sociali ammontano a euro 331.550, rispetto a euro 276.762 del 2020, con un incremento del 19,8 per cento dovuto esclusivamente alla corresponsione posticipata all'esercizio successivo di alcuni compensi al collegio sindacale relativi al secondo semestre 2020, mentre gli importi lordi deliberati sono rimasti invariati.

Il costo del personale ammonta a 36,12 milioni con un incremento di 2,42 milioni rispetto all'esercizio 2020 (+7,19 per cento).

Il patrimonio netto ammonta a euro 43,44 milioni con un incremento rispetto al 2020 di euro 811 mila, pari all'1,90 per cento rispetto all'esercizio precedente (quando ammontava a euro 42,63 mln).

I debiti risultano pari a euro 64,32 milioni, in aumento del 12,62 per cento rispetto al 2020, esclusivamente per maggiori posizioni sul breve termine.

Dalla gestione economica, a fine 2021, emerge un utile di euro 3.226.328, con una diminuzione del 29,70 per cento rispetto al precedente esercizio in cui era stato di euro 4.589.253, dovuto al peggioramento del saldo della gestione operativa, con un decremento dei ricavi minore rispetto a quello dei costi.

Il flusso finanziario della gestione reddituale ammonta a 17,97 milioni (euro 11,37 mln nel 2020). Al netto delle attività di investimento e di quelle di finanziamento (entrambe di segno negativo), le disponibilità liquide a fine 2021 ammontano a 39,83 milioni, con un incremento di euro 11,68 milioni, a fronte della variazione di euro 6,10 milioni registrata nel 2020.

3 – Sezione controllo enti; determinazione 17 gennaio 2023; Pres. (f.f.) Grasselli, Rel. Petrucci; Simest s.p.a.

Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria – Società italiana per le imprese all'estero s.p.a. (Simest) – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento.

L. 21 marzo 1958, n. 259, partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, art. 12; l. 24 aprile 1990, n. 100, norme sulla promozione della partecipazione a società ed imprese miste all'estero, art. 1; d.l. 11 novembre 2022, n. 173, convertito con modificazioni dalla l. 16 dicembre 2022, n. 204, disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri, artt. 1, 9.

La relazione riferisce al Parlamento i risultati del controllo eseguito sulla gestione finanziaria relativa all'esercizio 2021 della Società italiana per le imprese all'estero-Simest s.p.a.

La Simest è una società finanziaria a partecipazione pubblica istituita in forza dell'art. 1, l. n. 100/1990 con finalità di sviluppo e promozione delle imprese italiane all'estero, di sostegno del processo di internazionalizzazione e di assistenza degli imprenditori italiani nelle loro attività nei mercati stranieri.

Il capitale sociale, ammontante a complessivi 164.646.22 euro, suddiviso in 316.627.69 azioni ordinarie del valore unitario di 0,52 euro, è stato fino al 31 dicembre 2021 posseduto per il 76 per cento da Sace (Società servizi assicurativi del commercio estero) a sua volta partecipata da Cassa depositi e prestiti (Cdp). A far data dal 22 gennaio 2022 è stato disposto il trasferimento della partecipazione Simest a Cassa depositi e prestiti.

Il bilancio è redatto secondo i principi contabili internazionali (Ias e Ifrs) a partire dall'esercizio 2015.

Il potere di vigilanza su Simest è esercitato dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale che ha l'obbligo di riferire al Parlamento e al Comitato interministeriale per la politica economica estera in ordine allo stato di attuazione della legge istitutiva della stessa Società. Anche il Mef esercita funzioni di vigilanza essendo tenuto a riferire al Parlamento circa l'attività svolta dalla Società con specifico riguardo alla gestione del Fondo ex lege n. 295/1973 (Fondo contributi, utilizzato per interventi rivolti alla stabilizzazione del tasso di interesse, per il supporto pubblico al credito all'esportazione e all'erogazione di contributi agli interessi per investimenti in imprese all'estero) del Fondo ex lege n. 394/1981, la cui titolarità è affidata al Maeci.

Per quanto riguarda le funzioni di indirizzo, l'art. 9 del d.l. n. 173/2022 ha previsto che il Ministero delle imprese e del made in Italy venga periodicamente sentito sulle linee di indirizzo strategico dell'attività della società.

Un'attenzione specifica è stata destinata all'analisi del ruolo assegnato a Simest quale soggetto intermediario di misure previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), in virtù del quale la società ha dovuto rimodulare la propria offerta, con l'introduzione dei tre strumenti rivolti alle Pmi con proiezione internazionale, ovvero: transizione digitale ed ecologica, sviluppo del commercio elettronico delle Pmi in paesi esteri (e-commerce) e partecipazione delle Pmi a fiere e mostre internazionali.

I principali esiti della gestione analizzata mostrano per il 2021 un risultato pari a 11.319.570 euro sostanzialmente invariato rispetto all'esercizio precedente ed un utile di 3,9 mln di euro in peggioramento rispetto al 2020 allorquando assommava a 4,6 mln di euro.

La spesa sostenuta nel corso del 2021 per il personale è passata da euro 13,84 milioni nel 2020 a 17,84 nel 2021 per effetto dell'aumento (+23 unità) dei dipendenti, correlato al sovrappiù di operatività dei fondi pubblici gestiti da Simest. Il costo medio per il personale dipendente è di 91.953 euro mentre nel 2020 euro 80.912. In tale ambito anche la spesa rela-

tiva alle consulenze esterne è notevolmente incrementata rispetto al precedente esercizio, passando da 1.579.804 euro a 4.408.058 euro, parimenti il numero delle consulenze è aumentato da 37 nel 2020 a 44 nel 2021. (1)

7. *Considerazioni conclusive* – La Simest s.p.a. – Società italiana per le imprese all'estero – è una società finanziaria a partecipazione pubblica creata ai sensi della l. 24 aprile 1990, n. 100 per lo sviluppo e promozione delle imprese italiane all'estero, con il compito di sostenere il processo di internazionalizzazione e di assistere gli imprenditori italiani nelle loro attività nei mercati stranieri.

Sino all'esercizio finanziario 2021, il capitale sociale, pari a 164.646.232 euro, era detenuto per il 76,005 per cento da Servizi assicurativi del commercio estero (Sace s.p.a.), a sua volta partecipata al 100 per cento da Cassa depositi e prestiti (Cdp), e per il 24 per cento da 34 tra istituti di credito e società finanziarie operanti ai sensi della l. 24 maggio 1977, n. 227, da associazioni imprenditoriali di categoria delle imprese e da società a partecipazione statale. In ottemperanza alle disposizioni dettate in tema di riassetto del gruppo Sace dall'art. 67 del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 22 gennaio 2022 è stato disposto il trasferimento della partecipazione Simest a Cdp, libera da oneri, sequestri, pignoramenti o altri vincoli, per un corrispettivo complessivo di euro 228.406.420 ritenuto congruo da entrambe le società.

I compensi annui lordi dei componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, in ottemperanza all'art. 2389, cc. 1 e 3, c.c., sono stati stabiliti nell'assemblea del 6 agosto 2015 e sono diminuiti per effetto del decremento dei compensi annuali dei consiglieri.

L'assemblea ordinaria tenutasi in data 27 giugno 2022 ha provveduto alla nomina dei nuovi organi sociali la cui durata avrà scadenza con l'approvazione del bilancio al 31 dicembre 2024 ed ha confermato l'importo dei compensi annui lordi del Presidente in 36.000 euro e dei consiglieri in 18.000 euro, oltre i rimborsi spese e del collegio sindacale in 31.200 euro per il presidente e 22.000 euro per ciascun sindaco effettivo, oltre i rimborsi spese. Il compenso complessivo percepito dall'amministratore delegato – che ricopre anche la carica di direttore generale – per il 2021 ammonta a euro 396.000.

Nel corso del 2021, così com'era accaduto nel 2020, si sono tenute 14 sedute del consiglio di amministrazione, mentre 5 sono state le sedute del collegio sindacale.

Nel 2021 non sono intervenuti aggiornamenti del Piano industriale 2019-2021; le linee guida operative della Società tenendo conto di un contesto di mercato ancora caratterizzato dalla situazione di emergenza epidemiologica, risultano incentrate sulla crescita ed il consolidamento del ruolo strategico della società nel supporto alle imprese italiane nei processi di internazionalizzazione ed *export*.

Il numero dei dipendenti, nel corso del biennio 2020-2021, registra un incremento di 23 unità passando da 171 nel 2020 a 194 nel 2021; tale organico comprende personale Simest distaccato nel 2021 presso altre società (n. 3 nel 2021 e n. 5 nel 2020) e personale del Gruppo distaccato presso Simest (n. 15 nel 2021 e n. 21 nel 2020).

Si registra un aumento delle spese per il personale, passate da 13,84 milioni del 2020 a 17,84 milioni del 2021 (+28,9 per cento) per effetto dell'incremento del personale correlato all'incremento di operatività dei fondi pubblici gestiti dall'ente.

Durante l'esercizio 2021 la spesa relativa alle consulenze esterne si è notevolmente incrementata rispetto al precedente esercizio passando da 1.579.804 euro a 4.408.058 euro; anche il numero complessivo di consulenze si incrementa da 37 del 2020 a 44 del 2021. Rispetto all'esercizio 2020, si evidenzia una nuova voce relativa al supporto esterno per la gestione di picchi di operatività nell'ambito dei finanziamenti agevolati e che presenta il consistente importo di euro 3.006.911 incidendo sul totale, in termini percentuali, per il 68,2 per cento. Sul punto si ribadisce la necessità di prestare la massima diligenza nel conferimento di consulenze che vanno a gravare sul bilancio societario.

Più in generale, considerato anche l'incremento delle spese amministrative da 22,18 mln del 2020 a 31,78 mln del 2021, questa Corte raccomanda di perseguire l'efficienza aziendale anche attraverso una politica di contenimento di dette spese.

Riguardo alla realizzazione degli obiettivi istituzionali, le risorse mobilitate su disponibilità dell'ente e gestite attraverso i fondi agevolativi ammontano a 9.338 mln, in consistente aumento rispetto ai 4.337 mln del 2020 (+115 per cento). Alla data del 31 dicembre 2021, Simest supportava 10.170 imprese per programmi di internazionalizzazione ed *export* in 123 nazioni.

L'incremento del volume dei finanziamenti concessi consegue, in particolare, agli stanziamenti di risorse previsti da disposizioni normative quali la legge di bilancio 2021 (art. 1, c. 1142, l. n. 178/2020) ed il d.l. n. 73/2021 (sostegni bis) che hanno condotto all'apertura del portale Simest dal 3 giugno 2021 per la presentazione delle domande di finanziamento agevolato del Fondo 394/81 e relativo cofinanziamento a fondo perduto.

Inoltre, particolare rilevanza assumono per la Simest le disposizioni intervenute nel corso del 2021 e che assegnano alla società il ruolo di soggetto intermediario di misure previste dal Piano nazionale di ri-

(1) Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

presa e resilienza (Pnrr). Al riguardo, l'art. 11 del d.l. 10 settembre 2021, n. 121, convertito con modificazioni dalla l. 9 novembre 2021, n. 156 individua la Società quale soggetto "intermediario" della sub-Misura M1C2, Investimento 5.1 "Rifinanziamento e ridefinizione del Fondo 394 gestito da Simest" di cui è titolare il Maeci.

La principale voce dell'attivo è costituita dalle "attività finanziarie" che ammontano a 521,7 mln e costituiscono il 95,5 per cento dell'intero ammontare in linea con il precedente esercizio ove assommavano a 532,35 mln pari al 96,4 per cento.

Per quanto riguarda le voci del passivo patrimoniale, al 31 dicembre 2021, i "debiti per finanziamenti valutati al costo ammortizzato" ammontano a circa 221,2 milioni di euro (233,24 mln di euro nel 2020), con una diminuzione del 5,2 per cento.

Il patrimonio netto, al 31 dicembre 2021, ammonta a 309 milioni di euro, in lieve incremento rispetto al precedente esercizio 2020 ove si attestava in 305,1 milioni.

Le partecipazioni al 31 dicembre 2021 raggiungono un valore complessivo di 672 milioni di euro, in aumento rispetto ai 660,3 milioni in essere alla stessa data dell'anno precedente (+17,8 per cento).

La gestione economica dell'esercizio 2021 evidenzia un utile di 3,9 milioni, in peggioramento rispetto al risultato dell'esercizio precedente pari a 4,6 milioni (-15,5 per cento).

Il risultato di gestione resta sostanzialmente invariato nel biennio 2020-2021, passando da euro 11.319.570 del 2020 a euro 11.429.625 del 2021.

Il margine di intermediazione che rappresenta il risultato dell'attività prevalente della Simest registra un incremento del 25,1 per cento da euro 34.666.997 del 2020 a euro 43.388.272 del 2021 soprattutto per effetto delle commissioni attive pari a 28,5 mln in consistente aumento per cento rispetto al precedente esercizio (19 mln nel 2020) e che includono i compensi percepiti per la gestione del Fondo di *Venture capital*, del Fondo 394/81 e Pnrr, del Fondo crescita sostenibile e del Fondo 295/73.

Diminuiscono gli "interessi passivi e oneri assimilati" (-13,3 per cento), che ammontano a 2 mln di euro (2,41 mln nel 2020) e si riferiscono agli interessi passivi maturati sullo scoperto di conto corrente attivato con il sistema bancario e sulle linee di credito utilizzate per sostenere i flussi finanziari degli investimenti in partecipazioni.

Il risultato finale del rendiconto finanziario espone un debito finanziario finale di -221.142.202, peraltro in miglioramento rispetto al 2020 (-233.224.485). Il dato trova corrispondenza nello stato patrimoniale (debiti per finanziamenti valutati al costo ammortizzato detratte le disponibilità liquide e mezzi equivalenti). Al netto delle disponibilità liquide, si tratta dello scoperto di conto corrente attivato con il sistema bancario e dell'utilizzo delle linee di credito per sostenere i flussi finanziari degli investimenti in partecipazioni,

oltre ai debiti derivanti da diritti d'uso acquisiti con leasing, secondo il principio contabile IFRS 16. Peraltro, alla fine dell'esercizio 2021, la Simest detiene quote di partecipazione per un valore pari a 672 mln che eccedono il patrimonio netto pari a 305 mln. Deve, dunque, essere posta una particolare cura nella determinazione degli accantonamenti necessari a fronteggiare i rischi connessi ad una struttura finanziaria siffatta.

* * *

Sezione controllo affari comunitari e internazionali

1 – Sezione controllo affari comunitari e internazionali; deliberazione 31 gennaio 2023; Pres. Coppola; Rel. Coppola, Di Lecce, Mancinelli, Calvi, Ciceri, Stolfi, Filomena, Brancoli Busdraghi; Relazione annuale 2022.

Unione europea – Rapporti finanziari tra l'Italia e l'Unione – Fondi comunitari – Utilizzazione – Relazione annuale 2022 – Relazione al Parlamento.

La Sezione di controllo per gli affari comunitari e internazionali ha approvato la Relazione annuale 2022, nella quale si riferisce al Parlamento sui rapporti finanziari con l'Unione europea e l'utilizzazione dei fondi comunitari, specificando che la nuova posizione dell'Italia andrà valutata solo all'esito del programma di investimento legato ai Piani nazionali di ripresa e resilienza e, più in generale, alla realizzazione degli strumenti espansivi presenti nel Quadro finanziario pluriennale vigente fino al 2027. (1)

(1) I. - Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

II. - Preliminare ad ogni riflessione è, per la sezione, la considerazione che viene mantenuto per la relazione annuale l'assetto consueto, con uno specifico riferimento ai profili attinenti al Pnrr, ma prima ancora, alla costruzione europea del NgEu ed alla sua declinazione nella Rrf, evolvendo ulteriormente, anche con riguardo ai passi concreti che sono stati realizzati non solamente nel 2021 ma soprattutto nel 2022, la sua attenzione al sistema finanziario complessivo dell'Unione europea che vede una rilevante modificazione del suo assetto, da un sistema che si potrebbe definire "chiuso", il cui perimetro era sostanzialmente definito da entrate e spese direttamente individuate nei flussi pertinenti tra Paesi membri e Unione europea e viceversa, ad un sistema che ora si potrebbe definire "aperto"; aperto, cioè, ai finanziamenti provenienti dal mercato, con emissione di titoli, destinati a reperire le risorse necessarie all'impiego di uno strumento decisamente innovativo mirato ad espandere la capacità di spesa per affrontare l'emergenza originata dal Covid-19 e rinforzare le economie nazionali, riorientandole pur sempre nell'ottica della coesione che costituisce l'obiettivo fondamentale dell'Unione europea.

Peraltro, attualmente, la nuova emergenza energetica sta spingendo ad immaginare un ampliamento o perlomeno una ripetizione del NgEu dopo il 2026.

In particolare, poi, la sezione, sempre in via introduttiva, ha precisato che l'attenzione è focalizzata sui risultati e non sulle giustificazioni di spesa; non vi è compartecipazione dei fondi nazionali, salvo le risorse aggiuntive provenienti dai Fondi complementari attestati dagli Stati, come nel caso dell'Italia, e,

Sezioni regionali di controllo

Abruzzo

già al momento della presentazione del Pnrr, non vi devono essere doppi finanziamenti. In tema, ci si attende un'azione di controllo esterno da parte delle Istituzioni superiori di controllo nazionali, visto che la stessa Corte dei conti europea ha iniziato una serie di *audit*, ai quali partecipa la sezione, come quello sul “meccanismo di monitoraggio della *performance* del Dispositivo per la ripresa e la resilienza”.

Entrando, poi, nel merito di quanto emerso dall'analisi condotta dalla sezione, occorre in primo luogo evidenziare, rispetto ai dati finanziari, il tendenziale spostamento della posizione netta dell'Italia da soggetto principalmente “contributore” a percettore, almeno secondo la metodologia tradizionalmente adottata in termini di risorse. Rispetto al sistema di relazioni finanziarie è stata evidenziata una prominente “diversità” nei rapporti con l'Unione europea, da una dimensione per certi aspetti qualificabile come “binaria”, ad una dimensione più ampia. A quest'ultima sottende una spinta dinamica in complesso divenire, in quanto l'assetto delle relazioni finanziarie tra Italia ed Unione europea, già modificato dalla risposta all'emergenza pandemica ed alla crisi economica, è influenzato anche da un contesto mondiale ulteriormente turbato dalle recenti tensioni geopolitiche, dalla crisi energetica e da una progressiva revisione al ribasso delle stime di crescita per il prossimo anno.

A partire dal 2021 le relazioni finanziarie dell'Italia con l'Europa si inscrivono attualmente in un mutato scenario di partecipazione e di allocazione delle risorse, come mutata risulta esserne la rendicontazione e la rappresentazione di esse, in particolare con riguardo alle rubriche di spesa, nel rispetto del QpF 2021-2027.

Dai dati della Commissione l'apporto dell'Italia nel 2021 al bilancio unionale con versamenti, a titolo di risorse proprie, risulta di circa 18,1 miliardi, con una tendenziale diminuzione di -0,4 miliardi, rispetto al 2020. La risorsa Rnl occupa circa 15,411 miliardi, in aumento di 13,1 punti percentuali, con una incidenza sul totale dei versamenti pari a 85,1 per cento, mentre nel 2020 risultava del 75 per cento.

Nel 2021, diversamente, sul versante degli “Accrediti”, l'Italia è risultata essere stata destinataria, di assegnazioni da parte dell'Unione europea, di complessivi 26,724 miliardi, di cui 10,198 legati al Pnrr; un aumento complessivo del 129,2 per cento che, appunto, come già evidenziato, ha invertito la posizione italiana da quella di contribuente a quella di percettore netto sul versante dei fondi europei.

Per la sezione, poi, all'interno di uno scenario che vede significative interconnessioni tra il Pnrr e le politiche supportate dai Fondi strutturali, il quadro generale di attuazione finanziaria della programmazione 2014-2020 desta alcuni elementi di preoccupazione, legati principalmente alle maggiori risorse di provenienza europea cui ancora non corrisponde una dinamica positiva in termini di pagamenti. Questo, malgrado il lieve miglioramento registrato nella loro percentuale (55 per cento al 31 ottobre 2022, contro il 48 del 2021).

L'assegnazione delle risorse aggiuntive relativa all'iniziativa React-Ue, articolata in 8 Programmi operativi nazionali, ha incrementato la dotazione complessiva per la programmazione finanziaria da 50,5 a 64,39 miliardi, in un quadro regolamentare che conferma il termine ultimo di ammissibilità della spesa al 31 dicembre 2023; termine che appare, comunque, impegnativo, nonostante sia stato realizzato il superamento, da parte di tutti i programmi, del target di spesa previsto dalla regola del disimpegno automatico, al 31 dicembre 2022. Per quanto attiene all'attuazione finanziaria del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (Feasr) al 31 ottobre 2022, l'avanzamento della spesa ha raggiunto il 61,2 per cento della dotazione finanziaria complessiva.

Sul fronte delle irregolarità e frodi, i 405 casi rilevati dalla Corte nel 2021 (aggiornati al giugno 2022) sono in lieve au-

1 – Sezione controllo Regione Abruzzo; deliberazione 13 gennaio 2023; Pres. Siragusa, Rel. Guida; Comune dell'Aquila.

Enti locali – Acquisto e noleggio di beni, servizi e forniture – Procedura di acquisizione extra Consip – Esercizio 2021 – Accertamento criticità nell'ambito del controllo ex art. 1, c. 510, l. n. 208/2015.

L. 23 dicembre 1999, n. 488, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2000), art. 26; l. 27 dicembre 2006, n. 296, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007), art. 1, c. 449; d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario, art. 1; l. 28 dicembre 2015, n. 208, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016), art. 1, c. 510; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, artt. 30, c. 1, 35, c. 6, 36; l. 30 dicembre 2018, n. 145, bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, art. 1, c. 130.

Nell'ambito dell'attività di controllo programmata per l'anno 2022, la Sezione regionale per l'Abruzzo ha posto in essere il controllo, ex art. 1, c. 510, l. n. 208/2015, sulla gestione ed articolazione delle procedure di acquisizione di beni e servizi da parte del Comune dell'Aquila relative all'anno 2021, riscontrando alcune criticità in relazione al rispetto del principio di rotazione, al corretto utilizzo del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione, nonché

mento sul 2020, con un importo complessivo (57,4 mln) per lo più riferito alle spese de-certificate (non incidenti cioè sul bilancio Ue, ma su quelli nazionale e/o regionali) e una prevalenza sulla politica agricola e sulla programmazione 2014-2020, rispetto a quella precedente, 2007-2013.

Per quanto riguarda le analisi condotte dalle sezioni regionali di controllo e rese o nell'ambito delle parifiche regionali ovvero in specifiche relazioni, la sezione ha dato atto che, in relazione ai controlli, gli organismi preposti nella *governance* multilivello hanno dato prova di efficacia, andando a intercettare irregolarità in modo granulare e mirato, ed è stato rimarcato, a tal fine, come sia fondamentale un sistema sinergico di controlli che permettano un adeguato, razionale ed efficiente utilizzo delle risorse dell'Unione.

Si è, tuttavia, sottolineata una evidente e permanente difficoltà nel recupero delle somme irregolarmente percepite. La tematica dei fondi europei, da sempre di grande importanza, ha assunto oggi un rilievo senza precedenti per le proporzioni e l'impatto che il *Next generation Eu* (NgEu) avrà sull'economia e sui saldi di finanza pubblica, rivestendo un ruolo centrale per la ripartenza e la crescita del Paese.

per quanto concerne il rispetto del divieto di frazionamento artificioso, raccomandando all'ente di adottare, a livello gestionale e in chiave prospettica, adeguate misure organizzative atte a garantire una maggior effettività all'operatività dei predetti principi nelle procedure di affidamento, ancorché di importo ridotto. (1)

* * *

Campania

13 – Sezione controllo Regione Campania; deliberazione 10 febbraio 2023; Pres. Gagliardi, Rel. Scatola; Ente d'ambito-Eda Caserta

Società – Società a partecipazione pubblica – Servizio di gestione integrata dei rifiuti – Acquisto della partecipazione di maggioranza nella società di gestione da parte dell'ente d'ambito territoriale –

(1) Con la pronuncia in commento, i giudici contabili abruzzesi, nell'ambito dell'attività di controllo programmata per l'anno 2022, hanno posto in essere il controllo sulle c.d. procedure di acquisizione di beni, servizi e forniture extra Consip effettuate dal Comune dell'Aquila nell'esercizio 2021.

In particolare, sul tema, l'art. 1, c. 510, l. n. 208/2015 dispone che: *“Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvisionarsi attraverso le convenzioni di cui all'art. 26 della l. 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip s.p.a., ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali”*; in relazione a tale tipologia di controllo affidata dal legislatore alla Corte dei conti, le Sezioni riunite in sede di controllo hanno così statuito: *“la disposizione di cui al c. 510, dell'art. 1 della l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), riguardante la trasmissione alla Corte dei conti delle autorizzazioni rilasciate dagli organi di vertice amministrativo di deroga all'obbligo di ricorrere alle convenzioni, di cui all'art. 26 della l. n. 488/1999, stipulate da Consip s.p.a. ovvero dalle centrali di committenza regionali, configura una ipotesi di controllo sulla gestione e/o di regolarità finanziario-contabile. Gli atti di autorizzazione devono essere inviati alle sezioni regionali di controllo, laddove trattasi di amministrazioni periferiche dello Stato e enti aventi sede nelle regioni. [...] Le modalità concrete di esercizio del controllo sono rimesse ad ogni sezione in considerazione delle specifiche competenze”*, delineando concretamente i confini del controllo in relazione al vincolo di adesione alle convenzioni Consip (v. Sez. riun. contr. 26 luglio 2016, n. 12, in questa Rivista, 2016, 3-4, 28).

Esito del controllo è stato l'accertamento di diverse criticità, emergenti dall'esame delle determinazioni trasmesse dal comune, collegate alla gestione e articolazione delle procedure di acquisizione di beni e servizi da parte dell'ente, con particolare riferimento al rispetto del principio di rotazione, al corretto utilizzo del sistema di *e-procurement* della pubblica amministrazione, nonché per quanto concerne il rispetto del divieto di frazionamento artificioso; e ciò al fine di stimolare l'amministrazione perché adotti, a livello gestionale e in chiave prospettica, adeguate misure organizzative atte a garantire una maggior effettività all'operatività dei predetti principi nelle procedure di affidamento, ancorché di importo ridotto.

Principio di separazione tra funzioni regolatorie e funzioni di gestione diretta dei servizi pubblici locali – Applicabilità – Operazione di acquisto – Inammissibilità.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 2, 5; l. 5 agosto 2022, n. 218, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, artt. 8, 11; d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, art. 6.

Società – Società a partecipazione pubblica – Servizio di gestione integrata dei rifiuti – Acquisto della partecipazione di maggioranza nella società di gestione da parte dell'ente d'ambito territoriale – Valutazione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell'operazione ai sensi dell'art. 5 del Tusp – Predisposizione di un piano industriale – Obbligatorietà.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, artt. 2, 5; l. 5 agosto 2022, n. 218, artt. 8, 11; d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, art. 6.

Per effetto del principio di separazione tra funzioni regolatorie e funzioni di gestione diretta dei servizi pubblici locali di rilevanza economica previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 201/2022, non è ammissibile l'operazione societaria sottoposta al controllo della competente sezione regionale della Corte dei conti, con la quale l'ente d'ambito territoriale acquisti la partecipazione di maggioranza nella società di gestione integrata dei rifiuti.

L'assenza di un piano industriale non può essere superata dal riferimento al valore di acquisto della partecipazione definito “simbolico”, considerato che tale elemento rileva anche ai fini del pronunciamento della competente sezione regionale della Corte dei conti in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell'operazione. (1)

(1) Con la pronuncia in commento, i giudici contabili campani pongono in essere l'attività di controllo prevista dall'art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016, come di recente modificato dalla l. n. 118/2022, in vigore dal 27 agosto 2022, con riguardo all'operazione societaria di acquisto della partecipazione di maggioranza nella società di gestione da parte dell'Ente d'ambito territoriale della Provincia di Caserta (in argomento, per la ricostruzione normativa e giurisprudenziale della fattispecie in astratto, v. quanto già ricordato con riguardo alla deliberazione Sez. contr. reg. Piemonte 31 gennaio 2023, n. 17, in questo fascicolo, 152).

In particolare, il collegio non ha ritenuto ammissibile l'operazione societaria che l'Ente d'ambito territoriale della Provincia di Caserta avrebbe voluto realizzare, in quanto in contrasto con il principio di separazione tra funzioni regolatorie e funzioni di gestione diretta dei servizi pubblici locali di rilevanza economica previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 201/2022.

Specificatamente, i giudici campani hanno ritenuto che il principio *tempus regit actum* espliciti la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irrimediabilmente definito, e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 10 maggio 2011, nn. 7 e 8).

Tale la circostanza, evidentemente, non si verifica ove, come nel caso di specie, l'acquisizione della partecipazione socie-

Fatto – (Omissis) il Presidente del Consiglio d’ambito dell’Eda Caserta ha trasmesso a questa sezione, ai sensi dell’art. 5, c. 3, Tusp, la deliberazione del Consiglio d’ambito n. 21 del 15 dicembre 2022, relativa all’acquisizione di “partecipazione sociale della Gisec s.p.a.” (Omissis).

Diritto – (Omissis)

3. Ambito soggettivo del controllo

(Omissis) – Considerato che il Tusp, attraverso il combinato disposto degli artt. 1, c. 1, e 2, c. 1, lett. a), riconduce nel proprio campo applicativo “*le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale*”, non sembra revocabile in dubbio, alla luce di quanto precisato, che l’Eda Caserta sia assoggettata alle disposizioni del Tusp, e che, quindi, sia tenuta ad osservare, per quel che rileva in questa sede, le disposizioni di cui agli artt. 4, 5, 7 e 8

taria derivi da una fattispecie a formazione progressiva in cui l’atto deliberativo dell’operazione rappresenta solo un momento prodromico rispetto ai successivi atti negoziali che si collocano a valle della decisione dell’ente pubblico di ricorrere al modello societario, spendendo la sua capacità di diritto privato nella veste di azionista.

In termini generali, infatti, un eventuale contratto di acquisto della partecipazione stipulato sotto la vigenza dell’art. 6, c. 2, d.lgs. n. 201/2022, anche se l’atto deliberativo a monte è stato adottato prima della sua entrata in vigore, si porrebbe in contrasto con una norma imperativa.

Occorre, pertanto, che l’amministrazione procedente tenga conto delle norme introdotte nel corso dell’iter procedimentale, considerato che la determinazione amministrativa di acquisire una partecipazione societaria costituisce solo l’atto prodromico della vicenda societaria, mentre l’acquisizione della qualifica di socio si realizza con la sottoscrizione degli atti negoziali a valle.

In base alle suddette coordinate ermeneutiche, pertanto, ad avviso della Sezione campana, nella fattispecie esaminata l’iter procedimentale che porta all’acquisizione della qualifica di socio non può dirsi concluso.

L’immediata applicazione della norma sopravvenuta trova, inoltre, ulteriore giustificazione nella dinamicità dell’azione amministrativa e dello stesso interesse pubblico che essa è chiamata a curare: in forza di tale dinamicità, l’azione amministrativa deve adeguarsi al mutamento degli assetti organizzativi, procedurali e sostanziali che il legislatore intende assicurare.

Altro punto interessante trattato dalla sezione riguarda, poi, la valutazione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell’operazione societaria; con riguardo a tale aspetto si afferma che, in ogni caso, l’ente d’ambito non poteva prescindere da adeguati approfondimenti istruttori che avrebbero dovuto sorreggere la scelta di acquisire la partecipazione in esame, la quale è inscindibilmente connessa con il successivo affidamento *in house*, confluendo poi nella motivazione analitica dell’atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi al vaglio della Corte dei conti; sicché l’assenza di un piano industriale rileva anche ai fini del pronunciamento della competente sezione regionale della Corte dei conti *ex art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016*, in quanto non consente di effettuare uno scrutinio effettivo in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell’operazione. [L. ALESIANI]

Tusp, ai fini dell’acquisto di partecipazioni in società già costituite.

È appena il caso di precisare che l’atto deliberativo in esame è stato adottato dal Consiglio d’ambito dell’Eda Caserta, che rappresenta l’organo amministrativo competente nella materia *de qua*.

4. Ambito oggettivo del controllo

L’art. 5, c. 3, Tusp enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all’esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la “*costituzione di una società a partecipazione pubblica*” (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di “*acquisto di partecipazioni, anche indirette*” da parte di amministrazioni pubbliche (per “*partecipazione*” deve intendersi “*la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi*”, come da definizione con-tenuta nell’art. 2, lett. f), del medesimo Tusp).

L’art. 5, c. 3, Tusp ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l’acquisto di partecipazioni) in cui l’amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

Nella fattispecie, in base a quanto illustrato nel paragrafo 1, emerge con nitore come l’operazione sottoposta al vaglio della magistratura contabile consista nell’acquisto, da parte dell’Ente di governo dell’Ato Caserta, di una partecipazione societaria di maggioranza in una Società a totale partecipazione pubblica.

Trattasi, dunque, di operazione societaria che rientra nello spettro oggettivo di applicazione dell’art. 5, c. 3, Tusp.

5. Profili di competenza a conoscere dell’atto deliberativo di acquisizione della partecipazione societaria

Sul punto, l’art. 5, c. 4, Tusp, ripartisce la competenza, ai fini dell’esame degli atti di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie, tra le Sezioni riunite in sede di controllo (“*per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali*”), le Sezioni regionali di controllo (“*per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione*”) e la Sezione controllo enti (“*per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della l. n. 259/1958*”).

Questa sezione ritiene che la configurazione dell’Eda Caserta nei termini descritti nel paragrafo 1 valga a radicare la propria competenza ad effettuare la verifica *ex art. 5, c. 3, Tusp*, in quanto l’atto deliberativo di acquisto di partecipazione nella Gisec s.p.a. rientra tra “*gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione*”.

6. Ammissibilità dell'operazione societaria a legislazione vigente

Come è stato detto, in sede istruttoria, è emersa l'esigenza di verificare, in via preliminare, l'ammissibilità dell'acquisizione societaria di cui si discorre alla luce dell'art. 6 (rubricato "*Distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. Incompatibilità e incoferibilità*") del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, che contiene il "*riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*".

Al riguardo, giova premettere che l'art. 8 (intitolato "*Delega al Governo in materia di servizi pubblici locali*") della l. 5 agosto 2022, n. 118 (c.d. "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*") ha delegato il Governo a adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico.

Il suddetto art. 6 del d.lgs. n. 201/2022 attua il criterio di delega di cui all'art. 8, c. 2, lett. c), l. n. 118/2022 che prevede, tra l'altro, "*la separazione, a livello locale, tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione dei servizi e il rafforzamento dei poteri sanzionatori connessi alle attività di regolazione*".

A tal proposito, il c. 1 dell'art. 6 del decreto delegato prevede: "*ferme restando le competenze delle autorità nazionali in materia di regolazione economicotarifflaria e della qualità, a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente*".

Il c. 2 del citato art. 6 stabilisce: "*al fine di garantire il rispetto del principio di cui al c. 1, gli enti di governo dell'ambito o le Autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio. Non si considerano partecipate indirettamente le società formate o partecipate dagli enti locali ricompresi nell'ambito*".

In attuazione del criterio di separazione tra funzioni regolatorie e funzioni di gestione diretta dei servizi, chiaramente divisato dalla legge delega (art. 8, c. 2, lett. c), l'art. 6 del d.lgs. n. 201/2022 pone, dunque, il principio di distinzione e di esercizio separato tra funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e funzioni di gestione dei servizi pubblici locali. Viene specificato, in particolare, che il principio si applica a livello locale e non riguarda tutti i servizi pubblici locali ma solo quelli a rete. Inoltre, in attuazione di tale principio, vengono introdotte una serie di cause di incompatibilità e di incoferibilità tra soggetti cui spettano funzioni di regolazione e soggetti incaricati della gestione del servizio (art. 6, c. 3).

In attuazione del principio di separazione tra regolazione e gestione, il c. 2 dell'art. 6 vieta agli enti di governo dell'ambito e alle autorità di regolazione di

partecipare, direttamente o indirettamente, a soggetti incaricati della gestione del servizio. Il divieto diviso dal c. 2 viene introdotto al dichiarato "*fine di garantire il rispetto del principio di cui al c. 1*". Tale divieto, pertanto, non è altro che un corollario necessario del principio di distinzione e di esercizio separato delle funzioni di regolazione e di quelle di gestione diretta del servizio, contenuto nel c. 1.

Il suddetto principio attua il diritto dell'Unione europea nella materia *de qua*, e trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale. Infatti, come emerge anche dagli atti parlamentari (Atti del Governo sottoposti a parere – A.G. 003 – Dipartimento Istituzioni AC0085 – 22 novembre 2022 – Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), «*le disposizioni dettate dall'art. 6 rispondono all'esigenza segnalata dalla Corte costituzionale di evitare "la commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili" (Corte cost. n. 41/2013), imponendo la distinzione – sia in via di principio, sia con misure applicative – tra soggetto regolatore e soggetto regolato, soggetto controllore e soggetto controllato*».

Secondo la Consulta, nel comparto dei servizi pubblici locali di interesse economico generale sono presenti numerosi operatori nella cui compagine proprietaria sono rappresentati l'ente o gli enti pubblici territoriali affidanti. La Corte costituzionale, nella sentenza richiamata, ha ricordato come l'istituzione di autorità di regolazione indipendenti costituisca un antidoto ai rischi connessi a tale situazione di fatto.

Parimenti, la Relazione illustrativa allo schema di decreto di riordino dei Spl afferma: "*sempre in tema di adeguatezza del servizio pubblico risultano assai rilevanti ulteriori linee di riordino finalizzate al raggiungimento della sempre maggiore qualità dei servizi pubblici locali per cittadini ed utenti: la distinzione tra funzioni di regolazione e compiti di gestione rispetto ai servizi pubblici locali, dettata dall'art. 6 dello schema di decreto, che risulta essenziale per garantire imparzialità e neutralità così come l'esercizio obiettivo delle funzioni di scelta della forma di gestione e di controllo sul gestore*".

Ciò premesso in termini generali, occorre verificare se la disciplina veicolata dal decreto di riordino dei Spl trovi o meno applicazione nel caso di specie.

Al riguardo, mette conto evidenziare che il decreto *de quo* è entrato in vigore il 31 dicembre 2022 (art. 39), mentre l'atto deliberativo oggetto del presente controllo è stato adottato dall'Eda Caserta il 15 dicembre 2022 e trasmesso a questa sezione in data 16 dicembre 2022.

Il collegio ritiene, per le ragioni di seguito esposte, che la disciplina dettata dal d.lgs. n. 201/2022 si applichi, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame.

Il principio *tempus regit actum* esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irrimediabilmente definito, e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di

riferimento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 10 maggio 2011, nn. 7 e 8).

Tale la circostanza, evidentemente, non si verifica ove, come nel caso di specie, l'acquisizione della partecipazione societaria derivi da una fattispecie a formazione progressiva in cui l'atto deliberativo dell'operazione rappresenta solo un momento prodromico rispetto ai successivi atti negoziali che si collocano a valle della decisione dell'ente pubblico di ricorrere al modello societario, spendendo la sua capacità di diritto privato nella veste di azionista.

In termini generali, infatti, un eventuale contratto di acquisto della partecipazione stipulato sotto la vigenza dell'art. 6, c. 2, d.lgs. n. 201/2022, anche se l'atto deliberativo a monte è stato adottato prima della sua entrata in vigore, si porrebbe in contrasto con una norma imperativa (in disparte la questione del differimento, ex art. 33, c. 2, della decorrenza del divieto sancito dalla norma *de qua*, che riguarda solo il servizio di gestione dei rifiuti urbani).

Occorre, pertanto, che l'amministrazione procedente tenga conto delle norme introdotte nel corso dell'iter procedimentale, considerato che la determinazione amministrativa di acquisire una partecipazione societaria costituisce solo l'atto prodromico della vicenda societaria, mentre l'acquisizione della qualifica di socio si realizza con la sottoscrizione degli atti negoziali a valle.

In base alle suddette coordinate ermeneutiche, nella fattispecie, pertanto, l'iter procedimentale che porta all'acquisizione della qualifica di socio non può dirsi concluso.

L'immediata applicazione della norma sopravvenuta trova, inoltre, ulteriore giustificazione nella dinamicità dell'azione amministrativa e dello stesso interesse pubblico che essa è chiamata a curare: in forza di tale dinamicità, l'azione amministrativa deve adeguarsi al mutamento degli assetti organizzativi, procedurali e sostanziali che il legislatore intende assicurare.

Nella fattispecie, peraltro, l'esigenza di separare, a livello locale, le funzioni regolatorie dalle funzioni di diretta gestione dei servizi figura già chiaramente tra i principi e criteri direttivi declinati dalla legge di delegazione.

Come è noto, la Corte costituzionale ha chiarito i rapporti che legano i due distinti livelli normativi, precisando come il libero apprezzamento del legislatore delegato non possa oltrepassare i margini di una legislazione vincolata, quale per definizione è la legislazione su delega (sent. n. 20/2018, n. 127/2017, n. 250/2016, n. 237/2013, nn. 293 e 230/2010, n. 340/2007 e n. 68/1991).

Il decreto delegato (art. 6, c. 1) non ha fatto altro, dunque, che declinare il principio di separazione previsto dalla legge delega, di cui il divieto in capo agli enti di governo dell'ambito di acquisire partecipazioni in soggetti incaricati della gestione del servizio (art. 6, c. 2) costituisce un logico corollario. Ciò vale anche ad escludere che possa configurarsi un affidamento

meritevole di tutela in ordine alla ammissibilità dell'operazione societaria descritta.

Chiarita, in linea di principio, l'applicabilità *ratione temporis* del divieto diviso dall'art. 6, c. 2, d.lgs. n. 2012/2022 alla fattispecie in esame, occorre soffermarsi sull'art. 33 del decreto stesso che detta "*Disposizioni di coordinamento in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani*".

Giova premettere che questa sezione, pur non essendo legittimata nella presente sede a sollevare questione incidentale di costituzionalità, nutre perplessità in ordine alla legittimità delle "*disposizioni di coordinamento in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani*", dettate dai cc. 1 e 2 dell'art. 33, in quanto il libero apprezzamento del legislatore delegato non può oltrepassare i margini di una legislazione vincolata, quale per definizione è la legislazione su delega. L'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento, rispettando la *ratio* della delega e gli indirizzi generali desumibili da essa (sent. n. 20/2018, n. 127/2017, n. 250/2016, n. 237/2013, nn. 293 e 230/2010).

L'opera di completamento deve mantenersi necessariamente nell'alveo delle scelte di fondo compiute dal legislatore delegante e la discrezionalità del legislatore delegato risulta alquanto limitata ove la delega sia conferita, tra l'altro, per adeguare la disciplina nazionale alla normativa euro-unitaria (sent. n. 219/2008) e alla giurisprudenza costituzionale.

Nel silenzio della legge delega sul punto, il decreto delegato, in base al combinato disposto dei cc. 1 e 2 dell'art. 33, si spinge fino al punto di esonerare dal divieto di concentrazione di funzioni regolatorie e gestorie in capo agli enti di governo dell'ambito non solo gli affidamenti in essere ma financo quelli non ancora deliberati; il che sembra travalicare anche l'esigenza di prevedere un regime transitorio.

Né può dirsi che la disposizione delegata costituisca un coerente sviluppo e completamento della scelta espressa dal legislatore delegante e delle ragioni che essa sottende; anzi, con riferimento al servizio di gestione dei rifiuti urbani, la disposizione delegata sembra disattendere tale scelta, sia pure in via temporanea.

Fermi restando i dubbi di legittimità costituzionale, il collegio ritiene che l'operazione delineata presenti una serie di profili di criticità per le ragioni di seguito esposte.

Il primo comma del suddetto art. 33 prevede: "*ai fini della piena attuazione degli impegni contenuti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, l'art. 6, c. 2, non si applica alle partecipazioni degli enti di Governo dell'ambito del servizio idrico integrato di cui all'art. 147, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e dell'ambito dei servizi di gestione dei rifiuti urbani di cui all'art. 3-bis, c. 1-bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 e all'art. 200, c. 1, del predetto d.lgs. n. 152/2006, in relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto*".

In sintesi, con riferimento a due tipologie di servizi a rete (servizio idrico integrato e servizi di gestione dei rifiuti urbani), la norma *de qua* fa salvi gli affidamenti in essere alla data (31 dicembre 2022) di entrata in vigore del decreto di riordino dei Spl, esonerando gli enti di governo dei rispettivi ambiti, per la durata degli affidamenti stessi, dall'osservanza del divieto diviso dall'art. 6, c. 2.

Il fine a cui si ispira la clausola di salvezza contenuta nel c. 1 dell'art. 33 consiste, secondo quanto emerge dal tenore letterale della disposizione in esame, nella *“piena attuazione degli impegni contenuti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza”*.

Al riguardo, è appena il caso di sottolineare che le riforme abilitanti contenute nel Pnrr tendono a limitare, nel settore dei servizi pubblici locali, il ricorso al modello dell'autoproduzione. Nell'ambito delle riforme abilitanti in tema di promozione della concorrenza, finalizzate alla rimozione di barriere all'entrata nei mercati, il Pnrr prevede, infatti, un ricorso più responsabile al fenomeno dell'*in house*. Segnatamente, il Pnrr si esprime nei seguenti termini: *“in materia di servizi pubblici, soprattutto locali, occorre promuovere un intervento di razionalizzazione della normativa, anche prevedendo l'approvazione di un testo unico, che [...] assicuri [...] un ricorso più responsabile da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'in house providing. In questa prospettiva, pur preservandosi la libertà sancita dal diritto europeo di ricorrere a tale strumento di auto-produzione, andranno introdotte specifiche norme finalizzate a imporre all'amministrazione una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'in house dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione, o comunque a garantire una esaustiva motivazione dell'aumento della partecipazione pubblica”*.

Con riferimento alla fattispecie in esame, giova precisare che essa non rientra nel campo di applicazione della disposizione transitoria veicolata dal c. 1 dell'art. 33, in quanto l'Eda Caserta non ha, allo stato, un *“affidamento in essere”*.

Tale disposizione, tuttavia, assume rilievo, nel caso di specie, se letta in combinato disposto con il c. 2 dell'art. 33, a mente del quale *“al fine di consentire l'attuazione di Piani di ambito in via di definizione, l'art. 6, c. 2, si applica alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani di cui all'art. 3-bis, c. 1-bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 e all'art. 200, c. 1, del predetto d.lgs. n. 152/2006, a decorrere dal 30 marzo 2023. Nei predetti casi, agli enti di governo di ambito si applicano in ogni caso le disposizioni dell'art. 6, c. 3”*.

Il c. 2 dell'art. 33, con riferimento alle sole partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani, differisce la decorrenza dell'art. 6, c. 2, alla data del 30 marzo 2023.

Il senso della norma *de qua* sembra quello di consentire agli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani di acquisire una partecipazione societaria senza sottostare al divieto di cui all'art. 6, c. 2, del decreto di riordino dei Spl.

Nel caso di specie, una volta acquisita tale partecipazione, beneficiando del differimento della decorrenza del divieto *de quo*, sarà possibile procedere all'affidamento *in house*. A questo punto, l'ente di governo potrebbe giovare della clausola di salvezza degli *“affidamenti in essere”* contenuta nel c. 1 dell'art. 33.

Desta perplessità la tecnica normativa utilizzata in sede di esercizio della delega. L'art. 33, c. 2, differisce al 30 marzo 2023 l'applicazione del solo art. 6, c. 2, mentre analogo differimento non risulta effettuato per il c. 1 del medesimo art. 6, sicché deve ritenersi che per quest'ultimo comma si applichi, anche con riferimento alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani, dalla data di entrata in vigore (31 dicembre 2022) del decreto fissata dall'art. 39.

A ben vedere, tuttavia, la norma contenuta nel c. 2 dell'art. 6 non è altro che un corollario dei principi contenuti nel c. 1 del medesimo art. 6, la cui entrata in vigore non risulta differita per il servizio rifiuti. La disposizione che vieta agli enti di governo dell'ambito di acquisire partecipazioni in soggetti incaricati della gestione del servizio, infatti, è una mera declinazione del principio secondo cui *“a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente”*.

È lo stesso *incipit* del c. 2 (*“al fine di garantire il rispetto del principio di cui al c. 1”*) a disvelare lo stretto legame che avvince il divieto di acquisire partecipazioni con il principio di distinzione tra funzioni regolatorie e quelle di gestione diretta.

Sembra arduo sostenere che sia rispettato il principio di distinzione tra soggetto regolatore/controllore e soggetto regolato/controlato e di esercizio separato delle relative funzioni in presenza di un ente di governo dell'Ambito che acquisisca una partecipazione maggioritaria in una società a cui poi affiderà *in house* (in forza di un c.d. controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi) la gestione di un segmento del servizio di gestione dei rifiuti urbani (tenuto conto, peraltro, che, secondo quanto prospettato dall'ente, *“solo il socio Eda Caserta avrà il controllo societario ed analogo di Gisec s.p.a., restando, transitoriamente, quale socio pubblico che non partecipa all'in house, la Provincia di Caserta”*).

Fermo restando quanto sinora affermato, anche ammettendo che l'acquisizione della partecipazione *de qua* sia compatibile con il c. 1 dell'art. 6, l'Eda Caserta avrebbe dovuto dimostrare di poter esercitare sulla Gisec s.p.a. un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, garantendo nel contempo che non vi sia alcuna commistione tra compiti di regolazione e

compiti inerenti alla gestione diretta del servizio ed al suo affidamento.

Infatti, l'ultimo periodo del c. 2 dell'art. 33 stabilisce che, “*nei predetti casi, agli enti di governo di ambito si applicano in ogni caso le disposizioni dell'art. 6, c. 3*”, a mente del quale “*le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti preposti a tali funzioni di regolazione non possono svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento*”.

L'operazione delineata dall'Eda Caserta presenta ulteriori profili di criticità con riferimento all'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022, considerato che il c. 3 del predetto articolo prevede che, per gli affidamenti *in house*, debba osservarsi un termine dilatorio (c.d. *stand still period*) di sessanta giorni dalla pubblicazione della delibera di affidamento accompagnata dalla motivazione qualificata.

Segnatamente, il c. 3 del suddetto articolo stabilisce: “*il contratto di servizio è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'art. 31, c. 2, della deliberazione di affidamento alla società in house sul sito dell'Anac. La disposizione di cui al presente comma si applica a tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, compresi gli affidamenti nei settori di cui agli artt. 32 e 35*”. Al riguardo, occorre precisare che l'acquisizione della partecipazione dell'Eda Caserta nella Società Gisec s.p.a. è pacificamente preordinata al successivo affidamento *in house* del servizio gestione rifiuti alla Società stessa.

In base al combinato disposto dei cc. 1 e 2 dell'art. 33, al fine di beneficiare della clausola di salvezza contenuta nel mentovato c. 1, tale affidamento dovrebbe intervenire entro il 30 marzo 2023.

Ad avviso del collegio, infatti, senza la stipulazione del contratto di servizio non può parlarsi di “*affidamento in essere*” ai fini dell'art. 33, c. 1, del decreto di riordino dei Spl.

Appare chiaro, pertanto, come, nella fattispecie, non possa esservi alcun affidamento entro tale data, in ragione della clausola di *stand still* divisata dall'art. 17, c. 3, d.lgs. n. 201/2022.

Il collegio ritiene, dunque, che l'operazione societaria delineata dall'Eda Caserta si ponga in contrasto con i principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, in quanto si tratterebbe di una partecipazione *inutiliter data*, non potendo l'affidamento *in house* intervenire in tempo utile per giovare della clausola di salvezza contemplata dal c. 1 dell'art. 33.

7. Sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria

L'art. 5, c. 3, Tusp delinea i tratti essenziali della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti, precisandone i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti.

In ordine ai primi, il richiamo effettuato dall'art. 5, c. 3, ai precedenti cc. 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a:

a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo Tusp); b) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;

c) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;

d) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli artt. 4, 7 e 8 Tusp, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

L'impianto normativo evidenzia, in primo luogo, come gravi sull'amministrazione procedente l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di acquisto di una partecipazione e nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi.

Come già rappresentato, le valutazioni circa “*la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria*” dell'operazione di investimento in una società neocostituita o già esistente, da cui conseguono anche quelle relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, costituiscono un onere gravante sull'amministrazione interessata all'operazione. Quest'ultima è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi alla nuova forma di scrutinio riservata alla magistratura contabile (cfr. Corte conti, Sez. riun. contr., n. 16/2022).

Nel predetto arresto nomofilattico, al quale questa sezione intende dare continuità, le Sezioni riunite di questa Corte hanno chiarito che, nel campo degli investimenti societari, il concetto di sostenibilità finanziaria assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di pre-

visione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Nel caso delle società a partecipazione pubblica, poi, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica dell'attività, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall'art. 14 Tusp al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in difficoltà, in virtù del principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato, ampliamenti sviluppati dalla giurisprudenza contabile (*ex multis*, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 753/2010).

Secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni riunite, dal quale il collegio non ritiene di deflettere nel caso di specie, la sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo dell'operazione di investimento societario deve essere attentamente scandagliata dall'amministrazione precedente, nell'ambito del proprio iter istruttorio, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. In particolare, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di acquisizione di partecipazione sia quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito *business plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende proseguire.

Quanto al relativo contenuto, il *business plan* (o altro documento equipollente), nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire: nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi. Tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi) sia relative ai *cash flow* complessivi, ossia ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile Oic 10 "Rendiconto finanziario"). Parimenti, l'esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto).

Le previsioni del BP devono essere accompagnate da apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne esponano le ipotesi di sviluppo. In particolare, occorre esplicitare la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente deve essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia va-

riabili sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Non va trascurata, infatti, la rilevanza dei costi di personale nella *governance* di una società partecipata, considerata la loro incidenza sul quadro economico – finanziario.

Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (*break even point*) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati. Nella prospettiva della trasparenza e della semplificazione, le proiezioni economico-finanziarie del BP possono essere opportunamente accompagnate dall'elaborazione di alcuni indicatori di bilancio, i quali restituiscono, in via sintetica, valutazioni sui principali aspetti gestionali: quali la redditività, la liquidità e l'indebitamento.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'esigenza di integrare l'analisi del BP con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

Ciò premesso in termini generali, nella fattispecie, il collegio ravvisa nella mancanza di un piano industriale, pacificamente riconosciuta dall'Eda Caserta nella nota prot. n. 83 del 23 gennaio 2023 di riscontro alle richieste istruttorie, un ulteriore elemento ostativo all'operazione societaria descritta.

Nella suddetta nota, l'Eda ha precisato che "*il valore di acquisto è simbolico e quindi irrilevante ai fini della valutazione della operazione*". In particolare, l'Ente afferma: "*si è a questo proposito giudicato superfluo procedere a perizia, tale l'evidenza del dato, in virtù di un principio di economicità, limitandosi a richiedere un giudizio di congruità, che si soffermasse sui principali elementi di rilievo della Società*".

Il collegio ritiene che l'assenza di un piano industriale, pacificamente ammessa dall'amministrazione interessata, non possa essere superata dal riferimento al valore di acquisto della partecipazione definito "simbolico", considerato che tale elemento non esaurisce i profili che devono essere considerati per apprezzare la sostenibilità finanziaria e la convenienza economica dell'operazione societaria.

Sempre con riferimento all'assenza di un piano industriale, l'amministrazione afferma che "*la sostenibilità della operazione, nell'immediato, è di conseguenza palese, anche per questo, pur in assenza di un piano industriale, che è comunque in via di realizzazione nel quadro della necessità di perfezionare l'affidamento, si è valutato, in virtù della storicità dei dati, ragionevolmente assente ogni rischio di criticità futura sotto il profilo degli equilibri economico-finanziari attuali della azienda*".

Ad avviso del collegio, tuttavia, la storicità dei dati non vale certo ad obliterare ogni rischio di criticità fu-

tura, né può sorreggere *ex se* un giudizio di sostenibilità.

Al pari di quanto stabilito in via generale per la libera di affidamento dei servizi pubblici locali a rete dall'art. 14, c. 4, anche il c. 4 dell'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022 stabilisce l'obbligo di allegare al provvedimento di affidamento *in house* un piano economico-finanziario.

Segnatamente l'art. 17, c. 4, prevede che, per i servizi pubblici locali a rete, alla deliberazione di affidamento *in house* del servizio sia “*allegato un piano economico-finanziario che, fatte salve le discipline di settore, contiene anche la protezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio*”.

Ad avviso del collegio, adeguati approfondimenti istruttori avrebbero dovuto sorreggere la scelta di acquisire la partecipazione in esame, che è inscindibilmente connessa con il successivo affidamento *in house*, confluendo poi nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi al vaglio della Corte dei conti.

L'assenza di un piano industriale rileva, infatti, anche ai fini del pronunciamento di questa sezione ex art. 5, c. 3, Tusp, in quanto non consente di effettuare uno scrutinio effettivo in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell'operazione.

8. Sull'analisi comparativa delle opzioni praticabili

Nella fattispecie manca, per la scelta del sistema di gestione del servizio in parola (art. 14 del d.lgs. n. 201/2022), una *swot analysis* di ciascuna delle opzioni praticabili (in particolare, della possibilità di affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica), con l'individuazione per ciascuna di esse di: *strenght* (punti di forza); *weakness* (punti di debolezza); *opportunities* (opportunità); *threat* (minacce).

Tale analisi non può essere soddisfatta con il mero riferimento al prezzo di acquisto della partecipazione o con la generica evocazione dell'esperienza maturata dalla Società Gisec s.p.a. nella gestione del servizio.

Né tantomeno può ritenersi appagante un ulteriore argomento contenuto nella delib. n. 21/2022 del Consiglio d'ambito dell'Eda Caserta che, al fine di valorizzare la scelta del modello *in house* rispetto alle forme alternative, fa leva sul “*vantaggio [...] rappresentato dalla riserva in capo all'Eda Caserta e per esso in capo ai comuni associati, della direzione strategica e della maggiore capacità di controllo sulla gestione*”.

A ben vedere, tale argomento, nel caso di specie, più che un vantaggio appare un profilo di criticità del ricorso al modello dell'*in house*, alla luce dei principi di distinzione ed esercizio separato delle funzioni re-

golatorie e di controllo da quelle gestorie (art. 6, c. 1, d.lgs. n. 201/2022) e del connesso divieto per gli enti di governo dell'ambito di acquisire partecipazioni nelle società gerenti il servizio a rete (art. 6, c. 2, d.lgs. n. 201/2022). Come è stato detto, si tratta di principi che emergevano già con nitore dalla legge delega oltre che dalla giurisprudenza costituzionale.

9. Conclusioni

Alla luce delle suesposte considerazioni, il collegio ritiene di esprimere, ex art. 5, c. 3, Tusp, parere negativo in ordine all'acquisto da parte dell'ente di governo dell'Ambito Caserta della partecipazione sociale di maggioranza (51 per cento) detenuta dalla Provincia di Caserta nella Società Gisec s.p.a., finalizzata all'affidamento *in house* a tale Società – previa stipula di apposito contratto di servizio – di un segmento funzionale del ciclo integrato dei rifiuti, ossia il trattamento intermedio del rifiuto urbano Indifferenziato (Cer 20 marzo 01) prodotto dai Comuni dell'Ato Caserta.

P.q.m., la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, esprime, per le ragioni indicate in parte motiva, parere negativo in ordine all'acquisizione da parte dell'Ente di governo dell'Ambito Caserta della partecipazione di maggioranza (51 per cento) nella Società Gisec s.p.a. di cui alla deliberazione del Consiglio d'ambito n. 21 del 15 dicembre 2022.

Emilia-Romagna

14 – Sezione controllo Regione Emilia-Romagna; deliberazione 23 gennaio 2023; Pres. e Rel. Pieroni; Comune di Molinella.

Contabilità regionale e degli enti locali – Comune – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Modalità di rappresentazione contabile delle risorse Pnrr – Applicazione del principio di tracciabilità.

D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, allegati n. 4/1 e n. 4/2; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, art. 9.

Contabilità regionale e degli enti locali – Comune – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Vincolo di cassa generale – Modalità di gestione dei pagamenti per singola opera in assenza di uno specifico vincolo.

D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, allegati n. 4/1, n. 4/2; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, art. 9.

La corretta rappresentazione contabile delle risorse rinvenienti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) secondo il principio di tracciabilità della spesa enunciato dall'art. 9 d.l. n. 77/2021, impone di assicurare, nell'imputare la spesa all'esercizio in cui si prevede di realizzare l'investimento, che sia mantenuta l'associazione tra la misura del Pnrr e il codice unico di progetto (Cup) dell'opera finanziata al fine di consentire anche il successivo esercizio dei poteri di controllo democratico da parte del consiglio comunale che, in questo modo, è messo in grado di monitorare lo svolgersi in concreto delle diverse linee gestionali stabilite dall'ente locale nei propri documenti programmatici; inoltre, sempre ai fini della corretta applicazione del suddetto principio, come prescritto anche dalle circolari del Mef, gli enti territoriali sono tenuti, in ottemperanza all'obbligo di perimetrare le risorse del Pnrr, ad accendere all'interno del Peg o del bilancio finanziario gestionale specifici capitoli riportanti l'indicazione di missione, componente, investimento e Cup.

L'ente locale, per ciò che concerne il vincolo di cassa che caratterizza la gestione delle risorse Pnrr, in assenza di specifiche prescrizioni legislative, può decidere, secondo le proprie autonome scelte organizzative, le modalità più opportune, tenuto conto che la gestione di cassa di tali risorse non impone uno specifico vincolo per ciascuna opera finanziata, essendo unica la cassa, da sottoporre, tuttavia, a costante monitoraggio extra-contabile (in motivazione si sottolinea l'opportunità di inserire nei dispositivi di pagamento per ogni singolo finanziamento il Cup della specifica opera finanziata).

23 – Sezione controllo Regione Emilia-Romagna; deliberazione 8 febbraio 2023; Pres. Pieroni; Rel. Borelli; Relazione sullo stato della finanza locale in Emilia-Romagna, anno 2022.

Contabilità regionale e degli enti locali – Enti locali – Funzione di controllo di legittimità-regolarità finanziaria sui bilanci degli enti locali – Relazione.

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 148-bis; l. 23 dicembre 2005, n. 266, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006), art. 1, cc. 166 ss.; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 1; d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213, disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012, artt. 1, 3.

Con la pronuncia in esame, la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna ha approvato la relazione sullo stato della finanza locale. In particolare, la relazione trae spunto dall'analisi delle deliberazioni della medesima sezione regionale di controllo nell'ambito del controllo finanziario dei rendiconti degli enti locali della regione relativi all'esercizio finanziario 2020 e dei bilanci di previsione per il triennio 2021-2023.

Per ognuna delle principali criticità emerse, la relazione riprende gli aspetti fondamentali della gestione, individuando le differenze, le affinità e le analogie tra i documenti di bilancio esaminati, valorizzando, attraverso l'evidenziazione di tali connessioni funzionali e strutturali, gli esiti dell'attività di controllo nell'ottica di salvaguardare la sana gestione finanziaria.

Conclusivamente la relazione intende offrire una rappresentazione, in chiave dinamica, della complessiva attività di controllo svolta con particolare riferimento alle risultanze dell'esercizio 2020, anno in cui gli effetti derivanti dai diversi provvedimenti adottati per contrastare l'emergenza sanitaria da Covid-19 hanno interessato la gestione finanziaria degli enti locali, incidendo, in modo particolare, su alcuni profili che hanno costituito oggetto di un'analisi più approfondita da parte della sezione stessa.

In allegato alla relazione è stato inserito un "repertorio" delle deliberazioni adottate nel 2022 e nel mese di gennaio 2023 riguardanti i controlli finanziari sugli enti locali della regione, selezionati sulla base di una serie di criteri campionari volti ad individuare le ipotesi di maggior rischio per la tenuta degli equilibri di bilancio.

Piemonte

17 – Sezione controllo Regione Piemonte, deliberazione 31 gennaio 2023; Pres. Polito, Rel. Poggi; Consorzio di area vasta Co.Va.R 14.

Corte dei conti – Società a partecipazione pubblica – Operazioni di costituzione o acquisto di partecipazioni – Consorzi di enti locali – Assoggettamento al controllo ai sensi dell'art. 5 Tusp – Sussiste.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 2, c. 1, lett. a), 5; l. 5 agosto 2022, n. 218, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

Società – Società a partecipazione pubblica – Acquisto di partecipazione in una società consortile da parte di un consorzio di enti locali – Mancato possesso della qualifica di centrale di committenza ausiliaria da parte della società consortile – Carenza dei presupposti per fare luogo all'operazione – Sussiste.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, art. 5, cc. 3 e 4; l. 5 agosto 2022, n. 218, art. 11.

I consorzi di enti locali sono espressamente previsti nella definizione di “amministrazioni pubbliche” soggette alle disposizioni dell’art. 2, c. 1, lett. a), del d.lgs. n. 175/2016 e, pertanto, sono tenuti a inoltrare le proprie deliberazioni di costituzione o acquisto di partecipazioni alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti competente per territorio, per il controllo previsto dall’art. 5 di tale decreto.

Nell’ambito dell’attività di controllo posto in essere dalla sezione regionale competente della Corte dei conti ex art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016, si ravvisano elementi ostativi all’acquisto, da parte di un consorzio di bacino formato da comuni, di quote di una società consortile che si qualifica come società di committenza ausiliaria, laddove tale qualifica venga negata da apposita delibera dell’Anac e sussistano sul punto pronunciamenti sfavorevoli alla società da parte della giurisprudenza amministrativa, in quanto ciò è suscettibile di vanificare l’utilità dell’adesione medesima, motivata dall’ente deliberante proprio con riferimento alla possibilità di disporre di un’ulteriore centrale di committenza, e che andrà perciò adeguatamente rimeditata. (1)

(1) Con la pronuncia in commento, i giudici contabili piemontesi pongono in essere l’attività di controllo prevista dall’art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016, come di recente modificato dalla l. n. 118/2022, in vigore dal 27 agosto 2022.

Sul tema, le Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti, con la delib. 3 novembre 2022, n. 16, risolutiva di questione di massima (in questa *Rivista*, 2022, 6, 85, con nota di P. Cosa), hanno chiarito come il pronunciamento previsto dall’art. 5, c. 4, d.lgs. n. 175/2016 “*postula l’espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti*”. In particolare, quand’anche la pronuncia sia qualificata (al solo c. 4) con il *nomen iuris* di “*parere*”, il consenso nomofilattico contabile ha posto in evidenza come, ai fini dell’attrazione alla funzione di controllo, concorrano vari elementi e che “*in base alla novella normativa, il pronunciamento della Corte dei conti interviene non prima (come per l’attività consultiva), ma dopo che l’amministrazione abbia perfezionato l’atto deliberativo di costituzione o di acquisizione della partecipazione (diretta o indiretta), per la traduzione del quale nelle forme del diritto societario, tuttavia, la legge richiede il decorso di un predeterminato lasso temporale, sessanta giorni, funzionale all’esame da parte della Corte dei conti. La disciplina, introdotta dalla l. n. 118/2022, inoltre, va letta in chiave sistematica, considerando il complessivo ruolo assegnato alla Corte dei conti in materia di società a partecipazione pubblica; quest’ultima è chiamata a pronunciarsi, con funzione di controllo, fra gli altri, sulle revisioni periodiche ex art. 20 Tusp (nonché, in precedenza, sulla razionalizzazione straordinaria ex art. 24 Tusp). Peraltro, la verifica sugli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie era stata qualificata, in vigenza dell’abrogato art. 3, cc. 27 e 28, l. n. 244/2007, in termini di controllo (cfr., per esempio, Sez. contr. reg. Lombardia n. 44/2012, n. 263/2011 e n. 830/2011)”.*

È successivamente intervenuta l’ulteriore pronuncia nomofilattica delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti 23 novembre 2022, n. 19 (*ibidem*, 97, con nota di P. Cosa), che ha consentito di dirimere alcuni dubbi interpretativi sorti all’indomani dell’entrata in vigore della disposizione citata, sul novero degli atti soggetti a controllo, statuendo in particolare che “*l’esame degli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie da parte*

Ritenuto in fatto – (Omissis), il Consorzio di area vasta denominato Covar 14, con sede in Carignano (TO), ha trasmesso la propria deliberazione assembleare n. 25 del 28 novembre 2022 avente ad oggetto la decisione di procedere all’acquisto, mediante sotto-

delle competenti Sezioni della Corte dei conti, prescritto dai cc. 3 e 4 dell’art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, non riguarda le operazioni di trasformazione fra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale quando non comporti anche l’acquisto della posizione di socio”.

Nel merito, lo scrutinio affidato alla Corte dei conti si articola secondo quanto previsto dal c. 3 dell’art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, ovvero, come illustrato dalle Sezioni riunite in sede di controllo (28 novembre 2022, n. 23), “*la Corte dei conti è chiamata a verificare che il provvedimento adottato dall’amministrazione contenga un’analitica motivazione in ordine a: i) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo Tusp); ii) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; iii) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa; iv) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Inoltre, la magistratura contabile deve valutare, a monte, che l’atto deliberativo sia stato adottato con le modalità e i contenuti prescritti dagli artt. 7 e 8 Tusp”.*

Con riguardo alla fattispecie in concreto esaminata dalla Sezione piemontese, viene affermato, in via preliminare, che i consorzi di enti locali sono espressamente previsti nella definizione di “amministrazioni pubbliche” soggette alle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016 all’art. 2, c. 1, lett. a), e, pertanto, il Covar 14 è legittimato a inoltrare le proprie deliberazioni di acquisto di partecipazioni alla sezione regionale competente, per il controllo previsto dall’art. 5 del medesimo decreto, come novellato dalla l. n. 118/2022.

Nel merito, poi, il collegio ha evidenziato come la negazione della qualifica di centrale di committenza in capo alla società consortile, di cui il Consorzio era intenzionato ad acquisire le quote, sia in grado di frustrare proprio lo scopo perseguito e dichiarato dal medesimo Consorzio nella deliberazione oggetto di controllo.

E ciò sia in virtù sia di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa (v., in particolare, Cons. Stato n. 6975/2020), sia in forza di una specifica delibera dell’Anac (30 novembre 2022, n. 570), che non riconoscono alla società in questione la qualifica di centrale di committenza, in quanto la stessa «*continuerebbe a non possedere neppure le caratteristiche del modello organizzativo previsto dall’art. 37, c. 4, d.lgs. n. 50/2016 per la costituzione di centrali di committenza da parte dei comuni, continuando ad avere (nonostante l’intervenuta estromissione dei soci privati) una sostanziale natura privatistica, in quanto società di diritto privato costituita da altre associazioni (Asmel Campania ed Asmel Calabria). Per l’ordinamento italiano le centrali di committenza sono, invece, in ogni caso enti pubblici (province e città metropolitane), ovvero forme associative di enti locali quali “l’unione di comuni” o anche il consorzio di comuni, sorte a seguito di accordi ai sensi dell’art. 30 del d.lgs. n. 267/2000; anche ad ammettere il ricorso a soggetti privati, dovrebbe, comunque, trattarsi di organismi in house, la cui attività sia limitata al territorio dei comuni fondatori, laddove, nel caso di specie, nella previsione di una legittimazione a svolgere funzione di centrale di committenza a livello nazionale mancherebbe sia il profilo del controllo analogo, sia quello dei limiti territoriali» (v., in questi termini, Cons. Stato n. 6975/2020, cit.).*

scrizione, di una quota societaria di Asmel Consortile s.c.a.r.l. di euro 6.172,61.

Considerato in diritto – (Omissis) In ipotesi di acquisto di partecipazioni societarie, l'art. 8 Tusp impone che l'operazione sia deliberata “secondo le modalità di cui all'art. 7, cc. 1 e 2”. Tali norme disciplinano gli organi competenti all'adozione dell'atto deliberativo e il relativo onere motivazionale.

Nel caso sottoposto ad esame, l'acquisto della partecipazione risulta autorizzato da una specifica delibera dell'assemblea dei sindaci dei comuni aderenti al consorzio, presenti in numero di dodici e rappresentanti quote consortili pari a 72,90 su 100, nel rispetto dei *quorum* previsti dall'art. 16 dello Statuto del consorzio deliberante; sul punto è da notare che la lettera d) del c. 1 dell'art. 7 Tusp prevede per le “*amministrazioni pubbliche*” diverse da quelle indicate dalle precedenti lett. a), b) e c), quindi anche per i consorzi di enti locali, una “*delibera dell'organo amministrativo dell'ente*”.

Lo statuto di Co.Va.R.14 prevede, accanto all'assemblea dei sindaci e al presidente del consorzio, la presenza di un consiglio di amministrazione, che in base all'articolo 19 “*svolge funzioni di indirizzo politico: è organo esecutivo degli indirizzi determinati dall'assemblea*”. Con riguardo alle funzioni rimesse al potere deliberativo dell'assemblea, l'art. 14 enumera le seguenti: “*lo Statuto e le sue modificazioni, il piano d'ambito, il programma annuale d'erogazione del servizio agli utenti, ivi compreso il disciplinare dei rapporti con i gestori, l'aggiornamento delle quote di partecipazione al consorzio, l'autorizzazione a contrarre mutui, ad emettere prestiti obbligazionari e a disporre del patrimonio consortile, i bilanci e il conto consuntivo del consorzio, nonché i regolamenti del consorzio, salvo quelli che la legge riserva ad altri organi*”; oltre alle nomine degli altri organi consortili, spettano all'assemblea l'approvazione dell'ordinamento degli uffici e dei servizi e la tabella numerica del personale.

Pare quindi che, a termini di statuto, l'acquisto di partecipazioni societarie non sia materia riservata alla competenza esclusiva dell'assemblea, potendo essere validamente assunta anche dal consiglio di amministrazione; tuttavia, essendo quest'ultimo organo esecutivo di tutte le decisioni prese dall'assemblea, non pare potersi ravvisare una violazione di competenze interne al consorzio, quanto piuttosto una maggiore condivisione di tale scelta che, per l'importanza strategica che ad essa l'ente ricollega, è stata assunta dall'organo rappresentativo dell'intera comunità consorziata e non solo dall'organo esponenziale con compiti esecutivi.

Quanto al requisito dell'analitica motivazione, richiesto dall'art. 5, c. 1, Tusp (anche per il tramite del citato art. 8), l'atto deliberativo del Consorzio risulta piuttosto sintetico nell'espone le ragioni di tale adesione, come meglio dettagliato nei successivi paragrafi.

2. Rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 Tusp) e finalistici (art. 4 Tusp).

Asmel Consortile ha natura di società consortile a responsabilità limitata; pertanto, rientra nel perimetro dei tipi societari consentiti alle “*amministrazioni pubbliche*”, come definite dall'art. 2, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 175/2016. Al riguardo, l'art. 3 Tusp dispone che queste ultime “*possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa*”.

Va peraltro soggiunto che il riferimento normativo citato nella delibera di adesione, ovvero l'art. 52, c. 1, lett. a, punto 1.2), d.l. n. 77/2021, per l'esattezza dispone che “*i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato art. 37, c. 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia*”; in tale caso la norma è applicabile al consorzio in quanto soggetto che esercita in forma associata le funzioni comunali.

18 – Sezione controllo Regione Piemonte, deliberazione 31 gennaio 2023; Pres. Polito, Rel. Polito, Poggi.

Contabilità regionale e degli enti locali – Enti locali – Piano nazionale di ripresa e resilienza – Indagine sull'utilizzo dei fondi assegnati agli enti territoriali del Piemonte.

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 1; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 1; d.l. 6 maggio 2021, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 1 luglio 2021, n. 101, misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano di ripresa e resilienza ed altre misure urgenti per gli investimenti, art. 1; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, art. 1; d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113, misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) e per l'efficienza della giustizia, art. 1; d.l. 10 settembre 2021, n. 121, convertito con modificazioni dalla l. 9 novembre 2021, n. 156, disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza (delle ferro-

vie e) delle infrastrutture stradali e autostradali, art. 1; d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233, disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza Pnrr e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose, art. 1.

Nell'ambito dell'attività di controllo programmata per l'anno 2022, la sezione ha approvato il referto conclusivo dell'indagine condotta in merito ad una prima ricognizione, relativamente alla Regione Piemonte, dei progetti approvati e dei correlati fondi assegnati ai vari enti nel territorio regionale all'interno del Piano nazionale di ripresa e resilienza. (1)

(1) I. - Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

II. - La Sezione piemontese, nell'ambito dell'attività di controllo programmata per l'anno 2022, ha stabilito di effettuare una indagine avente quale obiettivo quello di fornire una prima ricognizione, relativamente alla Regione Piemonte, dei progetti approvati e dei correlati fondi assegnati ai vari enti nel territorio regionale; tale controllo non si è rivelato particolarmente agevole, se si considera il complesso sistema di *governance* che caratterizza, nell'ambito delle diverse materie, la modalità di assegnazione delle risorse, attraverso bandi gestiti esclusivamente dalle amministrazioni ministeriali, titolari dei programmi.

Sul tema, si ricorda che l'art. 7, c. 7, d.l. n. 77/2021 prevede che la Corte dei conti, nel quadro dei controlli complessivamente assegnati, che trovano fondamento nell'art. 100 Cost., esercita il controllo sulla gestione di cui all'art. 3, c. 4, l. n. 20/1994, svolgendo in particolare valutazioni circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie, provenienti dai fondi di cui al Pnrr; il controllo in parola si informa a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'art. 287, par. 3, Tfue.

La Corte dei conti, ai sensi dell'art. 3, c. 6, l. n. 20/1994, riferisce almeno semestralmente al Parlamento sullo stato di attuazione del Pnrr; tale controllo è volto a verificare la legittimità e la regolarità della gestione e la corrispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, anche avvalendosi dei controlli interni alle amministrazioni.

In materia, va, in primo luogo, precisato che il controllo/monitoraggio semestrale sul Pnrr viene svolto dalle Sezioni riunite della Corte dei conti.

Tuttavia, sul territorio dove operano le regioni e gli enti locali, i relativi controlli sono svolti dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, sia attraverso i controlli di regolarità contabile sui rendiconti di spesa che gli enti hanno l'obbligo di predisporre (art. 158 Tuel) che attraverso i controlli sulla gestione dei singoli progetti/interventi. Ampio può essere il contributo della Corte dei conti anche in sede territoriale, valorizzando il ruolo di garante imparziale a tutela degli equilibri di bilancio e della sana gestione, al fine di intercettare con tempestività l'eventuale uso distorto o non conforme delle risorse, per consentire all'ente interventi rapidi, finalizzati al rispetto degli impegni che lo Stato membro ha assunto con l'Europa.

Il controllo ha ad oggetto la verifica della rispondenza dell'intervento ai criteri richiesti per l'ammissione ai finanziamenti, il rispetto delle condizionalità associate alle misure (rispetto della parità di genere, dell'occupazione giovanile, della quota da riservare al mezzogiorno e del non arrecare danno all'ambiente), il livello di attuazione, la correttezza della gestione, i pagamenti effettuati, la rendicontazione eseguita, eventuali omissioni, inerzie e ritardi.

Sardegna

2 – Sezione controllo Regione Sardegna; deliberazione 18 gennaio 2023; Pres. e Rel. Contu; Camera di commercio Cagliari-Oristano.

Società – Società a partecipazione pubblica – Camera di commercio – Acquisto di partecipazione in società finalizzata alla gestione di progetto finanziato con fondi Pnrr – Coerenza con i limiti di legge – Sussiste.

L. 29 dicembre 1993, n. 580, riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, art. 2; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. delle società a partecipazione pubblica, artt. 4-bis, 4, 5, 7 e 8; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11, c. 1, lett. a), nn. 1, 2, 3.

È coerente con i vincoli previsti dal Tusp in tema di costituzione di (o acquisto di partecipazioni in) società pubbliche la scelta di una camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di partecipare a un organismo societario costituito ai fini della gestione di un progetto finanziato con risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), essendo detta scelta contemplata dalle misure di attuazione del citato Piano. (1)

Ad esito dell'indagine posta in essere la Sezione piemontese ha formulato alcune considerazioni conclusive.

In un momento così importante per il futuro del Paese, pur nell'ambito delle diverse competenze, è indispensabile alimentare il dibattito fra le istituzioni con la finalità di offrire ai soggetti attuatori, quell'ausilio conoscitivo utile perché il decisore politico definisca al meglio le scelte strategiche più adeguate, riducendo al minimo i rischi di insuccesso e di dispersione di risorse con una particolare attenzione ai profili della legalità del sistema a forte rischio quando sono in gioco una mole rilevanti di risorse pubbliche da utilizzare.

Poiché la Corte dei conti riserva un'attenzione particolare alla buona spesa, cioè ad una spesa indirizzata alle specifiche finalità programmate, ma che sia anche immune da infiltrazioni, proprio in Piemonte, ha messo in atto un'attività sperimentale con il Prefetto di Torino e le Forze dell'ordine, per individuare indicatori più approfonditi da fornire agli enti locali interessati dai progetti del Pnrr, al fine di ridurre il margine di rischio. Indicatori che i profili conoscitivi messi in luce dalla relazione, anche grazie alla collaborazione posta in essere con la regione e gli enti locali, hanno contribuito ad approfondire.

È evidente che un'azione preventiva dei controlli può sicuramente attenuare la portata dei fenomeni d'illegalità, anche sotto il profilo della deterrenza, evitando che si formino zone franche e opache, sia con riguardo a tipologie di attività, che relativamente a soggetti che cercano di ottenere vantaggi dall'avvento di una mole così rilevante di risorse pubbliche.

A questo obiettivo il controllo ed i suoi organi possono fornire un contributo importante. [L. ALESIANI]

(1) I. - L'art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016 (Tusp, recentemente modificato dall'art. 11, c. 1, lett. a, nn. 1 e 2, l. n. 118/2022) impone che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione societaria, diretta o indiretta, sia trasmesso (oltre che all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-bis l. n. 287/1990) alla Corte dei conti.

Quest'ultima è chiamata a deliberare entro il termine di 60 giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai cc. 1 e 2 dell'art. 5, nonché dagli artt. 4 (finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche), 7 (costituzione di società a partecipazione pubblica) e 8 (acquisto di partecipazioni in società già costituite), "con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa". Ove la Corte non si pronunci entro il citato termine, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione (art. 5, c. 3, Tusp).

Il riparto di attribuzioni ai fini delle verifiche intestate al giudice contabile è operato dal c. 4 dell'art. 5 (modificato dall'art. 11, c. 1, lett. a), n. 3, della l. n. 118/2022), che prevede la competenza: *i)* delle Sezioni riunite in sede di controllo, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali; *ii)* delle sezioni regionali di controllo, per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione; *iii)* della Sezione del controllo sugli enti, per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della l. n. 259/1958.

In base al medesimo comma il parere del competente ufficio della Corte dei conti deve essere trasmesso, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro 5 giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale; in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni.

II. - La Sezione di controllo sarda è stata investita di una richiesta di parere *ex art. 5 Tusp*, avente a oggetto l'acquisto, da parte di una camera di commercio, di una partecipazione a una società consortile, costituita da soggetti pubblici e privati a seguito di un avviso pubblico del Ministero dell'università e della ricerca in vista della gestione di un progetto finanziato con fondi Pnrr.

La sezione, dopo aver affermato la compatibilità dell'iniziativa con l'art. 4-bis Tusp (che include le attività di ricerca svolte dalle società a partecipazione pubblica e dagli enti pubblici di ricerca per la realizzazione degli interventi compresi nel quadro di attuazione del Pnrr tra quelle perseguibili dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 4, c. 2, Tusp) nonché la riconducibilità della stessa iniziativa alle finalità istituzionali perseguibili dal sistema camerale (*ex art. 2 l. n. 580/1993*), ha concluso nel senso della coerenza con l'art. 5 Tusp della scelta partecipativa dell'ente camerale istante.

In dettaglio, il collegio ha ritenuto soddisfatti gli oneri motivazionali previsti dalla disposizione del Tusp da ultimo citata (ragioni e finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria; compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese); ciò in quanto la partecipazione al veicolo societario in esame (al pari della sua costituzione) rappresenta una scelta "necessitata", essendo prevista dall'avviso ministeriale emanato in attuazione della normativa sul Pnrr.

III. - Sull'interpretazione dell'art. 5 Tusp, come da ultimo novellato, cfr. Corte conti, Sez. riun. contr., 3 novembre 2022, n. 16, in questa *Rivista*, 2022, 6, 85, con nota di P. Cosa, *Le Sezioni riunite in sede di controllo intervengono per indicare in modo chiaro e univoco le modalità di svolgimento e i limiti della funzione assegnata dall'art. 5 Tusp alla Corte dei conti*; sulla competenza delle sezioni regionali di controllo all'adozione

Merito

1. Come specificato nella superiore parte in "fatto" la Camera di commercio di Cagliari-Oristano ha chiesto a questa sezione, un parere, al fine del perfezionamento dell'operazione di acquisto di una quota societaria da parte di una propria controllata, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria ed alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità, ai sensi dell'art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016, così come modificato dall'art. 11, c. 1, lett. a) nn. 1 e 2 della l. n. 118/2022.

Ha concluso pertanto che "per le valutazioni di competenza si allegano alla presente copia del progetto e copia dell'atto costitutivo inviati da So.g.aer a questa Camera".

Dall'atto costitutivo, stipulato in data 15 giugno del 2022 a rogito del notaio Giovanni Carlini, risulta che la società e.Ins (società consortile a responsabilità limitata ai sensi degli artt. 2615-ter e 2462 ss. c.c.) è stata costituita da tre soggetti: Il Banco di Sardegna di Sassari, l'Università di Cagliari e l'Università di Sassari, ciascuno per una quota di euro 5000 (per un totale del capitale sociale di euro 15.000).

Va ricordato che, ai fini della resa di un parere positivo da parte di questa sezione per la costituzione o l'acquisizione di una quota societaria da parte di un ente pubblico, è necessario che sussistano i seguenti requisiti, previsti dall'art. 5 del Tusp:

a) adempimento dell'onere di motivazione analitica della compatibilità con i fini istituzionali dell'ente;

b) adempimento dell'onere motivazionale sulle ragioni e sulle finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta ed esternalizzata del servizio affidato;

c) adempimento dell'obbligo di motivazione sulla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;

d) adempimento dell'onere di motivazione sulla "compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di stato alle imprese.

Orbene, sulla sussistenza di detti requisiti e, più in generale, sulla compatibilità dell'acquisizione della quota societaria della e.Ins da parte della Camera di commercio di Cagliari-Oristano, ha contribuito a fare chiarezza la risposta trasmessa dalla stessa Camera di commercio alla nota istruttoria di questa sezione e la documentazione ad essa allegata.

di pareri richiesti dalle camere di commercio ai sensi dello stesso art. 5 Tusp, cfr. Sez. riun. contr., 23 novembre 2022, n. 19, *ibidem*, 97, con nota di P. Cosa.

IV. - Per una ricognizione della prima giurisprudenza del giudice contabile in materia, v. A. Di Renzo, *L'art. 5 del Tusp dopo la modifica della l. n. 118/2022. La giurisprudenza più significativa*, in <www.dirittoconti.it>, 11 dicembre 2022. [G. NATALI]

2. Per meglio inquadrare la fattispecie all'esame è bene subito tenere presente che l'acquisto della quota societaria della e.Ins da parte della Camera di commercio di Cagliari-Oristano non si configura come il frutto di una scelta autonoma ed estemporanea, ma si inserisce nel quadro delle iniziative del Pnrr in tale specifico ambito di attività.

Ed invero il bando del Ministero dell'università e ricerca (Mur) n. 3277 del 30 dicembre 2021, all'art. 1 (Finalità e ambito di applicazione) prevede che lo stesso Mur, in attuazione dell'investimento 1.5 – Creazione e rafforzamento di "Ecosistemi dell'innovazione", nell'ambito della missione 4 "istruzione e ricerca" – Componente 2, proceda al finanziamento di dodici ecosistemi dell'innovazione sul territorio nazionale.

È precisato che gli Ecosistemi dell'innovazione sono reti di università statali e non statali, enti pubblici di ricerca, enti pubblici territoriali, altri soggetti pubblici e privati altamente qualificati e internazionalmente riconosciuti, auspicabilmente organizzati in forma consortile.

Al punto 3 è inoltre chiarito che gli ecosistemi dell'innovazione intervengono su aree di specializzazione tecnologica coerenti con le vocazioni industriali e di ricerca del territorio di riferimento, promuovendo e rafforzando la collaborazione tra il sistema della ricerca, il sistema produttivo e le istituzioni territoriali.

L'art. 4 dell'avviso, poi, recante (soggetto proponente, soggetto attuatore e soggetto realizzatore) prevede che i soggetti ammessi a presentare proposte progettuali in risposta all'avviso stesso possono essere solo le università statali e gli enti di ricerca pubblica vigilati dal Mur. Il soggetto attuatore è definito "Hub" e può prevedere il coinvolgimento di enti pubblici territoriali ed altri soggetti pubblici e privati ritenuti altamente qualificati; lo stesso rappresenta il referente unico per l'attuazione dell'ecosistema dell'innovazione e diviene titolare delle attività di gestione e di coordinamento dell'ecosistema dell'innovazione.

Nel solco di siffatti obiettivi, in data 15 giugno 2022, è stata costituita la società consortile e.Ins – *Ecosistem of innovation for next generation* Sardinia, tra l'Università degli studi di Sassari, l'Università degli studi di Cagliari ed il Banco di Sardegna.

Orbene, limitando il presente scrutinio alla partecipazione della Camera di commercio di Cagliari-Oristano alla società consortile e.Ins, mediante la sottoscrizione di una quota pari ad euro 5.000 da parte della controllata So.g.aer. s.p.a., vanno partitamente esaminati i requisiti previsti dall'art. 5 del Tusp per verificare la legittimità dell'operazione.

3. In primo luogo, nell'ordine logico, va rilevato che l'attività in questione risulta pienamente compatibile con l'art. 4-bis d.lgs. n. 175/2016, introdotto dal d.l. n. 152/2021, con vigenza dall'1 gennaio 2022, secondo il quale le attività di ricerca svolte dalle società a partecipazione pubblica per la realizzazione degli

interventi compresi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza rientrano tra quelle perseguibili dalle amministrazioni pubbliche ai sensi del c. 2 dell'art. 4 Tusp. In altri termini è assicurato il vincolo di scopo previsto da tale ultima norma, trattandosi di attività non altrimenti realizzabile dalla Camera di commercio, né differibili, per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Inoltre, la tipologia societaria cui si riferisce la partecipazione rientra di buon grado nella previsione di cui all'art. 3, giacché la società (consortile) a responsabilità limitata costituisce una delle tipologie ivi previste ed anzi, quella che maggiormente assicura, da un lato, una contenuta responsabilità patrimoniale dei soci pubblici aderenti, dall'altro la possibilità di costituire una sinergia operativa senza fini di lucro.

4. In ordine alla questione se la partecipazione societaria che si intende acquisire rientri tra le finalità istituzionali della Camera di commercio, deve risponderci affermativamente alla luce del dettato della l. 29 dicembre 1993, n. 580, dal quale si desume che la stessa è da considerarsi un ente locale non territoriale rientrante nella categoria degli enti autarchici, poiché esercita una potestà amministrativa di tipo autoritativo. Per quanto più specificamente riguarda, invece, la sua finalità istituzionale, la stessa normativa citata le attribuisce l'esercizio di funzioni amministrative di tipo economico nell'interesse delle imprese che operano nel territorio.

Quanto invece alla circostanza che l'acquisizione societaria in questione avvenga per il tramite della società (quasi interamente) partecipata e controllata So.g.aer., essa trova una compiuta spiegazione nella stretta correlazione esistente tra l'attività svolta da quest'ultima (in materia di gestione aeroportuale) e l'attività di ricerca, sperimentazione ed innovazione in tema di mobilità sostenibile, con particolare riferimento all'interconnessione tra la Sardegna ed il resto dell'Europa, anche attraverso nuove tecnologie innovative che possono incidere, in un prossimo futuro, sui mezzi di trasporto, sia per i passeggeri che per le merci.

5. In merito all'onere di motivazione analitica con l'indicazione delle ragioni che giustificano la scelta anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato, tale requisito – previsto in linea generale dall'art. 5 Tusp – deve essere riguardato alla luce della specificità dell'acquisizione della partecipazione societaria.

Come infatti si è compendato nella parte in fatto, la determinazione della costituzione della società nella forma consortile e della successiva adesione ad essa di altri enti pubblici, ha costituito una scelta, "necessitata" in quanto prevista dallo stesso dallo stesso Avviso del Mur emanato in attuazione della normativa sul Pnrr.

Del pari dicasi in ordine alla convenienza economica ed alla sostenibilità finanziaria dell'iniziativa in-

trapresa, le quali non sono rimesse alla libera determinazione degli enti interessati, quanto, piuttosto, alla decisione politica delle Istituzioni europee, *in primis*, e del Mur, *in secundis*, che hanno quantificato nella cifra di euro 119.000.00 l'importo destinato all'intervento di cui trattasi.

In questo senso, la partecipazione dei vari soci all'iniziativa, mediante il conferimento paritario della quota di euro 5.000 nel capitale sociale della e.Ins, assume una valenza pressoché simbolica, giacché tale capitale sociale non ha lo scopo primario di costituire una garanzia nei confronti dei creditori (la quale è rimessa, piuttosto, all'entità del finanziamento ricevuto) quanto a segnalare il rapporto di mutua sinergia, tipicamente consortile, per l'approdo al risultato perseguito: l'avvio e lo svolgimento delle attività progettuali per l'attuazione dell'intervento previsto, per le quali l'art. 4, punto 4 dell'Avviso ha previsto espressamente la gestione diretta da parte dell'Hub costituitosi. Tale limitato conferimento, inoltre, come accennato, è garanzia che la Camera di commercio non risponda delle obbligazioni sociali oltre tale importo.

In ordine, invece, all'effettivo conferimento della quota prevista da tutti i soci aderenti all'iniziativa, pubblici e privati, laddove esso non seguisse al relativo impegno assunto, da ciò non deriverebbe necessariamente l'impossibilità del raggiungimento dello scopo sociale, dovendosi ragionevolmente ritenere che – in tale improbabile ipotesi – sarebbe necessario un apporto supplementare da parte degli altri soci.

6. Quanto all'esposizione dell'onere motivazionale in ordine alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, deve ritenersi, per quanto più sopra espresso, che la necessità della scelta effettuata, derivata dalle valutazioni effettuate dal Mur in sede di predisposizione dell'Avviso (unitamente alla considerazione che l'attività prevista non ha scopo di lucro, ponendosi unicamente il perseguimento dell'obiettivo specifico previsto dal Pnrr) indichino che i parametri dell'efficienza, economicità ed efficacia siano presenti per l'accertata sussistenza dei requisiti previsti dallo stesso Avviso. Ciò con particolare riguardo all'individuazione del soggetto proponente, del soggetto attuatore e di quello realizzatore dell'intervento programmato (art. 4), della analitica indicazione degli interventi finanziabili (art. 6), degli specifici obblighi a carico del soggetto proponente (art. 7), ma soprattutto della durata e dei termini di realizzazione del progetto (art. 8) nonché delle spese ammissibili (art. 9), disciplinati da penetranti disposizioni che pongono quantomeno le basi per il rispetto dei suddetti criteri di efficienza, economicità ed efficacia.

7. Per quanto concerne, infine, il rispetto della normativa in materia di aiuti di stato, per i soggetti pubblici che concorrono all'attuazione del Pnrr, come le Camere di commercio, non può nemmeno ipotizzarsi la violazione delle relative disposizioni, giacché – come sopra si è accennato – tali enti non agiscono in regime di concorrenza, limitandosi all'esecuzione dei

compiti specifici previsti dall'Avviso, che costituisce la fase prodromica dell'attuazione del Pnrr per lo specifico settore di competenza. E di ciò è un'inequivocabile riprova l'art. 4. n. 17 del medesimo Avviso che, limitatamente ai soggetti privati, precisa che essi “possono ricevere finanziamenti nel rispetto ed entro i limiti della normativa sugli aiuti di Stato, disciplinati dal Regolamento n. 651/2014...che individua alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli artt. 107 e 108 del Tfee”.

15 – Sezione controllo Regione Sardegna; deliberazione 16 febbraio 2023; Pres. Contu, Rel. Ragucci; Comune di Sant'Anna Arresi.

Contabilità regionale e degli enti locali – Comune – Armonizzazione dei bilanci – Avanzo tecnico – Copertura di una quota del maggior disavanzo da riaccertamento straordinario dei residui – Contabilizzazione di un maggior disavanzo di amministrazione – Mancato ripiano delle quote di disavanzo derivante da riaccertamento straordinario.

D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 3, cc. 13-15.

A fronte di un maggior disavanzo da riaccertamento straordinario dei residui, coperto – in occasione del passaggio alla contabilità armonizzata – per una quota con applicazione di avanzo tecnico e per un'altra mediante ripiano in quote costante trentennale, la mancata concretizzazione dell'avanzo tecnico atteso e la contabilizzazione negli esercizi successivi di un maggior disavanzo di amministrazione comportano il mancato ripiano di entrambe le quote di disavanzo derivante da riaccertamento straordinario. (1)

(1) I. - Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

II. - Il riaccertamento straordinario dei residui è l'operazione diretta a adeguare al principio contabile generale della competenza finanziaria potenziata lo stock dei residui attivi e passivi risultanti nei bilanci degli enti all'1 gennaio 2015 e rappresenta un passaggio fondamentale nell'attuazione dell'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio introdotta dal d.lgs. n. 118/2011.

In base all'art. 3, c. 7, d.lgs. n. 118/2011, integrato e corretto dal d.lgs. n. 126/2014, il riaccertamento straordinario dei residui avrebbe dovuto essere effettuato contestualmente all'approvazione del rendiconto 2014.

A mente del successivo c. 13, nel caso in cui, a seguito del riaccertamento straordinario, i *residui passivi* reimputati a un esercizio siano di importo superiore alla somma del Fondo pluriennale vincolato (Fpv) stanziato in entrata e dei residui attivi reimputati al medesimo esercizio, tale differenza può essere finanziata con le risorse dell'esercizio o costituire un disavanzo tecnico da coprirsi, nei bilanci degli esercizi successivi con i residui attivi reimputati a tali esercizi eccedenti rispetto alla somma dei residui passivi reimputati e del Fondo pluriennale vincolato di entrata. Gli esercizi per i quali si è determinato il

Sicilia

disavanzo tecnico possono essere approvati in disavanzo di competenza, per un importo non superiore al disavanzo tecnico.

Per contro, nel caso in cui, a seguito del riaccertamento straordinario, i *residui attivi* reimputati a un esercizio siano di importo superiore alla somma del Fpv stanziato in entrata e dei residui passivi reimputati nel medesimo esercizio, tale differenza è vincolata alla copertura dell'eventuale eccedenza degli impegni reimputati agli esercizi successivi rispetto alla somma del Fpv di entrata e dei residui attivi; nel bilancio di previsione dell'esercizio in cui si verifica tale differenza è effettuato un accantonamento di pari importo agli stanziamenti di spesa del Fpv (art. 3, c. 14).

Infine, l'eventuale eccedenza dei residui attivi reimputata, non necessaria alla copertura dei residui passivi reimputati (compresi quelli imputati agli esercizi successivi) e alla copertura dell'eventuale disavanzo di amministrazione determinato dal riaccertamento (compreso quello necessario alla eventuale ricostituzione di vincoli ed accantonamenti) può essere destinato al finanziamento di nuove spese (par. 9.3 dell'allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011).

III. - Con la deliberazione in esame la Sezione sarda ha accertato che nel 2015 un comune, in linea con la disciplina contabile richiamata, aveva utilizzato l'intero *avanzo tecnico* (di parte corrente), ossia l'eccedenza dei residui attivi reimputata, non necessaria alla copertura dei residui passivi reimputati (compresi quelli imputati agli esercizi successivi), per la copertura parziale del disavanzo di amministrazione all'1 gennaio 2015, mentre la differenza era stata ripianata in quote costanti per un periodo di 30 anni (*ex art. 3, c. 15, d.lgs. n. 118/2011, e d.m. 2 aprile 2015*).

Tuttavia, tra il 2018 il 2019 il comune ha registrato un maggiore disavanzo di amministrazione; inoltre, l'evoluzione temporale delle reimputazioni attive e passive non ha consentito l'effettiva concretizzazione dell'avanzo tecnico atteso, con conseguente mancata copertura di entrambe le quote del disavanzo da riaccertamento straordinario (quella oggetto di ripiano trentennale e quella che avrebbe dovuto essere coperta con l'avanzo tecnico).

Sul punto la sezione ha evidenziato che «la disciplina normativa delle operazioni di riaccertamento straordinario non ha consentito agli enti di beneficiare, per la copertura del disavanzo tecnico (così detto anche di esigibilità), del periodo massimo trentennale previsto dall'art. 3, c. 15, d.lgs. n. 118/2011. Si tratta, difatti, di un deficit rilevabile, esclusivamente in sede di riaccertamento straordinario, qualora a seguito dello stesso i residui passivi reimputati ad un esercizio siano risultati di importo superiore alla somma del Fondo pluriennale vincolato stanziato in entrata e dei residui attivi reimputati al medesimo esercizio. In pratica corrisponde a un differenziale che emerge anno per anno in relazione alla "spalmatura" dei residui (*rectius* reimputazioni attive e passive), in seguito a riaccertamento straordinario, in base alla loro scansione temporale. Vale a dire che, a fronte di una certa massa di residui, inizialmente imputati indistintamente ad una annualità di bilancio e, dopo l'applicazione del criterio della contabilità finanziaria potenziata, imputati invece in esercizi successivi, ove in uno di questi esercizi la somma delle componenti passive risulti maggiore di quelle attive, in quell'esercizio si avrà un disavanzo tecnico da recuperare, pari al differenziale. Questa differenza può essere finanziata con le risorse dell'esercizio o costituire un disavanzo tecnico da coprirsi, nei bilanci degli esercizi successivi con i residui attivi reimputati a tali esercizi eccedenti rispetto alla somma dei residui passivi reimputati e del Fondo pluriennale vincolato di entrata. Gli esercizi per i quali si è determinato il disavanzo tecnico possono essere approvati in disavanzo di competenza, per un importo non superiore al disavanzo tecnico».

17 – Sezione controllo Regione Siciliana; deliberazione 1 febbraio 2023; Pres. Pilato, Rel. La Porta; Comune di Pace del Mela e altri.

Enti locali – Conferimento di incarichi di lavoro autonomo ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 nell'ambito del Pnrr – Sottoposizione al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti – Esclusione.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 7, cc. 6 e 6-bis; l. 23 dicembre 2005, n. 266, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006), art. 1, cc. 9 e 173; d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), art. 11, c. 2.

Alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dal giudice contabile in ordine alle disposizioni relative agli atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità, gli incarichi di lavoro autonomo ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, conferiti da amministrazioni comunali in base alla legislazione in materia di Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), non soggiacciono a tale tipologia di controllo ma possono costituire oggetto del controllo successivo sulla gestione previsto in relazione alle spese per studi e incarichi di consulenza. (1)

IV. - In tema cfr. Sez. autonomie n. 31/2016, con cui è stata approvata la relazione al Parlamento su "Prime analisi sugli esiti del riaccertamento straordinario dei residui nei Comuni", in questa *Rivista*, 2016, 5-6, 98.

Cfr. anche Corte cost. n. 6/2017, con cui è stato chiarito che "il disavanzo tecnico, per il periodo intercorrente tra l'esercizio di applicazione in bilancio e quello di copertura, è un vero e proprio disavanzo. [...] In quanto eccezione al principio generale dell'equilibrio del bilancio, la disciplina del disavanzo tecnico è comunque di stretta interpretazione e deve essere circoscritta alla sola irripetibile ipotesi normativa del riaccertamento straordinario dei residui nell'ambito della prima applicazione del principio della competenza finanziaria potenziata, in ragione delle particolari contingenze che hanno caratterizzato la situazione di alcuni enti territoriali". [G. NATALI]

(1) I. - Al fine di garantire la definizione e l'attuazione degli interventi previsti dalla politica di coesione dell'Unione europea e nazionale per i cicli di programmazione 2014-2020 e 2021-2027, l'art. 1, c. 179, l. n. 178/2020 ha previsto – a decorrere dall'1 gennaio 2021 e in deroga ai vigenti vincoli assunzionali – la possibilità per alcuni soggetti pubblici (amministrazioni pubbliche che, nell'ambito degli interventi menzionati, rivestano ruoli di coordinamento nazionale, autorità di gestione, organismi intermedi, soggetti beneficiari delle regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia) di assumere, con contratto di lavoro a tempo determinato di durata corrispondente ai programmi operativi complementari e comunque non superiore a trentasei mesi, personale non dirigenziale in possesso delle correlate professionalità o di adegua-

to titolo di studio coerente con i profili da selezionare, nel limite massimo di 2.800 unità ed entro la spesa massima di 126 milioni annui per il triennio 2021-2023.

Il c. 180 dello stesso art. 1 ha rimesso a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri la ripartizione tra le amministrazioni interessate delle risorse finanziarie e del personale di cui al c. 179; tale ripartizione è stata effettuata con d.p.c.m. del 30 marzo 2021.

Successivamente, nel quadro dell'attuazione del Pnrr, il c. 2 dell'art. 11 del d.l. n. 36/2022 (aggiunto dalla legge di conversione n. 79/2022) ha inserito il c. 179-bis, a mente del quale le risorse finanziarie ripartite sulla base del citato c. 180 e non impegnate in ragione dell'insufficiente numero di idonei all'esito delle procedure svolte o della mancata accettazione della proposta di assunzione, possono essere destinate dalle predette amministrazioni alla stipula di contratti di collaborazione ai sensi dell'art. 7, cc. 6 e 6-bis, d.lgs. n. 165/2001, con soggetti in possesso di professionalità tecnica analoga a quella del personale non reclutato.

II. - In linea con l'art. 100, c. 2, Cost ("La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo"), l'art. 3 l. n. 20/1994 elenca gli atti ("non aventi forza di legge") soggetti a tale controllo; l'elenco originario è stato oggetto di alcune modifiche, tra cui quella realizzata dall'art. 17, c. 30, d.l. n. 78/2009 (convertito con modificazioni dalla l. n. 102/2009), che ha inserito la lett. f-bis ("atti e contratti di cui all'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, e successive modificazioni") e la lett. f-ter ("atti e contratti concernenti studi e consulenze di cui all'art. 1, c. 9, l. n. 266/2005"); l'art. 17, c. 30-bis, d.l. n. 78/2009 ha poi aggiunto allo stesso art. 3 il c. 1-bis, secondo cui "Per i controlli previsti dalle lett. f-bis) e f-ter) del c. 1 è competente in ogni caso la sezione centrale del controllo di legittimità".

III. - Avendo conferito, sulla base del citato art. 11, c. 2, d.l. n. 36/2022, contratti di lavoro autonomo ad esperti ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, alcune amministrazioni comunali hanno posto alla Sezione siciliana la questione dell'assoggettamento dei medesimi al controllo preventivo di legittimità ai sensi del citato art. 3, c. 1, lett. f-bis), l. n. 20/1994.

La sezione ha ricordato come, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 17, c. 30, d.l. n. 78/2009, sia sorto il dubbio in ordine al perimetro soggettivo di tale disposizione, prospettandosi un'applicazione delle nuove ipotesi di controllo preventivo di legittimità nei confronti di regioni ed enti locali; la questione è stata risolta dalla Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, che – richiamate le innovazioni introdotte con la riforma del titolo V della parte II della Costituzione (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) e, in particolare, e il venir meno dei controlli preventivi di legittimità sugli atti di regioni ed enti locali, per effetto dell'abrogazione degli artt. 125, c. 1, e 130 Cost., nonché dell'equordinazione istituzionale realizzata dal novellato art. 114 Cost. – ha ritenuto la stessa non applicabile a "Regioni ed altri enti locali territoriali, ivi comprese le relative articolazioni", sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata (Sez. centr. contr. legittimità 25 novembre 2009, n. 20/P, in questa Rivista, 2009, 6, 20).

La sezione si è conformata a tale lettura, escludendo l'assoggettamento al controllo preventivo di legittimità degli incarichi di lavoro autonomo ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, conferiti da enti locali ai sensi dell'art. 11, c. 2, d.l. n. 36/2022; nondimeno, ha ritenuto i medesimi atti oggetto del controllo sulla gestione ex art. 1, c. 173, l. n. 266/2005, che impone la trasmissione alla competente sezione della Corte dei conti, per l'esercizio del controllo successivo sulla gestione, degli atti di spesa ivi richiamati (relativi a studi e incarichi di consulenza nonché relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza) di importo superiore a 5.000 euro, posti in essere

Diritto – 1. La sezione ritiene preliminarmente di pronunciarsi sull'assoggettamento al controllo preventivo di legittimità ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. f-bis), l. 14 gennaio 1994, n. 20, dei contratti di lavoro autonomo stipulati dai comuni sopra indicati, in quanto ascrivibili alla tipologia di atti prevista dalla lett. f-bis), dell'art. 3, c. 1, l. n. 20/1994 (come introdotta dall'art. 17, c. 30, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102).

Sotto detto profilo, quindi, rilevando la sussistenza di una connessione oggettiva delle questioni sottoposte al vaglio del collegio dai comuni di Pace del Mela, Bolognetta, Belpasso e Calascibetta, ritiene di procedere con trattazione unitaria delle fattispecie.

2. A tal fine, occorre muovere dall'analisi delle norme concernenti la disciplina della funzione di controllo preventivo di legittimità, su detta tipologia di atti.

Il controllo preventivo di legittimità su atti detti atti è stato introdotto dall'art. 17, c. 30, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, il quale dispone che «All'art. 3, c. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, dopo la lett. f), sono inserite le seguenti:

“f-bis) atti e contratti di cui all'art. 7, c. 6, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni;

f-ter) atti e contratti concernenti studi e consulenze di cui all'art. 1, c. 9, l. 23 dicembre 2005, n. 266”».

Il successivo c. 30-bis del medesimo art. 17 prevede, quindi che «Dopo il comma 1 dell'art. 3 l. 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, è inserito il seguente: “1-bis. Per i controlli previsti dalle lett. f-bis) e f-ter) del comma 1 è competente in ogni caso la Sezione centrale del controllo di legittimità”».

In sostanza, il citato art. 17, c. 30, ha previsto la sottoposizione al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti di due ulteriori tipologie di atti, in aggiunta a quelle già tassativamente indicate nell'art. 3, c. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20:

1) gli atti e i contratti di conferimento di incarichi individuali, mediante “contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria” (art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001), posti in essere da pubbliche amministrazioni;

2) gli atti e i contratti concernenti incarichi di studio, consulenza e ricerca conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni (art. 1, c. 9, l. n. 266/2005).

Il successivo c. 30-bis attribuisce la competenza del controllo su detti atti, alla Sezione centrale controllo di legittimità.

Orbene, sul tema è intervenuta, già nell'immediatezza dell'entrata in vigore della novella normativa di che trattasi, la deliberazione n. 20/2009/P

dalle “pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001” (tra cui figurano espressamente gli enti territoriali). [G. NATALI]

del 12 novembre 2009 della richiamata Sezione centrale di controllo di legittimità, laddove sono analizzate *“talune questioni pregiudiziali, onde stabilire gli esatti confini della nuova materia attribuita alla funzione di controllo preventivo della Corte dei conti, sotto l’aspetto oggettivo e soggettivo”*.

La Sezione centrale, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla nuova categoria di atti sottoposti al controllo di legittimità e preso atto che *“il legislatore non si è dato carico di indicare in modo inequivoco quali soggetti avesse di mira nell’introdurre le due nuove ipotesi di controllo”* ha ritenuto di procedere con interpretazione delle nuove norme, in coerenza con il quadro costituzionale di riferimento.

Quindi, ricostruito l’assetto normativo di riferimento, la deliberazione n. 20/2009 afferma che *«una competenza statale in materia di controlli preventivi di legittimità sugli enti locali sarebbe incompatibile con la vigente Costituzione, anche ove fosse invocata la potestà legislativa concorrente in materia di “armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”, inserita nell’elenco dell’art. 117, c. 3, Cost.: ciò in quanto, in disparte la difficoltà di ritenere che gli equilibri della finanza pubblica possano dipendere in misura sostanziale dagli atti di conferimento di incarichi e consulenze, la norma in contestazione, ove intendesse sottoporre a controlli interdittivi (e non meramente collaborativi) singoli atti di regioni o enti locali, anziché limitarsi all’indicazione dell’esigenza di una verifica più rigorosa delle spese correnti per incarichi e consulenze, esorbiterebbe dalla competenza dello Stato, il quale è legittimato a porre solo i “principi fondamentali”, rimanendo nell’autonomia di regioni ed enti locali la concreta previsione degli strumenti e dei procedimenti di verifica, in applicazione dell’autonomia amministrativa riconosciuta dall’art. 118 Cost., nonché dell’autonomia finanziaria prevista dall’art. 119 Cost., che risulterebbe compromessa qualora l’intervento statale intervenisse sulle singole scelte degli enti locali, anziché limitarsi ad una disciplina di principio delle politiche di bilancio, con la fissazione di tetti generali al disavanzo od alla spesa corrente, in via transitoria ed in vista di specifici obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica (v., al riguardo, le citate sentenze della Corte cost. n. 417/2005 e n. 284/2009)”*».

In conclusione, afferma che *«una interpretazione “costituzionalmente orientata” della norma (conforme, del resto, a quanto prospettato dagli stessi rappresentanti della Presidenza del Consiglio dei ministri) porta a ritenere che la stessa non è applicabile alle regioni ed altri enti locali territoriali, ivi comprese le relative articolazioni»*.

Si evidenzia, peraltro, come riportato nel testo della delibera, che gli stessi rappresentanti della Presidenza del Consiglio dei ministri, presenti all’adunanza, avevano espresso, sul punto, l’avviso che *“sotto il profilo soggettivo, rientrano nella previsione normativa tutte le pubbliche amministrazioni, ad*

eccezione degli enti locali territoriali nelle loro varie articolazioni”.

Per quanto riguarda, poi, in particolare, la coerenza con l’assetto costituzionale, la deliberazione 20/2009/P, precisa che *«sarebbe difficilmente concepibile che il legislatore ignorasse che dopo la riforma del titolo V della Costituzione, operata con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, i controlli preventivi di legittimità sugli atti di regioni ed enti locali sono venuti meno, non solo per l’abrogazione espressa degli artt. 125, c. 1, e 130, Cost., ma anche perché il nuovo art. 114 Cost. ha posto su un piano di equiordinazione comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato, tutti – pur con le innegabili differenze – dotati di pari dignità e, dunque, non più assoggettabili a controlli “centralizzati”; a sua volta (come rilevato dalla Regione Veneto nel suo ricorso dell’1-3 ottobre 2009 alla Corte costituzionale, per la declaratoria di illegittimità dell’art 17, cc. 30 e 30-bis, d.l. n. 78/2009) “la l. 5 giugno 2003, n. 131, promulgata al fine di adeguare l’ordinamento all’intervenuta riforma del titolo V della Costituzione, ha riservato all’autonomia normativa e organizzativa di detti enti la materia dei controlli”, e gli unici controlli previsti dalla Costituzione vigente su regioni ed altri enti locali territoriali “sono quelli a carattere sostitutivo di cui all’art. 120, c. 2, Cost., con gli specifici limiti e vincoli ivi previsti, e, implicitamente, il controllo sugli “organi di governo” attribuito alla legislazione esclusiva dello Stato dall’art. 117, c. 2, lett. p), Cost.”, mentre “al di fuori di essi vige la regola dell’autonomia degli enti, anche nella ideazione del sistema dei controlli”*».

Ulteriore argomentazione a supporto dell’interpretazione costituzionalmente orientata si ritrova nell’attribuzione della competenza “in ogni caso” alla Sezione centrale. Giacché, afferma la delibera n. 20/2009 *“una volta espunti gli enti locali territoriali, la norma si sottrae ai dubbi di costituzionalità che altrimenti sarebbero stati prospettabili per contrasto con il principio di ragionevolezza, di cui all’art. 3 Cost., e con quello di buon andamento, di cui all’art. 97 della medesima carta costituzionale”*.

Conclusivamente, quindi, la Sezione centrale di controllo di legittimità, con la richiamata deliberazione n. 20/2009/P, ha affermato che l’art. 17, cc. 30 e 30-bis, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, non è applicabile nei confronti degli enti locali territoriali e delle rispettive articolazioni, dichiarando non esservi luogo a deliberare sul provvedimento [...] trasmesso per il controllo.

3. Orbene, considerato che il presupposto dell’attivazione del procedimento di controllo preventivo di legittimità nei casi in esame, come risultante dagli atti, risiede nelle indicazioni dell’Agenzia per la coesione territoriale, il collegio ritiene di trasmettere copia della presente deliberazione alla suddetta Agenzia.

4. Tanto chiarito circa la carenza di potere sull'esercizio del controllo preventivo di legittimità della sezione sui predetti contratti di lavoro autonomo, si precisa che detti atti sono comunque oggetto di controllo da parte di questa sezione in sede di controllo sulla gestione o controllo successivo ex art. 1, c. 173, l. n. 266/2005.

5. Conclusivamente, il collegio ritiene che, alla luce della normativa vigente e dell'interpretazione giurisprudenziale illustrata, i contratti di conferimento incarichi di lavoro autonomo ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 ai sensi dell'art. 11, c. 2, d.l. 30 aprile 2022, n. 36 convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr). Profilo Junior", da parte delle amministrazioni comunali, non siano sottoposti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti.

P.q.m., la Sezione di controllo per la Regione Siciliana accerta il difetto di attribuzione della funzione di controllo sui contratti aventi ad oggetto il conferimento incarichi di lavoro autonomo ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 ai sensi dell'art. 11, c. 2, d.l. 30 aprile 2022, n. 36 convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr). Profilo Junior", da parte delle amministrazioni comunali; accerta che detti atti sono comunque oggetto di controllo da parte di questa sezione in sede di controllo sulla gestione o controllo successivo ex art. 1, c. 173, l. n. 266/2005.

* * *

Veneto

12 – Sezione controllo Regione Veneto; deliberazione 30 gennaio 2023; Pres. Locci; Rel. Locci, Brandolini; Università Cà Foscari di Venezia.

Università – Atto deliberativo di costituzione di una società – Parere della Corte dei conti – Presupposti di legge.

D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 180; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 5; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

Non sussistono motivi ostativi alla costituzione, da parte di un'università, di una società funzionale alla realizzazione di un progetto d'investimento del Pnrr, attesa la conformità della stessa ai vincoli tipologici (società a responsabilità limitata) e di scopo (nella specie, realizzazione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 d.lgs. n. 50/2016) previsti nel Tusp, e considerato che l'atto deliberativo adottato dalla stessa università fornisce un'adeguata motivazione circa la

sostenibilità finanziaria e la convenienza economica dell'iniziativa, attraverso un analitico piano finanziario e un business plan. (1)

Fatto – (Omissis) il Direttore generale dell'Università Cà Foscari di Venezia ha trasmesso la deliberazione del Consiglio di amministrazione dell'Ateneo n. 177 del 30 novembre 2022 di costituzione ex art. 7 del Tusp della Società a responsabilità limitata "Future Farming Initiative s.r.l." (in seguito "F.F.I. s.r.l.") per il prescritto parere di cui all'art. 5 dello stesso Tusp, come novellato nei cc. 3 e 4 dall'art. 11, c. 1, lett. a), l. 5 agosto 2022, n. 118.

Diritto – (Omissis)

1.1. Osservanza delle regole sulla competenza e sul contenuto motivazionale (art. 7 Tusp)

In ipotesi di costituzione di società a partecipazione pubblica, l'art. 7 Tusp impone che la deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società sia adottata con delibera dell'organo amministrativo dell'ente (c. 1, lett. d) laddove non si versi in ipotesi di partecipazioni statali, regionali o comunali. La norma stabilisce anche i termini di redazione in relazione agli oneri motivazionali ed agli elementi essenziali.

(1) I. - La massima si riferisce ad una pronuncia resa dalla Sezione Veneto nell'ambito del nuovo controllo assegnato alla Corte dei conti dall'art. 11 della l. n. 118/2022, che ha modificato l'art. 5, cc. 3 e 4, del t.u. in materia di società a partecipazione pubblica (Tusp). In base al nuovo quadro normativo, gli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, da parte di una pubblica amministrazione, devono essere trasmessi, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti; diversamente dal testo precedente alla modifica, che qualificava l'invio alla magistratura contabile ai soli fini conoscitivi, la novella legislativa dispone che la Corte dei conti delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto ai vincoli normativi in materia, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni.

II. - Nella pronuncia si fa applicazione dei principi di diritto stabiliti dalle Sezioni riunite della Corte dei conti, in merito alle modalità di esercizio della nuova funzione, in particolare con riferimento agli aspetti legati alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell'iniziativa imprenditoriale, da valutarsi alla stregua di parametri di carattere aziendalistico. Sul punto v. Corte conti, Sez. riun. contr., 3 novembre 2022, n. 16, in questa *Rivista*, 2022, 6, 85, con nota di P. Cosa. In linea con le modalità di esercizio del controllo sugli atti di acquisto o costituzione societaria v. Corte conti, Sez. contr. reg Toscana, 25 novembre 2022, n. 222, *ibidem*, 126, con nota di F. Izzo. [A.M. QUAGLINI]

Nel caso sottoposto ad esame, l'acquisto della partecipazione risulta autorizzato da una specifica delibera del consiglio di amministrazione dell'Ateneo che ne ha disciplinato tutti gli aspetti, conferendo anche tutte le necessarie autorizzazioni, in conformità a quanto prescritto dall'avviso del Mur n. 3265 del 28 dicembre 2021 per la concessione di finanziamenti destinati alla realizzazione o ammodernamento di Infrastrutture tecnologiche di innovazione.

L'atto deliberativo contiene altresì le motivazioni in relazione alle necessità che hanno determinato l'ente alla costituzione della NewCo denominata "*Future Farming Initiative a responsabilità limitata*" e, inoltre, la delibera e lo statuto rispondono alle disposizioni contenute nel codice civile in tema di società a responsabilità limitata.

Come rappresentato in parte narrativa, si ricorda che l'FF-ITI sarà gestito da un partenariato pubblico privato istituzionalizzato, il soggetto giuridico sarà una società a responsabilità limitata (s.r.l.) tra l'Università Ca' Foscari di Venezia e partner privati da selezionare. Questi ultimi forniranno direttamente una quota del 51 per cento dei fondi necessari per avviare l'FF-ITI, mentre l'università fornirà il restante 49 per cento. Anche se il socio pubblico iniziale dell'FF-ITI s.r.l. è l'Università Ca' Foscari di Venezia, emerge dagli atti la volontà di coinvolgere, tre anni dopo l'avvio del progetto, altre università pubbliche per garantire la sostenibilità a lungo termine dell'FF-ITI. Nello specifico, si tratta di sei università pubbliche situate nel nord-est d'Italia che hanno già firmato una dichiarazione di impegno a partecipare all'iniziativa.

Quanto, poi, alle ragioni e le finalità che giustificano la forma giuridica prescelta della società (s.r.l.), le stesse, come affermato nella deliberazione del c.d.a., sono legate al fatto che: "*i) in considerazione della necessità di limitare il numero di soggetti privati, la s.r.l. meglio rappresenta, rispetto ad altre tipologie societarie, l'esigenza di snellezza e la garanzia della riduzione dei costi di funzionamento; ii) il funzionamento è regolato in modo dettagliato dal codice civile (norme in materia di società); iii) la s.r.l. offre le garanzie tipiche di una società di capitale; in particolare i soci non corrono particolari rischi di natura patrimoniale, essendo le eventuali perdite limitate alla quota detenuta; iv) trattandosi di un ente in forma societaria, è dotato di tutti gli strumenti per la gestione di rilevanti attività e progetti e conseguentemente di risorse economiche di rilevante entità*".

La disposizione normativa, pertanto, appare rispettata.

1.2. Rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 Tusp) e finalistici (art. 4 Tusp)

Quanto al requisito dell'analitica motivazione di cui all'art. 5, c. 1, Tusp, richiamato dall'art. 7, c. 2, del medesimo Tusp, va osservato che l'atto deliberativo in esame espone le ragioni che sorreggono la scelta di costituzione della NewCo F.F.I. s.r.l. con riferimento

ai vari parametri imposti dal legislatore, più in dettaglio analizzati nei successivi paragrafi.

Con riferimento specifico al duplice vincolo finalistico, prescritto dall'art. 4, ovvero quello generale di scopo, di cui al c. 1, consistente nella produzione di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali e quello di attività, dovendo la società operare in uno dei campi elencati dai successivi commi del medesimo art. 4, l'atto deliberativo specifica che la costituzione della società rientra sotto la "*fattispecie della realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 del d.lgs. n. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'art. 17, cc. 1 e 2*" e che all'attualità è lo stesso legislatore ad aver ricondotto le attività di ricerca svolte dalle società a partecipazione pubblica e dagli enti pubblici di ricerca (individuati dall'art. 1, c. 1, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 218, per la realizzazione degli interventi compresi nel quadro di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza) tra quelle perseguibili dalle amministrazioni pubbliche ai sensi del menzionato art. 4, c. 2, Tusp. In proposito viene richiamato l'art. 4-bis successivo.

Inoltre, la NewCo F.F.I. s.r.l. ha natura di società a responsabilità limitata, pertanto, rientra nel perimetro dei tipi societari consentiti alle pubbliche amministrazioni. Al riguardo, l'art. 3 Tusp dispone che queste ultime "*possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa*".

Dalla lettura dello schema dello Statuto societario, poi, emerge (punti 1 e 2 dell'art. 3) che "*In conformità a quanto previsto dall'art. 4-bis e dall'art. 4, c. 2, d.lgs. n. 175/2016, nonché dell'art. 4, c. 2, dell'Avviso, dell'art. 1, c. 4, del decreto di concessione dell'agevolazione e dell'art. 2, c. 4, del Disciplinare – allegato 2 al Decreto di concessione dell'agevolazione, la Società ha per oggetto la realizzazione e la gestione dell'Infrastruttura tecnologica di Innovazione distribuita prevista dal Progetto (FF-ITI), nel rispetto di quanto stabilito dalla normativa in materia di implementazione*

degli interventi compresi nel quadro di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, dall'Avviso, dal decreto di concessione dell'agevolazione e dai relativi allegati.

In raccordo con quanto previsto dal comma precedente, la società assume ad oggetto la ricerca applicata e lo sviluppo industriale, il trasferimento tecnologico, la creazione e l'accelerazione di StartUp, l'educazione e la formazione nell'intersezione tra gli ambiti disciplinari riconducibili al nature co-design e alla controlled environmental agriculture. Gli organismi coltivati sono principalmente riconducibili alle seguenti forme di vita: virus, batteri, alghe, funghi, insetti. Gli ambiti operativi sono principalmente riconducibili ai settori: agro-alimentare, wellness, bio-

pharma, biomateriali, sostenibilità ambientale e architetture. Le ricerche potranno essere svolte anche sulla base di incarichi e finanziamenti da parte di soggetti esterni, alle quali potranno partecipare, laureandi, dottorandi, borsisti e assegnisti di ricerca e ricercatori universitari. Per il raggiungimento dell'oggetto sociale, la società può svolgere attività strumentali e correlate allo stesso" (punto 2).

Ne consegue che entrambi i requisiti appaiono soddisfatti.

Tuttavia, una specifica osservazione deve essere espressa in relazione alla durata della Società in questione, fissata al 31 dicembre 2037, salvo diverso termine conseguente a determinazioni ministeriali (art. 4 Schema statuto societario), la cui previsione non risulta motivata, né nella delibera trasmessa, né nei relativi allegati, salvo considerare il “Documento introduttivo alla documentazione di gara per la selezione di un partner privato per la realizzazione del Progetto Future Farming ITI-FF” in cui, come si legge nel paragrafo introduttivo, sono riportate “alcune informazioni che dovrebbero aiutare nel comprendere sia il piano di realizzazione che durerà 3 anni sia il piano futuro che guiderà la gestione dell'infrastruttura per almeno 15 anni dopo il completamento della sua realizzazione”. Dette informazioni, tuttavia, si riferiscono, sostanzialmente, al fatto che l'avviso pubblico per la concessione di finanziamenti destinati alla realizzazione o ammodernamento di Infrastrutture tecnologiche di innovazione, richiede anche la presentazione di un profilo di sostenibilità a lungo termine, per un periodo di almeno 15 anni, con un dettaglio dei ricavi connessi alla gestione dell'Infrastruttura, al fine di valutarne il profilo di redditività. In particolare, viene evidenziato che “Nel Progetto Future Farming è stato impostato un doppio canale di redditività uno legato alla normale gestione dell'infrastruttura che offre sul mercato le proprie strutture di ricerca che possono essere affittate, e una seconda fonte di redditività legata alla creazione, sviluppo e vendita di start-up tecnologiche. [...] La parte invece relativa alle start-up [...] inizierà a dare i primi ritorni economici dopo 4 anni dall'inizio dell'attività di gestione. [...] Il business plan o profilo di sostenibilità è stato quindi realizzato a partire dall'anno 2026 primo anno pieno di gestione dopo il completamento della realizzazione dell'infrastruttura, fino ad arrivare al 2040, per un totale di 15 anni”.

Si osserva, in proposito, che la proposta progettuale ammessa ad agevolazione, nella forma del contributo alla spesa per un importo complessivo di euro 9.922.647 (valore totale del progetto: euro 20.250.300), prevede una durata del progetto di tre anni, come confermato dai dati di sintesi del documento “Proposta definitiva in esito alla fase negoziale per l'accesso alle agevolazioni previste dall'Avviso per la concessione di finanziamenti destinati alla realizzazione o ammodernamento di Infrastrutture Tecnologiche di Innovazione, da finanziare nell'ambito del Pnrr – Progetto identificato con il codice IAD2200A – FF-ITT” e che, anche considerando le motivazioni

rappresentate nel citato Documento per la parte relativa alle start-up, non si spiega comunque la durata della Società in questione, fissata al 31 dicembre 2037.

Lo schema di Statuto prevede, comunque, che la “società può sciogliersi anche anticipatamente per deliberazione dell'assemblea dei soci, con il voto favorevole dell'università, o per il verificarsi di una delle altre cause previste dalla normativa pro tempore vigente”. Prevede, altresì, che “in ogni caso, lo scioglimento della Società non può essere deliberato prima del termine minimo di gestione dell'Infrastruttura tecnologica di Innovazione (FF-ITI) stabilito dal Progetto, in conformità a quanto previsto dall'Avviso”.

Si richiama, sul punto, la deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo di questa Corte n. 26/2022/Pasp che, in un caso analogo, hanno rilevato che “la scelta negoziale adottata non appare coerente con le finalità perseguite, consistenti in attività strumentali al progetto rientrante nel Pnrr, che, in base alla disciplina attualmente vigente, di derivazione europea, dovranno esaurirsi nel 2026. [...] La stretta connessione tra l'oggetto sociale e la realizzazione del progetto del Pnrr porta a ritenere che, con l'ultimazione delle attività legate a quest'ultimo, la società dovrà sciogliersi anticipatamente per conseguimento dell'oggetto sociale (art. 2484, n. 1, c.c.), in aderenza, peraltro, ai vincoli di stretta inerenza alla missione istituzionale degli enti soci, prescritti dall'art. 4 del Tusp e richiamati dall'art. 20, in sede di approvazione degli annuali piani di revisione, quale parametro per il legittimo mantenimento delle partecipazioni”.

1.3. L'onere di motivazione circa la sostenibilità finanziaria (art. 5, c. 1, Tusp)

In merito al parametro della “sostenibilità finanziaria” le Sezioni riunite (delib. n. 16/2022) hanno avuto modo di precisare che tale concetto “assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato”.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e per un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. A tal fine, nella richiamata pronuncia, le Sezioni riunite hanno sottolineato la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia suffragato dallo sviluppo di un pertinente business plan (o di forme analoghe di analisi di fattibilità corredato da note esplicative e indicatori di bilancio) che deve soddisfare i requisiti di affidabilità, sotto il profilo dei dati utilizzati e del metodo di elaborazione usato, e dell'attendibilità, sotto il profilo della coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle

conclusioni che l'amministrazione trae in merito alla sostenibilità finanziaria dell'operazione.

Sotto il profilo soggettivo, invece, si riferisce alla sostenibilità dell'operazione con riguardo alla situazione finanziaria specifica dell'amministrazione precedente e deve dare conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio. In altri termini, devono essere verificati la copertura delle spese legate all'investimento societario a carico del bilancio dell'amministrazione precedente, e il rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio, anche in chiave prospettica.

Fermo restando ciò, sotto il profilo della sostenibilità finanziaria, la verifica deve avere ad oggetto il piano finanziario sviluppato dall'amministrazione, valutandone la completezza (desumibile dall'istruttoria condotta dall'amministrazione, che deve contenere tutti gli elementi informativi per la comprensione dell'operazione) e l'adeguatezza di approfondimento, il cui parametro deve essere valutato in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell'operazione societaria deliberata.

Nell'atto deliberativo l'Università Cà Foscari richiama i due piani economico finanziari a 3 e 15 anni, alla stessa allegati, rappresentando che:

“la costituzione della società comporterà per l'Ateneo un esborso di euro 9.922.647 così declinati:

all'atto della costituzione, Ca' Foscari conferirà il 49 per cento del capitale sociale, pari ad euro 992.265 ovvero il totale dell'anticipo ministeriale (già richiesto nel mese di agosto 2022, in attesa di erogazione) che verrà iscritto a titolo di partecipazione finanziaria;

nel periodo del progetto, l'Ateneo si impegnerà a versare, mediante finanziamento soci, tutte le erogazioni che perverranno dal Mur, al netto delle quote trattenute per costi gestiti direttamente dall'Ateneo, a reintegro di quanto speso e rendicontato da parte della società Future Farming Initiative s.r.l. per la realizzazione del progetto e nei limiti di quanto previsto dal progetto stesso in termini di spese; a tale fine tra gli impegni della Newco è prevista la pronta trasmissione dei giustificativi di spesa all'Ateneo per la trasmissione al ministero. Il piano finanziario evidenzia come il socio pubblico e il socio privato dovranno garantire, data la strutturazione dei flussi di cassa previsti dal Pnrr, degli anticipi di cassa al fine di poter garantire la realizzazione dell'infrastruttura. Tali anticipi saranno recuperati, come evidenziato dal piano finanziario stesso, a valere sui flussi di cassa ministeriali a seguito di rendicontazione, anche in corso di progetto”.

Contestualmente l'Ateneo evidenzia che *“La situazione di liquidità dell'Ateneo (come evidenziato dall'allegato 9 – rendiconto finanziario 2021) è tale da dimostrare la capacità dell'Ateneo di far fronte agli impegni previsti dal piano finanziario del progetto”.*

Come già rappresentato in parte narrativa, l'Organo di revisione ha ritenuto congrue le motiva-

zioni addotte dall'Ateneo ma ha evidenziato la necessità di *“più adeguate esplicitazioni al fine di corredare il progetto di fattibilità economico-finanziaria con analisi o proiezioni concernenti le spese di funzionamento e la redditività della società con indicazione, in chiave anche pluriennale, di precise linee di azione e di specifici obiettivi da conseguire sia sul versante dei costi e dei ricavi sia in termini di servizi da erogare”.*

Dall'analisi della deliberazione e della documentazione trasmessa è emerso quanto di seguito.

1) La proposta progettuale definitiva in esito alla fase negoziale per l'accesso alle agevolazioni previste dall'Avviso per la concessione di finanziamenti espone i costi complessivi del progetto e la loro articolazione dettagliata per categorie, ivi compresi i costi indiretti; reca un piano di bilancio sintetico a cui fa seguito il Piano di bilancio dettagliato; viene riportata la sintesi dei costi e dei ricavi variabili previsti in 15 anni; vengono esposti i costi operativi, intesi come somma dei costi di laboratorio e dei costi del personale (tecnico e di gestione), che risultano essere pari al 5,0 per cento dei costi di costruzione/attuazione (euro 1.011.451/20.250.300), le tempistiche, i risultati attesi dell'intervento sia in termini di obiettivo che di ambito dell'innovazione nonché il profilo di sostenibilità a lungo termine con esposizione della stima dei ricavi.

2) Il Piano finanziario riporta nel dettaglio tutte le operazioni di finanziamento, di spesa e di rendicontazione seguendo il piano di realizzazione dell'infrastruttura e reca tre proiezioni (Piano finanziario semplificato, Piano finanziario con finanziamento in natura, Piano finanziario complessivo) le quali a fronte degli stessi risultati finali riportano, si legge in atti, *“dettagli incrementali sia per quanto riguarda le modalità di finanziamento che per quanto riguarda i costi di gestione, che non sono di pertinenza del decreto che riguardano esclusivamente il partner privato. Nel secondo piano è riportata la modalità mista di finanziamento che potrà utilizzare il partner privato per raggiungere la propria quota di finanziamento. Questa modalità di finanziamento prevede una modalità mista tra conferimenti in denaro e conferimenti in natura. Il piano ne disciplina i valori massimi e le tempistiche entro cui queste devono e possono essere effettuate. Il terzo piano aggiunge ai dati riportati nel secondo anche le previsioni di spesa per la gestione dell'infrastruttura durante il periodo di realizzazione che saranno a completo carico del partner privato”.* I Piani espongono in apposite sezioni, i costi da sopportare, i finanziamenti che verranno dati alla Società pubblico-privata affinché possa sostenere le spese previste dal piano di realizzazione dell'infrastruttura, e la verifica della sostenibilità del flusso finanziario che deve garantire la piena operatività della società ed il corretto raggiungimento degli obiettivi realizzativi di progetto nei modi e nei tempi previsti.

3) Il *business plan* è analitico ed espone sia i profili di sostenibilità a breve (3 anni) che a lungo periodo (15 anni), con il dettaglio dei ricavi connessi alla ge-

stione dell'Infrastruttura al fine di valutarne il profilo di redditività. Sono inseriti anche i costi relativi agli accantonamenti annuali per far fronte alle attività di rinnovamento e adeguamento scientifico del parco attrezzature, che compongono i vari laboratori in cui è suddivisa l'infrastruttura. Vengono dettagliate le modalità di calcolo, sia nel breve che nel lungo periodo, e sulla base delle proiezioni effettuate viene individuato il 2035 quale anno di gestione in cui sarà possibile ottenere il completo ritorno dell'investimento iniziale dell'infrastruttura pari ad euro 20.250.300.

4) È presente anche il prospetto espositivo della matrice dei rischi in cui sono enucleati: a) i possibili rischi, la percentuale di probabilità del loro verificarsi e dei conseguenti effetti nonché dell'allocazione del rischio stesso (privato/pubblico); b) la gestione del rischio di domanda, ossia del rischio legato ai diversi volumi di domanda che il Ppi deve soddisfare (rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa).

Va osservato, tuttavia, che le analisi approfondite e dettagliate e le proiezioni economico-finanziarie del *business plan* non sono del tutto esaustive in quanto mancano gli indicatori di bilancio, utili per le valutazioni sui principali aspetti gestionali, mentre all'analisi dei rischi non si accompagna, a completamento, anche una "analisi di sensitività" utile a definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni.

Tali carenze, tuttavia, non influiscono sulla congruità delle motivazioni addotte, stante l'analiticità del *business plan* e delle proiezioni ivi riportate. Tra l'altro, come già rappresentato, il Piano finanziario è suddiviso in tre sezioni di cui una (l'ultima), denominata "Sezione cassa" espone il flusso finanziario a cascata durante l'intero attraversamento del progetto di realizzazione, che dimostra l'effettiva sostenibilità del piano di finanziamento per la realizzazione dell'infrastruttura, secondo quanto stabilito dal decreto di concessione.

Quanto alla sostenibilità finanziaria sotto il profilo soggettivo, l'università evidenzia che la situazione di liquidità dell'Ateneo, quale confermata dai risultati esposti nel rendiconto, è tale da dimostrarne la capacità di far fronte agli impegni previsti dal piano finanziario del progetto (come confermato anche dal collegio dei revisori dei conti).

Sebbene non versato in atto, è stato comunque possibile reperire il documento contabile sul sito istituzionale dell'Ateneo alla sezione "amministrazione trasparente".

Fermo restando le indicate carenze motivazionali, la documentazione esaminata appare comunque idonea a suffragare, in modo ragionevole, il giudizio di sostenibilità finanziaria dell'investimento, consentendo di ricostruire il percorso di stima effettuato.

1.4. L'adempimento dell'onere di motivazione circa la convenienza economica e la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità (art. 5, cc. 1 e 3, Tusp).

L'art. 5, cc. 1 e 3, Tusp impone l'onere di motivazione circa la convenienza economica e di compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Anche in merito a tali profili valutativi, come trasparente da quanto già rappresentato in narrativa, l'obbligo motivazionale richiesto dalla norma può ritenersi assolto.

Infatti, pur nella precisazione che alla valutazione di interventi che si collocano nell'orizzonte dell'attività di ricerca e di valorizzazione di risultati della ricerca scientifico-tecnologica, e in particolare per la tipologia di progetto nell'ambito del Pnrr di cui si discute, mal si concilia una valutazione della convenienza economica in termini di logica di profitto effettuata sulla base di un mero calcolo comparativo tra costi e benefici attesi, nell'atto deliberativo all'esame è stato dato conto della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione, del corretto utilizzo delle risorse e delle risultanze del confronto con altre soluzioni gestionali (diretta o esternalizzata). La deliberazione evidenzia anche che attraverso la costituzione della società, l'Ateneo potrà attingere al finanziamento reso disponibile a tale scopo dal più volte menzionato Avviso n. 3265 del 28 dicembre 2021, senza l'assunzione dei possibili rischi, soprattutto temporali, di un Ppp contrattualizzato. Il progetto, del valore totale di euro 20.250.300, vede l'impegno dell'Ateneo per euro 9.922.647, interamente finanziato dal Pnrr, poiché i restanti euro 10.327.653 risultano a carico del socio privato, cui viene attribuito anche il pagamento dei costi di gestione, quantificabili (nel valore massimo) in euro 3.000.000.

1.5. *Compatibilità dell'intervento con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese (art. 5, c. 2, Tusp)*

Al riguardo, la Sezione prende atto di quanto attestato nella motivazione dell'atto deliberativo, nel quale si precisa che l'Avviso n. 3265 del 28 dicembre 2021 è esso stesso fonte di derivazione comunitaria, in quanto emanato in attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), finanziato dall'Unione europea, e contiene puntuali norme dirette a garantire il rispetto della normativa europea di che trattasi in sede di realizzazione delle specifiche attività attraverso le quali il soggetto attuatore è chiamato a realizzare il proprio scopo sociale.

P.q.m., la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, valutata la conformità dell'atto deliberativo in epigrafe ai parametri di cui all'art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016, con le osservazioni di cui in parte motiva, non ravvisa elementi ostativi alla costituzione della Società denominata "*Future Farming Initiative a responsabilità limitata*" da parte dell'Università Cà Foscari di Venezia.

PARERI

Basilicata

15 – Sezione controllo Regione Basilicata; parere 7 febbraio 2023; Pres. e Rel. Tagliamonte; Comune di Bernalda.

Contabilità regionale e degli enti locali – Comune – Immobile di proprietà comunale – Possibilità di costituire gratuitamente un diritto reale a favore di altra amministrazione – Condizioni.

C.c., artt. 822-831; r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato; l. 30 dicembre 2004, n. 311, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005), art. 1, c. 439.

Stante l'assenza di norme contemplanti o escludenti la possibilità di disporre gratuitamente di un immobile del patrimonio comunale in favore di altra amministrazione, è rimessa al prudente (e congruamente motivato) apprezzamento dell'ente locale interessato la scelta in ordine alle modalità di gestione dei propri beni, nel rispetto del pertinente regime giuridico e in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico. (1)

(1) La Sezione lucana è stata investita della questione relativa alla possibilità per un comune di costituire gratuitamente un diritto di superficie su un immobile di sua proprietà in favore di altra pubblica amministrazione (Guardia di finanza), in vista della realizzazione di un'opera pubblica (costruzione di una nuova caserma).

La fattispecie, già affrontata di recente dalla stessa sezione sotto il profilo della possibilità della donazione modale (Sez. contr. reg. Basilicata, 29 novembre 2022, n. 59/Par, in questa *Rivista*, 2022, 6, 131, con nota di G. Natali), non trova espressa codificazione nell'ordinamento giuspubblicistico, non essendo rinvenibili norme che espressamente consentano o vietino agli enti pubblici di adottare atti di liberalità in favore di altri soggetti, pubblici o privati.

Secondo la deliberazione, il principio risalente affermato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione ("Gli enti pubblici per i loro fini istituzionali sono incapaci di porre in essere atti di donazione e di liberalità che non costituiscono mezzi per l'attuazione di detti fini": Cass., Sez. I, 7 dicembre 1970, n. 2589) – perfettamente compatibile con la previsione di legge (art. 1, c. 439, legge finanziaria 2005) secondo cui "Le Regioni e gli enti locali di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, possono concedere alle amministrazioni dello Stato, per le finalità istituzionali di queste ultime, l'uso gratuito di immobili di loro proprietà" – implica che debba essere rimessa al prudente apprezzamento dell'ente locale la scelta gestionale ritenuta in concreto più idonea a perseguire la migliore e corretta gestione del proprio patrimonio e il soddisfacimento dell'interesse pubblico, anche in relazione alla necessità di dare attuazione al principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.).

In linea con precedenti pronunce delle sezioni regionali di controllo (Sez. contr. reg. Lombardia, 8 maggio 2019, n. 164/Par, *ivi*, 2019, 3, 163, con nota di A. Luberti, *La complessa questione dell'ammissibilità di atti a titolo gratuito (e liberale) da parte degli enti pubblici*; Sez. contr. reg. Piemonte 31 gen-

Fatto – Con la nota in epigrafe richiamata, il sindaco p.t. del Comune di Bernalda richiedeva a questa sezione un parere (articolato in due quesiti) *ex art. 7, c. 8, l. n. 131/2003*, in ordine alla possibilità, alla luce dei principi in materia di gestione del patrimonio immobiliare delle pubbliche amministrazioni, della costituzione, a titolo gratuito, del diritto di superficie o di altro diritto reale di godimento su un immobile di una p.a., in favore di altra p.a., e se i suddetti principi gestionali del patrimonio immobiliare pubblico siano contemperati dal principio della c.d. finanza pubblica allargata in caso di trasferimento, sempre a titolo gratuito, del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento in favore di altra pubblica amministrazione.

Considerato in diritto – Occorre preliminarmente scrutinare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità soggettiva ed oggettiva necessarie per l'esercizio della funzione consultiva di questa sezione di controllo, a norma dell'art. 7, c. 8, l. 5 giugno 2003, n. 131, il quale prevede che: "Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma, tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane". Il requisito di ammissibilità soggettiva postula la verifica della sussistenza di una doppia legittimazione: l'una di carattere esterno, relativa alla riconducibilità del richiedente tra gli enti legittimati a proporre l'istanza così come individuati dal medesimo art. 7, c. 8, l. n. 131/2003 (elencazione da ritenersi tassativa in quanto riproduttiva di quella contenuta nell'art. 114 Cost. di cui il predetto art. 7, c. 8, costituisce attuazione) e l'altra interna, volta ad accertare il possesso in capo al soggetto che sottoscrive la richiesta di parere, del potere di rappresentanza nei rapporti con la Corte dei conti (cfr., nel medesimo senso, Corte conti, Sez. Autonomie, delib. n. 1/2021/Qmig; Sez. contr. reg. Lombardia, delib. n. 9/2022/Par e n. 26/2022/Par).

Dal punto di vista della c.d. "legittimazione soggettiva esterna" la richiesta è ammissibile, in quanto proviene da un comune, come tale incluso nel perime-

naio 2020, n. 16/Par, *ivi*, 2020, 1, 194), il collegio ha concluso che "in assenza di puntuali prescrizioni normative che consentano, o impediscano, la possibilità di disporre gratuitamente di un immobile del patrimonio comunale in favore di altra amministrazione pubblica, la scelta gestionale che il comune sarà chiamato ad adottare, in funzione di coerente espressione della discrezionalità amministrativa, dovrà essere confortata e sorretta da adeguata e congrua motivazione intesa a privilegiare e salvaguardare il perseguimento di finalità di interesse collettivo, oggetto di tutela dell'ente, anche sotto il profilo della sicurezza e della legalità, sì da escludere ogni timore di negligente e non consentito depauperamento". [G. NATALI]

tro dei soggetti giuridici indicati dalla disposizione citata.

Anche in ordine alla c.d. “legittimazione soggettiva interna”, che riguarda il potere di rappresentanza del soggetto che agisce in nome e per conto dell’ente nella richiesta di parere, non si ravvisano ostacoli di sorta, in quanto l’istanza è sottoscritta dal Sindaco del Comune di Bernalda (MT), che, ai sensi dell’art. 50, comma 2, Tuel, è l’organo rappresentativo dell’ente ed in quanto tale legittimato a manifestarne all’esterno la volontà.

(*Omissis*) il collegio reputa la richiesta di parere ammissibile anche sotto il profilo oggettivo, in quanto ricondotta nei termini costituiti dall’interpretazione, in via generale ed astratta, della normativa concernente la gestione e la valorizzazione del patrimonio immobiliare comunale.

Il collegio ritiene, infatti, che i quesiti formulati dall’ente possano essere presi in considerazione nei limiti in cui siano volti ad ottenere indicazioni di principio in merito alla disciplina da applicare nella gestione del patrimonio pubblico e in vista della realizzazione di un interesse pubblico. Pertanto, la Sezione si limiterà ad affrontare la questione relativa all’interpretazione della normativa senza alcuna valutazione della specifica situazione del comune istante e dunque senza alcuna ingerenza nella concreta attività gestoria.

Merito – La richiesta in esame rappresenta in chiave problematica, da cui la sollecitazione di parere, la possibilità di costituire gratuitamente il diritto di superficie su un immobile di proprietà comunale in favore della Guardia di finanza, al fine di consentire la costruzione di una nuova caserma.

Il sindaco istante specifica, in proposito, che: «1) Nell’anno 2015 (prot. n. 2015/10115 Agenzia del demanio, Direzione regionale Puglia e Basilicata del 6 maggio 2015) il Comune di Bernalda, in attuazione della normativa sul c.d. federalismo demaniale, acquisiva al proprio patrimonio un compendio immobiliare, ubicato nella frazione di Metaponto, composto da un fabbricato e annesse aree pertinenziali, già destinato a sede di una scuola e rimasto in stato di abbandono a seguito della soppressione dell’istituto scolastico.

2) All’esito dell’acquisizione al proprio patrimonio, questo comune ha provveduto ad una parziale valorizzazione del compendio immobiliare, realizzando, nelle aree pertinenziali del fabbricato, un campo di calcio in erba sintetica sino ad oggi utilizzato dalla comunità della frazione di Metaponto.

Non è stato, invece, possibile eseguire alcun intervento per la valorizzazione del fabbricato, stante le difficoltà connesse al reperimento delle necessarie risorse finanziarie, tenendo presente che il fabbricato è vetusto ed in stato di abbandono, al punto da richiedere una provvista finanziaria cospicua.

3) Si rimarca che sussistono vari elementi ostativi alla collocazione dell’immobile sul mercato e, quindi,

alla possibilità che la compravendita dell’immobile costituisca una fonte di entrata per questo comune.

Il primo elemento ostativo è rappresentato dalla destinazione urbanistica dell’immobile, che, secondo la strumentazione urbanistica, è quella di “attrezzature sociali” ovvero una destinazione che, di fatto, esclude in radice una potenzialità di sfruttamento economico tale da sollecitare l’interesse del mercato.

Il secondo elemento è rappresentato dalle oggettive condizioni in cui versa, in generale, il mercato immobiliare del Borgo di Metaponto che ha fatto registrare negli ultimi anni la progressiva riduzione del numero di compravendite e dei relativi prezzi, mostrando una scarsa capacità di attrarre investimenti in tutti i settori (residenziale, produttivo, terziario, servizi, ecc.).

Nel contempo questo comune deve farsi carico delle spese connesse alla manutenzione ordinaria e straordinaria del fabbricato, sia a tutela della pubblica e privata incolumità, sia al fine di evitare il progressivo abbattimento del relativo valore.

4) Di recente, il locale Comando della Guardia di finanza ha manifestato l’interesse ad acquisire il predetto compendio immobiliare a titolo gratuito ai fini della realizzazione di una nuova caserma, in sostituzione di quella già esistente nella frazione di Metaponto, con un investimento di vari milioni di euro.

In via preliminare è stata valutata la possibilità di ritrasferire la proprietà degli immobili al demanio statale, possibilità che, tuttavia, è stata ritenuta non praticabile dalla competente Agenzia del demanio.

In alternativa è stata, quindi, valutata la possibilità di costituire, a favore della Guardia di finanza, un diritto di superficie, con riserva della nuda proprietà in capo a questo comune, per un periodo di tempo tale da consentire l’ammortamento dell’investimento richiesto per la realizzazione della nuova caserma.

5) In relazione al venir meno della disponibilità del compendio immobiliare da parte di questo comune, è stato valutato:

- che il compendio immobiliare resterebbe di fatto utilizzabile solo per il campo di calcio, dovendo escludersi, per le ragioni già sopra esplicitate, che anche in futuro si possa procedere ad una valorizzazione del fabbricato;

- che la frazione di Metaponto dispone di altri impianti sportivi prossimi a quello compreso nel compendio immobiliare.

A fronte, invece, della gratuità della costituzione del diritto di superficie in favore della Guardia di finanza, questo comune ha valutato:

- che ad oggi questo comune deve farsi carico delle spese connesse alla manutenzione ordinaria e straordinaria del fabbricato, stante l’esigenza di tutela della pubblica e privata incolumità e, nel contempo, al fine di evitare il progressivo abbattimento del relativo valore;

- che la costituzione del diritto di superficie sul compendio immobiliare a favore della Guardia di fi-

nanza garantirebbe maggiori entrate a titolo di imposte e tasse comunali, oltre che a titolo di oneri di urbanizzazione e/o di costruzione;

- che la realizzazione della nuova caserma della Guardia di finanza costituirebbe, sia pure in via indiretta, una forma di valorizzazione del compendio immobiliare a costo zero per questo comune, liberando, nel contempo, questo comune dalle spese di manutenzione necessarie alla conservazione in sicurezza del fabbricato;

- che la nuova caserma, dal momento che ospiterebbe numerose famiglie di militari, contribuirebbe a creare un indotto economico positivo per la comunità della frazione di Metaponto;

- che il rafforzamento del presidio della Guardia di finanza aumenterebbe il livello di sicurezza nel contesto di riferimento, anche in termini di prevenzione, valori, questi, costituzionalmente rilevanti».

Come già precisato in punto di fatto, la richiesta di parere conclude sollecitando la sezione ad esprimersi “se, alla luce dei principi in materia di gestione del patrimonio immobiliare delle pubbliche amministrazioni la costituzione del diritto di superficie o di altro diritto reale di godimento su un immobile di una pubblica amministrazione, in favore di altra pubblica amministrazione, può avvenire a titolo gratuito;” e “se i principi in materia di gestione del patrimonio immobiliare delle pubbliche amministrazioni sono contemplati, quando il diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento sia trasferito a titolo gratuito ad una pubblica amministrazione, dal principio della c.d. finanza pubblica allargata”.

Il collegio osserva che la questione posta riguarda, in estrema sintesi, la possibilità di attribuire, a titolo gratuito, un diritto reale su un bene facente parte del patrimonio immobiliare del comune in favore di altro soggetto pubblico.

La fattispecie, già affrontata di recente da questa sezione, seppur sotto il profilo della possibilità della donazione modale (cfr. Sez. contr. reg. Basilicata n. 59/2022/Par), non trova espressa codificazione nell’ordinamento giuspubblicistico, ove non è dato rinvenire norme specifiche che prevedano una capacità degli enti pubblici di adottare atti di liberalità in favore di altri soggetti, pubblici o privati, né, in verità, che prevedano divieti.

Sul punto viene in soccorso la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione che ha affermato il principio secondo il quale, pur in mancanza di una norma che preveda l’incapacità di cedere a titolo gratuito diritti reali su beni pubblici da parte di tutti gli enti, tali cessioni non possono, in ogni caso, integrare una mera liberalità, ma devono sempre perseguire un interesse pubblico: “Gli enti pubblici per i loro fini istituzionali sono incapaci di porre in essere atti di donazione e di liberalità che non costituiscono mezzi per l’attuazione di detti fini” (cfr. Cass. 7 dicembre 1970, n. 2589).

Tale principio, perfettamente compatibile ⁽¹⁾ con il “principio della c.d. finanza pubblica allargata” invocato dal sindaco istante, implica tuttavia che debba essere rimesso al prudente apprezzamento dell’ente locale la scelta gestionale ritenuta in concreto più idonea a perseguire la migliore e corretta gestione del proprio patrimonio ed il soddisfacimento dell’interesse pubblico, anche in relazione alla necessità di dare attuazione al principio di sussidiarietà costituzionalmente previsto (cfr. art. 118 Cost.).

In tale ottica, si pongono diverse deliberazioni delle sezioni regionali di controllo, che hanno ritenuto, in linea di principio, che “la cessione gratuita (donazione modale), di beni pubblici, di norma, non sia consentita perché incompatibile con i principi contenuti nelle norme che disciplinano la cessione e la valorizzazione del patrimonio disponibile della pubblica amministrazione” (cfr. Sez. contr. reg. Lombardia n. 164/2019/Par) e che “le finalità istituzionali proprie dell’ente nella gestione dei beni pubblici e nella relativa cessione, come individuate dal legislatore nelle disposizioni sopra riportate, sono orientate al rispetto dei principi di economicità, adeguatezza, proporzionalità e gestione produttiva dei beni stessi, anche qualora siano individuate forme alternative o sussidiarie di valorizzazione a salvaguardia dell’interesse pubblico” (cfr. Sez. contr. reg. Piemonte n. 16/2020/Par).

Salvo, poi, affermare che “Appartiene [...] esclusivamente alla responsabilità ed alla competenza dell’amministrazione la rigorosa valutazione in concreto (ed in casi eccezionali) della sussistenza delle condizioni legittimanti la cessione gratuita di un bene immobile, sulla base di una necessaria ed esaustiva motivazione in merito all’idoneità della donazione modale per il raggiungimento di uno specifico fine dall’ente locale e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità sotto il profilo economico. Inoltre, la motivazione dovrà dare conto dell’assenza di altre opzioni che potrebbero consentire il raggiungimento dell’interesse pubblico perseguito dal comune nell’ambito dei propri fini istituzionali (fini istituzionali del comune e non dell’ente pubblico o privato cui viene ceduto il bene) – conf. Sez. contr. reg. Piemonte n. 409/2013” (così, Sez. contr. reg. Lombardia n. 164/2019/Par citata).

In altre parole, “l’attribuzione patrimoniale è consentita solo se finalizzata allo svolgimento di servizi pubblici o, comunque, di interesse per la collettività insediata sul territorio. Nel caso di attribuzione a titolo gratuito, poiché non emerge con immediatezza il collegamento tra l’atto traslativo (o comunque attributivo del diritto) ed i fini istituzionali dell’ente, sarà

⁽¹⁾ V., sul punto, la previsione contenuta nell’art. 1, c. 439, l. 30 dicembre 2004, n. 311, come modificato dall’art. 3, c. 2-bis, lett. b), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135: “Le Regioni e gli enti locali di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, possono concedere alle amministrazioni dello Stato, per le finalità istituzionali di queste ultime, l’uso gratuito di immobili di loro proprietà”.

onere del cedente evidenziare le ragioni sottese all'atto di disposizione nonché la finalità che con l'atto medesimo intende soddisfare" (cfr. Sez. contr. reg. Puglia n. 165/2014/Par).

Questo collegio ritiene di non doversi discostare dai principi affermati nelle decisioni sopra richiamate, nonché nella propria recente decisione n. 59/2022/Par, e di dover rispondere pertanto al quesito posto dal sindaco del Comune di Bernalda nel senso che, non rinvenendosi nell'ordinamento giuspubblicistico norme specifiche che prevedano una capacità degli enti pubblici di adottare atti di liberalità in favore di altri soggetti, pubblici o privati, né, in verità, che prevedano divieti, è rimesso al prudente apprezzamento dell'ente locale la scelta gestionale ritenuta in concreto più idonea a perseguire la migliore e corretta gestione del proprio patrimonio, nel rispetto del regime giuridico connesso alla natura dei beni (diverso se appartenenti al demanio, al patrimonio disponibile o indisponibile) e del soddisfacimento dell'interesse pubblico, anche in relazione al necessità di dare attuazione al principio di sussidiarietà costituzionalmente previsto (cfr. art. 118 Cost.).

Pertanto, in assenza di puntuali prescrizioni normative che consentano, o impediscano, la possibilità di disporre gratuitamente di un immobile del patrimonio comunale in favore di altra amministrazione pubblica, la scelta gestionale che il comune sarà chiamato ad adottare, in funzione di coerente espressione della discrezionalità amministrativa, dovrà essere confortata e sorretta da adeguata e congrua motivazione intesa a privilegiare e salvaguardare il perseguimento di finalità di interesse collettivo, oggetto di tutela dell'ente, anche sotto il profilo della sicurezza e della legalità, sì da escludere ogni timore di negligente e non consentito deauperamento.

P.q.m., la Sezione regionale di controllo per la Basilicata, in riscontro all'istanza formulata dal Comune di Bernalda (MT), rende il parere nei termini suindicati.

* * *

Lombardia

14 – Sezione controllo Regione Lombardia; parere 23 gennaio 2023; Pres. Riolo, Rel. Testi; Regione Lombardia.

Contabilità regionale e degli enti locali – Regione – Società partecipata – Compensi agli amministratori da altre società a controllo pubblico – Necessità di computo nell'ambito del trattamento economico ai fini della verifica del rispetto del tetto massimo – Sussiste.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 11, c. 6.

Al fine di verificare l'avvenuto rispetto del limite massimo dei compensi (euro 240.000) di cui all'art.

11, c. 6, d.lgs. n. 175/2016, corrisposti agli amministratori, dirigenti e dipendenti da parte delle società a controllo pubblico, la regione partecipante deve comprendere nel computo degli stessi anche le erogazioni corrisposte a tali figure professionali da altre società a controllo pubblico (nella specie, l'amministratore risultava percettore di compensi da parte di Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a., a controllo pubblico, in quanto consigliere di amministrazione della stessa). (1)

Premesso in fatto – (Omissis) – Conclusivamente viene formulato il seguente quesito: "se allo stato attuale della normativa, e dunque in attesa dell'emanazione del decreto di cui all'art. 11, c. 6, Tusp, ai fini della determinazione del trattamento economico annuo massimo da corrispondere ai propri amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, una società a controllo pubblico soggetta alla disciplina del Tusp, sia tenuta o meno a tenere in considerazione anche i

(1) La massima in epigrafe definisce le modalità attuative del limite al trattamento economico degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico. Al riguardo, l'art. 11, c. 6, del Tusp prevede che "con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società a controllo pubblico sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per le società controllate dalle regioni o dagli enti locali, il decreto di cui al primo periodo è adottato previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281. Per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico. Le stesse società verificano il rispetto del limite massimo del trattamento economico annuo onnicomprensivo dei propri amministratori e dipendenti fissato con il suddetto decreto. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto di cui al presente comma. Il decreto stabilisce altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente. In caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta". Facendo letterale applicazione della disposizione la Sezione Lombarda specifica che ai fini del tetto massimo devono essere computati anche i corrispettivi che i soggetti nominati in un organo di amministrazione ricevono da altre società soggette a controllo pubblico, quale, nel caso di specie Rai s.p.a.

Sulla nozione di società a controllo pubblico v. Corte conti, Sez. riun. contr., 20 giugno 2019, n. 11, in questa *Rivista*, 2019, 3, 139, secondo cui sono tali quelle in cui una o più amministrazioni dispongano della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria (oppure di voti o rapporti contrattuali sufficienti a configurare un'influenza dominante).

compensi erogati agli stessi soggetti da parte di una società quotata che sia esclusa dall'ambito di applicazione del Tusp e sia il soggetto affidatario della concessione del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale ai sensi del d.lgs. n. 208/2021".

Considerato in diritto – (Omissis)

Nel merito – Come illustrato nella premessa fattuale, l'odierno quesito afferisce alla materia dei compensi degli amministratori di società a partecipazione pubblica ex art. 11, c. 6, Tusp: con riguardo ad una Società mista a controllo pubblico partecipata dalla Regione Lombardia, l'amministrazione istante vuole sapere se in sede di determinazione del limite massimo di euro 240.000 in favore di un amministratore debbano o no considerarsi anche i compensi da questi percepiti presso la Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a. (di seguito "Rai").

Ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie, preme rammentare in prima battuta che l'art. 11, c. 6, cit. Tusp – nel regolamentare il trattamento economico annuo in favore di amministratori, dirigenti e dipendenti delle società a controllo pubblico – prescrive che il complesso dei relativi emolumenti non possa comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui, al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, *"tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico"*.

Lo stesso c. 6 demanda inoltre ad apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze la classificazione delle società in cinque fasce, affinché per ciascuna venga determinato *"in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti"*, fermo restando l'ammontare del tetto su indicato.

A fronte della perdurante mancata adozione del decreto, va rimarcato che *"l'immediata applicabilità del limite"* di 240.000 euro *"è stata attestata dall'atto di orientamento del Mef del giugno 2019 e da alcune pronunce della Corte dei conti (ex multis: Sez. contr. reg. Liguria n. 29/2020)"*, come correttamente osserva la regione istante; e che il Tusp stabilisce la vigenza interinale delle *"disposizioni di cui all'art. 4, c. 4, secondo periodo, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, e successive modificazioni, e al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 dicembre 2013, n. 166"* (così art. 11, c. 7, d.lgs. n. 175/2016 cit.).

In siffatto contesto normativo ritiene la sezione che, a carico dell'amministratore di società mista partecipata dalla regione, nel computo dei *"compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico"* debbano effettivamente includersi anche gli emolumenti erogati dalla

Rai, che è società a controllo pubblico, peraltro sottoposta anch'essa per espressa previsione di legge ad uno speculare limite massimo retributivo di euro 240.000.

Infatti, in consonanza con l'art. 11, c. 6, Tusp cit., anche l'art. 63, c. 3, d.lgs. n. 208/2021 (sull'attuazione della direttiva Ue 2018/1808, in materia di fornitura di servizi audiovisivi) nel dettare la disciplina della Rai dispone *"il limite massimo retributivo di 240.000 euro annui, di cui all'art. 13, c. 1, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89"*, da applicarsi *"rispettivamente agli amministratori, al personale dipendente, ai collaboratori e ai consulenti del soggetto affidatario della concessione del servizio pubblico radiofonico televisivo e multimediale, la cui prestazione professionale non sia stabilita da tariffe regolamentate"*.

A supporto dell'inclusione dei compensi erogati dalla Rai tra gli emolumenti provenienti da *"altre società a controllo pubblico"*, va esposto quanto segue.

In primo luogo, è dirimente rammentare l'insegnamento delle Sezioni riunite in sede di controllo, laddove con delibera 20 giugno 2019, n. 11, è stato acclarato che la fattispecie di *"società a controllo pubblico"* è integrata allorché *"una o più amministrazioni pubbliche dispongano, in assemblea ordinaria, dei voti previsti dall'art. 2359 c.c."*.

Ad avviso del collegio, in tema di applicazione dell'art. 11, c. 6, Tusp, nella categoria delle società a controllo pubblico rientra anche la Rai, atteso che *"il capitale sociale della capogruppo è detenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze per il 99,5583 per cento e dalla Siae – società italiana autori editori per lo 0,4417 per cento"* (in termini, Corte conti, Sez. contr. enti, determinazione 8 luglio 2021, n. 74, avente ad oggetto *"Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Rai-Radiotelevisione Italiana s.p.a."* per l'anno 2019, pag. 13).

La linearità di queste conclusioni non è scalfita dalla prospettazione dubitativa dell'ente istante, secondo il quale i compensi corrisposti dalla Rai andrebbero viceversa esclusi dal computo del limite di cui all'art. 11, c. 6, Tusp, poiché (in tesi) l'art. 63, c. 3, d.lgs. n. 208/2021 ometterebbe di richiamare l'art. 11, c. 6, Tusp, focalizzandosi invece sull'art. 13, c. 1, d.l. 24 aprile 2014 n. 66: segnatamente, ritiene la regione, come illustrato nella richiesta di parere a pag. 3, che *"l'art. 13 anzidetto, richiamato dalla normativa speciale relativa al trattamento economico previsto da parte della Rai, fa a sua volta riferimento alla disciplina dell'art. 23-bis del d.l. n. 201/2011 (convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214), il quale, ai fini della concorrenza al raggiungimento del tetto massimo in questione, prescrive l'obbligo di tenere conto, unicamente, "dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni"»* e non anche di quelli erogate da altre società a controllo pubblico, come prescritto dall'art. 11, c. 6, t.u. cit.

Siffatta tesi non coglie nel segno, come si va a spiegare.

La regione, nella prospettazione della tesi suesposta, non ha dato atto che l'inciso cui avrebbe inteso far riferimento (“*dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni*”) è previsto dal c. 1 dell'art. 23-bis, d.l. n. 201/2011, nel testo sostituito dall'art. 1, c. 672, l. 28 dicembre 2015, n. 208, abrogato dall'art. 28, lett. v) Tusp. In disparte ogni considerazione al riguardo, deve comunque rimarcarsi che la prospettata lettura dell'art. 63 cit., ove fosse fondata, potrebbe riverberarsi – a tutto concedere – sulle sole modalità di determinazione del limite massimo retributivo in seno alla Rai, risultando ininfluenza sulle modalità di determinazione del limite massimo retributivo ex art. 11, c. 6, Tusp, che comprende espressamente, oltre ai compensi corrisposti da “*altre pubbliche amministrazioni*”, anche quelli corrisposti da “*altre società a controllo pubblico*”.

In conclusione, ai fini del trattamento economico da corrispondere agli amministratori, dirigenti e dipendenti delle società a controllo pubblico, la determinazione del limite massimo dei compensi di euro 240.000 di cui all'art. 11, c. 6, d.lgs. n. 175/2016, va effettuata tenendo conto anche delle erogazioni corrisposte dalla Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a., quale società a controllo pubblico.

P.q.m., la Corte dei conti, Sez. contr. Lombardia, in riscontro all'istanza di parere formulata dal Presidente della Regione Lombardia, si esprime come segue:

“Ai fini del trattamento economico da corrispondere agli amministratori, dirigenti e dipendenti delle società a controllo pubblico, la determinazione del limite massimo dei compensi di euro 240.000 di cui all'art. 11, c. 6, d.lgs. n. 175/2016, va effettuata tenendo conto anche delle erogazioni corrisposte dalla Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a., quale società a controllo pubblico”.

* * *

GIURISDIZIONE

Sezioni riunite in sede giurisdizionale (in speciale composizione)

1 – Sezioni riunite in sede giurisdizionale (in speciale composizione); sentenza 24 gennaio 2023; Pres. Pischedda, Est. Bertozzi, P.M. D'Alesio; Comune di San Marco La Catola c. Proc. gen. Corte conti.
Annulla Corte conti, Sez. contr. reg. Puglia, 22 luglio 2022, n. 122.

Enti locali – Comune – Procedura di riequilibrio finanziario pluriennale – Risultato di amministrazione – Anticipazione di liquidità del Fondo per assicurare la liquidità per pagamenti dei debiti certi, liquidi ed esigibili – Natura di mera anticipazione – Obbligo di costituzione come quota accantonata del risultato di amministrazione di un importo pari all'anticipazione – Sussiste.

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 243-*bis*; d.l. 8 aprile 2013, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 6 giugno 2013, n. 64, disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali, art. 1, c. 10.

Enti locali – Comune – Piano di riequilibrio finanziario pluriennale – Situazione dell'ente – Attualizzazione al momento del giudizio della Corte dei conti – Sussistenza – Verifica puntuale della permanenza delle condizioni originarie di squilibrio – Sussistenza – Specifica contestazione delle risultanze di bilancio – Sussiste.

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 243-*bis*.

L'anticipazione di liquidità di cui all'art. 1, c. 10, d.l. n. 35/2013 ha natura di mera anticipazione ed è quindi diretta ad assicurare all'ente locale una provvista di cassa destinata al pagamento dei debiti liquidi ed esigibili; ne consegue che, per evitare che detta provvista possa essere distolta dallo scopo previsto dal legislatore, l'effetto sul risultato di amministrazione deve essere sterilizzato mediante l'istituzione del Fondo per l'anticipazione di liquidità.

La situazione finanziaria dell'ente assoggettato a piano di riequilibrio finanziario pluriennale deve essere attualizzata al momento della decisione della sezione regionale di controllo della Corte dei conti mediante la verifica della permanenza o meno delle condizioni originarie dello squilibrio che ha cagionato il ricorso alle procedure di risanamento; a tale riguardo la sezione deve svolgere attività istruttoria per accertare la veridicità dei dati dell'ente, contestando espressamente ed esplicitando le ragioni per le quali non ritiene attendibili i dati nella deliberazione che nega l'approvazione del piano di riequilibrio da cui consegue l'avvio della procedura di dissesto.

Diritto – 1. Con il primo motivo di ricorso il comune lamenta la violazione dell'art. 243-*bis* Tuel, denunciando l'originaria insussistenza dei presupposti di legge per il ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale che sarebbe stata erroneamente avviata dallo stesso comune a causa di una scorretta applicazione dei principi contabili in sede di determinazione del risultato di amministrazione dell'esercizio 2019.

Sono individuate, in particolare, una serie di poste che, secondo il ricorrente, non avrebbero dovuto essere comprese tra gli accantonamenti registrati dal rendiconto e, di conseguenza, non avrebbero potuto concorrere alla determinazione del disavanzo finale dell'esercizio di euro 592.303,28.

Sostiene al riguardo il comune che tale passività non trovava riscontro nella reale situazione finanziaria dell'ente all'epoca dell'avvio della procedura di riequilibrio, come attestato anche dal rendiconto del 2021, ultimo approvato, che presenta un risultato di amministrazione con la "parte disponibile" pari a zero, a conferma dell'inesistenza di disavanzi da ripianare.

Il collegio ritiene che la decisione sul punto richiesta, innanzitutto, di stabilire se gli squilibri di bilancio suscettibili di provocare il dissesto dell'ente, espressamente previsti dall'art. 243-*bis* Tuel quali presupposti per il riequilibrio pluriennale:

- sussistessero all'epoca in cui il comune ha deliberato il ricorso alla procedura e provveduto conseguentemente all'adozione del Piano;

- sussistessero ancora nel momento in cui la sezione regionale di controllo della Corte dei conti ha deliberato di non approvare il Piano di riequilibrio oggetto del presente ricorso.

Solo, infatti in presenza di entrambe queste condizioni la pronuncia della sezione regionale può considerarsi legittima.

1.1. Sotto il primo profilo si deve ritenere che all'esito della gestione dell'esercizio 2019 la situazione economica finanziaria del Comune di San Marco La Catola, contrariamente a quanto affermato nel ricorso, presentasse in maniera incontrovertibile effettivi squilibri di bilancio, derivanti essenzialmente dall'ingente mole del disavanzo di amministrazione emerso a fine esercizio e che ha indotto gli organi comunali al legittimo ed opportuno ricorso alla procedura prevista dall'art. 243-*bis* Tuel.

Questa situazione di estrema criticità emerge chiaramente dai documenti contabili ufficiali dell'ente e, in particolare, dal rendiconto del 2019 approvato dal Consiglio comunale con la correlata relazione dell'Organo di revisione in cui sono elencate ed analizzate le varie criticità della gestione.

La stessa situazione, del resto, come sottolineato anche dalla Procura generale, appare pienamente coerente con le irregolarità gestionali accertate dalla sezione regionale a seguito dei controlli finanziari sui rendiconti dei precedenti esercizi richiamati anche nel Piano approvato.

In questo senso risultano privi qualsiasi fondamento gli argomenti addotti nel ricorso per dimostrare l'erronea determinazione del risultato di amministrazione del 2019 da parte degli uffici comunali e per sostenere l'inesistenza originaria del disavanzo e quindi dei presupposti per l'avvio della procedura di riequilibrio finanziario.

1.1.1. La difesa del comune nega in primo luogo che dovesse essere compreso nella parte accantonata del risultato di amministrazione, e quindi concorrere alla determinazione del disavanzo del 2019, il Fondo per la restituzione delle anticipazioni di liquidità accordate all'ente ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 35/2013 (il c.d. Fal), quantificato in euro 397.693,81.

Si sostiene al riguardo che la normativa in questione prevede uno specifico obbligo pluriennale di restituzione della somma concessa che ne escluderebbe la considerazione quale quota di disavanzo da ripianare con la procedura di riequilibrio di cui all'art. 243-*bis* Tuel.

Il collegio ricorda al riguardo che, a dispetto di quanto affermato nel ricorso, gli enti territoriali che abbiano beneficiato dell'anticipazione di liquidità ai sensi della norma richiamata, sono tenuti alla costituzione del Fal come quota accantonata del risultato di amministrazione per un ammontare corrispondente all'importo dell'anticipazione stessa, da ridurre annualmente in misura pari alla restituzione rateale effettuata.

Si tratta di un obbligo derivante dalla specifica natura di "mera anticipazione" della somma concessa, come affermato dalla Sezione delle autonomie di questa Corte (n. 19/2014/Qm e n. 33/2015/Qm) e come ribadito dalla Corte costituzionale (n. 181/2015), diretto ad impedire che la provvista di cassa destinata al pagamento di debiti liquidi ed esigibili già contabilizzati dagli enti possa determinare un effetto espansivo della spesa, ovvero possa essere utilizzata per dare copertura a nuove ed ulteriori spese.

Sulla scorta della giurisprudenza sopra richiamata il principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria (allegato 4/2 d.lgs. n. 118/2011) prevede espressamente, al punto 3.20-*bis*, che «*per le anticipazioni di liquidità che non devono essere chiuse entro l'anno (a rimborso pluriennale), l'evidenza contabile della natura di "anticipazione di liquidità che non comporta risorse aggiuntive" è costituita dall'iscrizione di un fondo anticipazione di liquidità nel titolo 4 della spesa, di importo pari alle anticipazioni di liquidità incassate nell'esercizio e non restituite, non impegnabile e pagabile, destinato a confluire nel risultato di amministrazione, come quota accantonata*».

Va del resto rimarcato al riguardo che, in applicazione di queste semplici regole, una corretta contabilizzazione del Fal non determina di per sé alcun disavanzo per l'ente, posto che l'ammontare dello stesso "sterilizza" la somma anticipata dallo Stato affluita in cassa e registrata in entrata nel bilancio.

Non si può viceversa non constatare che, nel caso in esame, il Comune di San Marco La Catola, a fronte dell'anticipazione ottenuta nel corso dell'esercizio 2014, ha provveduto al corretto accantonamento del Fal solo dal 2018.

Come rilevato dalla sezione regionale di controllo in contestazione delle controdeduzioni del comune sul punto, infatti, la mancata costituzione del fondo nel 2015 non può ritenersi "assorbita" dall'avanzo della parte disponibile del risultato di amministrazione dell'esercizio, che contrariamente a quanto affermato, risulta di poco superiore a euro 31 mila e quindi del tutto incapiente rispetto all'importo da accantonare. E allo stesso modo si rivelano insufficienti per la totale sterilizzazione dell'anticipazione gli importi registrati tra "gli altri fondi ed accantonamenti" nei rendiconti dei successivi esercizi 2016 e 2017.

Non è quindi da escludere che il tardivo e completo accantonamento del Fal a partire dal 2018 possa aver determinato un peggioramento del risultato di amministrazione in misura corrispondente alla parte non sterilizzata dell'anticipazione che verosimilmente era stata impiegata per sostenere nuove spese, contribuendo in questo modo alla formazione del disavanzo.

1.1.2. Il comune ricorrente esclude allo stesso modo che concorra alla determinazione del risultato di amministrazione del 2019 e conseguentemente al disavanzo da ripianare con la procedura di cui all'art. 243-*bis* Tuel, l'incremento del Fondo crediti di dubbia esigibilità (Fcde) calcolato dal 2018 con il metodo c.d. "ordinario" in luogo del metodo c.d. "semplificato" impiegato in precedenza, come consentito da principi contabili.

Il comune sostiene infatti che il maggior disavanzo derivante dal cambiamento del metodo di calcolo del Fcde, era già oggetto dello specifico ripiano in 15 anni previsto dall'art. 39-*quater* del d.l. n. 162/2019, e pertanto non potesse essere compreso nella massa passiva del Piano di riequilibrio pluriennale.

Il collegio osserva in via preliminare che nella documentazione a supporto del Piano originariamente approvato è dato conto di tutti i disavanzi in corso di recupero da parte dell'ente, con l'indicazione della specifica tempistica prevista dalle diverse norme di riferimento.

Nella prospettazione fornita dunque il disavanzo da ripianare con il Piano di riequilibrio pluriennale concorre con il disavanzo da ripianare ai sensi del citato art. 39-*quater*, oltre che con gli ulteriori disavanzi già prodotti (tra cui quello da riaccertamento straordinario dei residui di cui si dirà oltre).

Preme sottolineare al riguardo che tutto il disavanzo dell'ente deve comunque trovare integrale rappresentazione nel risultato di amministrazione rilevato dal rendiconto di ciascun esercizio, indipendentemente dal fatto che componenti dello stesso siano soggette a diverse regole di ripiano.

Detto questo, il collegio rileva che nel caso di specie il Comune di San Marco la Catola non avrebbe po-

tuto comunque beneficiare del ripiano previsto dall'art. 39-*quater* del d.l. n. 162/2019.

La norma consentiva infatti agli enti che fino al 2018 si erano avvalsi della facoltà di calcolare il Fcde con il metodo semplificato di ripianare in 15 anni l'eventuale maggior disavanzo derivato dalla determinazione dello stesso con il metodo ordinario nel rendiconto del 2019 in misura non superiore alla differenza tra l'importo del fondo accantonato nel risultato di amministrazione del 2018 e quello accantonato nel risultato di amministrazione del 2019.

Come correttamente accertato dalla sezione regionale di controllo in sede istruttoria, l'ente, negli esercizi precedenti al 2019, non ha determinato il Fcde con il metodo semplificato, limitandosi ad accantonare di volta in volta la quota stanziata a tal fine nel bilancio di previsione.

Al momento di quantificare il Fcde con il metodo ordinario, l'ente ha provveduto solo in via virtuale a determinarne l'ammontare dell'esercizio precedente con il metodo semplificato, ritenendo di poter usufruire in questo modo dei benefici del ripiano pluriennale.

Non sussistevano, pertanto, a giudizio di questo collegio, le condizioni previste dalla legge per disporre il ripiano eccezionale, con la conseguenza che il disavanzo emerso dal rendiconto 2019 doveva essere recuperato con gli strumenti ordinari oppure ricompreso nella massa passiva da ripianare con il piano di riequilibrio pluriennale di cui all'art. 243-*bis* Tuel.

1.1.3. Considerazioni analoghe a quelle già esposte possono essere svolte anche rispetto alle ulteriori censure dedotte nel ricorso e tese a dimostrare l'erronea determinazione del risultato di amministrazione del 2019 con riferimento alla quota rimanente del disavanzo emerso a seguito delle operazioni di riaccertamento straordinario dei residui al 1 gennaio 2015 in corso di ripiano trentennale e all'ulteriore disavanzo emerso dalla gestione del 2018 per il quale era già stato disposto il ripiano ordinario triennale ai sensi dell'art. 188 del Tuel.

Il collegio ribadisce al riguardo che il risultato di amministrazione deve dare conto dell'intero disavanzo dell'ente nell'esercizio rendicontato, senza che ne siano escluse le componenti per le quali siano in corso piani di rientro che ne distribuiscano le quote di ripiano sugli esercizi successivi.

A fronte di specifiche disposizioni di legge che prevedono piani pluriennali di recupero del disavanzo, l'ente è autorizzato a iscrivere nel bilancio di previsione solo la quota o le quote di ripiano comprese nel triennio di riferimento, ma rimane comunque tenuto a rilevare a rendiconto, anno per anno, l'intero disavanzo comprensivo delle quote ancora da recuperare così come di quello ulteriore eventualmente prodotto dalla gestione.

Nella fattispecie in esame il rendiconto del 2019 registra correttamente nel risultato di amministrazione il nuovo disavanzo emerso nell'anno, oltre a quello già manifestatosi nel 2018; esso, tuttavia, avrebbe dovuto considerare anche quello da riaccertamento

straordinario dei residui per le parte non ancora ripianata, in modo da fornire una rappresentazione completa e veritiera della situazione finanziaria dell'ente alla chiusura dell'esercizio.

In ogni caso il comune, constatata l'impossibilità di ripianare il nuovo ulteriore disavanzo prodotto dalla gestione con i mezzi ordinari, anche in considerazione degli oneri di recupero dei precedenti disavanzi a carico del bilancio di previsione, ha ritenuto di avviare la procedura di cui all'art. 243-*bis* Tuel affiancandola a quelle già in corso.

Il Piano di riequilibrio approvato dall'ente rappresenta in parallelo, come già accennato, i diversi percorsi di recupero dei vari disavanzi quantificando la quota complessiva a carico di ciascun esercizio.

1.1.4. Dimostrato allora che il disavanzo registrato dal Comune di San Marco La Catola alla chiusura dell'esercizio 2019 non poteva ritenersi sovrastimato per effetto di una errata applicazione delle disposizioni di legge e dei principi contabili, come sostenuto dalla difesa nel ricorso, e constatato che non sono stati adottati altri elementi per confutare le risultanze dei documenti contabili attestanti la precaria situazione finanziaria dell'ente, si deve confermare la sussistenza originaria degli squilibri strutturali di bilancio in grado di provocare il dissesto previsti dall'art. 243-*bis* Tuel quali presupposti per l'avvio della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale da parte del comune.

1.2. Chiarito, nei termini sopra riferiti, che i presupposti previsti dall'art. 243-*bis* Tuel sussistevano all'epoca in cui il comune ha fatto ricorso alla procedura di riequilibrio, si deve stabilire se i medesimi presupposti, ovvero sia gli squilibri strutturali di bilancio di cui si è detto, persistevano ancora nel momento in cui la Sezione regionale di controllo per la Puglia ha negato l'approvazione del Piano di riequilibrio finanziario pluriennale adottato dallo stesso comune.

Secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza contabile infatti *“la continuità della gestione amministrativa e degli esercizi finanziari esclude che la situazione finanziaria dell'ente si cristallizzi alla data di presentazione del piano o della sua rimodulazione/riformulazione, potendosi evolvere in senso positivo, o in senso negativo, migliorando o peggiorando lo squilibrio”* (Sez. riun. giur., spec. comp., n. 25/2018).

Questo impone l'obbligo di *“aggiornare”* la situazione finanziaria dell'ente al momento della decisione sia delle Sezione regionale di controllo che di queste Sezioni riunite (cfr. Sez. riun., spec. comp., n. 18/2020).

Nel valutare la congruità del Piano la sezione regionale non può quindi prescindere dalla verifica della situazione finanziaria attuale dell'ente in relazione alla permanenza o meno delle condizioni originarie di squilibrio che avevano legittimato il ricorso alla procedura di risanamento.

Tale verifica deve basarsi, in primo luogo, sugli atti contabili ufficiali adottati dall'ente nelle more del giudizio di approvazione del Piano e sulle relazioni

degli organi di controllo che potranno essere integrati con le ulteriori informazioni e documenti acquisiti dalla Sezione in via istruttoria o in sede di contraddittorio con l'ente, a conferma dell'attendibilità dei dati riportati.

Nel caso di specie la Sezione regionale di controllo per la Puglia ha correttamente ritenuto di procedere, mediante specifica richiesta istruttoria, alla verifica dei dati contabili forniti dall'ente all'atto dell'approvazione del Piano e all'aggiornamento degli stessi, al dichiarato scopo di effettuare una adeguata valutazione sulla congruità del Piano stesso e verificare il rispetto in base all'attuale situazione finanziaria del comune.

A tal fine sono stati presi in esame e posti a confronto i dati sulla composizione dei risultati di amministrazione dei rendiconti degli esercizi da 2016 a 2021 riportati nella tabella a pagina 9 della deliberazione impugnata.

All'esito dei controlli e dei riscontri effettuati, la Sezione sottolinea la possibilità di una non corretta rappresentazione e quantificazione dei risultati di amministrazione degli esercizi 2019 e 2020, mentre si limita a prendere atto delle risultanze del prospetto dimostrativo del risultato di amministrazione dell'esercizio 2021, prodotto dal comune in sede di controdeduzioni, da cui emerge una parte disponibile pari a zero.

Come accennato in precedenza, il risultato di amministrazione, se correttamente determinato, deve registrare tutto il disavanzo a carico dell'ente, prescindere dall'esistenza di specifici piani di rientro che ne autorizzino il ripiano pro quota.

Il fatto che il rendiconto dell'esercizio 2021 del Comune di San Marco La Catola, sia pure elaborato in base a dati di preconsuntivo, riporti una parte disponibile uguale a zero porta necessariamente a ritenere che l'intero disavanzo sia stato riassorbito al termine della gestione.

Per quanto questa potesse apparire una evoluzione improbabile della situazione finanziaria dell'ente in base alle criticità precedenti, la Sezione regionale aveva comunque l'onere di contestarne esplicitamente la veridicità prima di negare l'approvazione del Piano da cui consegue l'avvio della procedura di dissesto dell'ente.

In base a quanto esposto, questo collegio non può quindi non rilevare la contraddittorietà del percorso motivazionale di diniego dell'approvazione del Piano di riequilibrio da parte della Sezione regionale che, con il prendere atto del risultato di amministrazione dell'esercizio 2021, senza compiere alcun approfondimento istruttorio specifico, atto a confutarne le risultanze contabili, non poteva escludere l'avvenuto superamento del disavanzo dell'ente, e quindi confermare l'attuale sussistenza di quegli squilibri rispetto ai quali ha ritenuto non congruo il contenuto del Piano stesso.

Il difetto motivazionale della delibera impugnata del resto non può essere superato da queste Sezioni riunite che, come più volte affermato, pur essendo in-

vestite, in questo tipo di giudizio, di una giurisdizione piena estesa all'intero rapporto, non possono “*giungere sostituire la Sezione regionale nei poteri istruttori, relativi all'attività di controllo, propri di quest'ultima*” (Sez. riun., spec. comp., n. 4/2020).

Con riferimento pertanto al motivo di ricorso dedotto dal comune ricorrente, queste Sezioni riunite in speciale composizione, riconosciuta la sussistenza dei presupposti per l'avvio della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale da parte dell'ente, ma ritenuta non fornita da parte della sezione regionale la prova del mancato superamento degli stessi in relazione alle risultanze del rendiconto dell'esercizio 2021, accolgono il ricorso con conseguente approvazione del Piano di riequilibrio finanziario pluriennale.

Si ritengono assorbiti, alla luce di quanto argomentato, i successivi motivi di cesura della deliberazione impugnata.

In considerazione dell'intervenuta omologazione del Piano di riequilibrio per effetto dell'accoglimento del presente ricorso sarà onere del comune predisporre, mediante l'Organo di revisione, la prescritta relazione sullo stato di attuazione del Piano stesso da sottoporre alla competente sezione regionale di controllo, la quale dovrà verificare, ai sensi dell'art. 243-*quater*, c. 7, Tuel il conseguimento degli obiettivi e il reale e definitivo superamento delle condizioni originarie di squilibrio, anche ai fini di una eventuale richiesta di uscita anticipata dalla procedura di riequilibrio ai sensi dei successivi cc. 7-*bis* e 7-*ter*.

P.q.m., la Corte dei conti a Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, accoglie il ricorso ed omologa il Piano di riequilibrio pluriennale del Comune di San Marco La Catola.

2 – Sezioni riunite in sede giurisdizionale (in speciale composizione); sentenza non definitiva 14 febbraio 2023; Pres. Pischedda, Est. Sucameli, P.M. Martina; Comune di Vibo Valentia c. Proc. gen. Corte conti e altri.

Enti locali – Comune – Procedura di riequilibrio finanziario pluriennale – Giudizio in unico grado davanti alle Sezioni riunite – Oggetto – Delimitazione – Accordo tra l'ente locale per il ripiano del disavanzo con il Presidente del Consiglio dei ministri o un suo delegato – Effetti sul piano di riequilibrio – Rimozione – Esclusione.

C.g.c., art. 11, c. 6, lett. a); d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 243-*bis*; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, allegato 1, n. 8; d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2022, n. 91, misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e

attraazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina, art. 43, c. 2.

L'oggetto del giudizio davanti alle Sezioni riunite in unico grado sull'impugnazione della deliberazione della sezione regionale di controllo che ha negato l'approvazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale non è costituito da atti amministrativi ma dalla relazione tra i mezzi ed i fini del riequilibrio finanziario oggetto del piano, delimitato dai motivi di impugnazione e dalle domande ed eccezioni della controparte, ne consegue che l'accordo tra l'ente locale ed il Governo per il ripiano del disavanzo non rientra nell'oggetto del giudizio, né è vincolato alla possibilità di riformulazione del piano di riequilibrio, potendo essere attuato anche nel caso di dissesto o per altre cause; permane dunque l'interesse al ricorso del comune anche nel caso di stipula del predetto accordo, che non rimuove il piano di riequilibrio originario ma, anzi, ne rafforza gli effetti, con l'imposizione di misure supplementari.

Diritto – 1. Va in primo luogo esaminata l'istanza difensiva di integrare il contraddittorio con il Governo. Come correttamente evidenziato dalla Procura generale, l'istanza va rigettata, in quanto l'accordo ex art. 43 d.l. n. 50/2022, depositato dalla difesa, è estraneo all'odierno giudizio.

1.1. Si deve in proposito ricordare che oggetto del giudizio di controllo in unico grado, ai sensi dell'art. 11, c. 6, lett. a) è la legittimità dei saldi, degli obiettivi e delle coperture predisposti da enti che si trovano nello "stato" di crisi di cui all'art. 243-bis, c. 1, Tuel. Il giudizio officioso della sezione di relazione tra mezzi e fini di riequilibrio, sulla base del parametro normativo della proporzionalità/congruità (postulato n. 8 dell'all. 1 del d.lgs. n. 118/2011, cfr. Sez. riun. giur., spec. comp., nn. 14 e 20/2022).

1.2. Nella fase che si svolge dinanzi a queste Sezioni, tale "rapporto" viene devoluto nei limiti dei motivi specifici del ricorso e delle domande ed eccezioni della parte pubblica (principio della doppia perimetrazione, cfr. Sez. riun. giur. spec. comp. sent. nn. 2/2019, n. 32/2020, nn. 5, 9, 10 e 21/2021, nn. 11 e 18/2022).

1.3. L'oggetto sostanziale del giudizio odierno, dunque, è il presupposto tecnico-giuridico del dissesto o del Prfp (l'obiettivo finale di riequilibrio), che peraltro l'accordo depositato non nega o riforma. Esso, pertanto, non costituisce un "atto conseguente" (Sez. riun. giur., spec. comp., n. 32/2020) scrutinabile nel giudizio sulla congruità del Prfp. I saldi obiettivo dell'accordo, infatti, attengono alla fase esecutiva del Prfp, in cui è emerso ulteriore disavanzo, e diventano rilevanti solo nell'ambito del diverso giudizio sul raggiungimento degli obiettivi intermedi fissati con il Prfp medesimo, che la sezione di controllo non ha ancora attivato. In tale ambito, infatti, l'inadempimento dell'accordo diventa indice di "gravità" dell'eventuale

mancato raggiungimento dell'obiettivo di riduzione del disavanzo.

1.4. Per altro verso, il regime normativo dell'accordo non è affatto vincolato alla possibilità di riformulare il Prfp, come risulta evidente dalla circostanza che esso può essere stipulato e operare anche in caso di dissesto (art. 43, c. 1 e 5-bis) nonché dal fatto che esso può avere come contenuto le misure indicate dalla l. n. 234/2021 (art. 1, c. 572, richiamato dall'art. 43, c. 2, d.l. n. 50/2022) e che tale legge non prevede tra le misure adottabili la riformulazione del Prfp preesistente.

Per altro verso, l'eventuale impossibilità di riformulare il Prfp è certamente circostanza che può essere valutata in sede di verifica della esatta esecuzione dell'accordo ad opera dell'apposita commissione di monitoraggio (art. 43, c. 6), non implicandone l'automatica invalidità.

1.5. Infine, va evidenziato che la parte pubblica, nel corso del giudizio, non ha allargato il *thema decidendum*, poiché non ha impugnato l'accordo ex art. 43 del d.l. n. 50/2022, né come atto sopravvenuto né come atto presupposto o consequenziale al Prfp, limitandosi questa a chiedere la dichiarazione della decadenza dalla potestà di rimodulare/riformulare il Prfp medesimo.

2. Tanto premesso, va rigettata, altresì, la domanda di dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso, in ragione del venir meno degli effetti del Prfp originario, a causa della stipulazione dell'accordo ai sensi dell'art. 43 del d.l. n. 50/2022.

3. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, l'art. 43, con i suoi cc. 5 e 7, non ha sospeso né privato di effetto il Prfp, il cui contenuto rimane vincolante per il ciclo di bilancio dell'ente.

3.1. Più nel dettaglio, il c. 7 ha previsto che "Ai comuni che sottoscrivono l'accordo di cui al c. 2 si applicano le disposizioni previste dall'art. 6 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149". Allo stesso tempo, il c. 5 ha previsto che "Per il periodo di due anni dalla sottoscrizione dell'accordo di cui al c. 2 sono sospese le misure di cui all'art. 6, c. 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149, limitatamente alla dichiarazione di dissesto".

1.3. L'oggetto sostanziale del giudizio odierno, dunque, è il presupposto tecnico-giuridico del dissesto o del Prfp (l'obiettivo finale di riequilibrio), che peraltro l'accordo depositato non nega o riforma. Esso, pertanto, non costituisce un "atto conseguente" (Sez. riun. giur., spec. comp., n. 32/2020) scrutinabile nel giudizio sulla congruità del Prfp. I saldi obiettivo dell'accordo, infatti, attengono alla fase esecutiva del Prfp, in cui è emerso ulteriore disavanzo, e diventano rilevanti solo nell'ambito del diverso giudizio sul raggiungimento degli obiettivi intermedi fissati con il Prfp medesimo, che la Sezione di controllo non ha ancora attivato. In tale ambito, infatti, l'inadempimento dell'accordo diventa indice di "gravità" dell'eventuale mancato raggiungimento dell'obiettivo di riduzione del disavanzo.

1.4. Per altro verso, il regime normativo dell'accordo non è affatto vincolato alla possibilità di riformulare il Prfp, come risulta evidente dalla circostanza che esso può essere stipulato e operare anche in caso di dissesto (art. 43, cc. 1 e 5-*bis*) nonché dal fatto che esso può avere come contenuto le misure indicate dalla l. n. 234/2021 (art. 1, c. 572, richiamato dall'art. 43, c. 2, d.l. n. 50/2022) e che tale legge non prevede tra le misure adottabili la riformulazione del Prfp preesistente.

Per altro verso, l'eventuale impossibilità di riformulare il Prfp è certamente circostanza che può essere valutata in sede di verifica della esatta esecuzione dell'accordo ad opera dell'apposita commissione di monitoraggio (art. 43, c. 6), non implicandone l'automatica invalidità.

1.5. Infine, va evidenziato che la parte pubblica, nel corso del giudizio, non ha allargato il *thema decidendum*, poiché non ha impugnato l'accordo ex art. 43 del d.l. n. 50/2022, né come atto sopravvenuto né come atto presupposto o consequenziale al Prfp, limitandosi questa a chiedere la dichiarazione della decadenza dalla potestà di rimodulare/riformulare il Prfp medesimo.

2. Tanto premesso, va rigettata, altresì, la domanda di dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso, in ragione del venir meno degli effetti del Prfp originario, a causa della stipulazione dell'accordo ai sensi dell'art. 43 del d.l. n. 50/2022.

3. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, l'art. 43, con i suoi cc. 5 e 7, non ha sospeso né privato di effetto il Prfp, il cui contenuto rimane vincolante per il ciclo di bilancio dell'ente.

3.1. Più nel dettaglio, il c. 7 ha previsto che “*Ai comuni che sottoscrivono l'accordo di cui al c. 2 si applicano le disposizioni previste dall'art. 6 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149*”. Allo stesso tempo, il c. 5 ha previsto che “*Per il periodo di due anni dalla sottoscrizione dell'accordo di cui al c. 2 sono sospese le misure di cui all'art. 6, c. 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149, limitatamente alla dichiarazione di dissesto*”.

3.2. Tramite il doppio rinvio all'art. 6 del d.lgs. n. 149/2011, il legislatore, con l'art. 43 del d.l. n. 50/2022, da un lato, ha confermato la giurisdizione di controllo e di responsabilità della Corte dei conti sugli enti locali in crisi finanziaria (c. 7), per altro verso, ha perimetrato la sospensione della disposizione con riguardo ad uno specifico potere dell'amministrazione statale (c. 5). Più nel dettaglio, l'art. 6 è stato sospeso per quanto previsto dal c. 2, “*limitatamente alla dichiarazione di dissesto*”.

La lettura della disposizione richiamata evidenzia che il legislatore si riferisce ad un peculiare effetto vincolante delle pronunce di controllo sugli equilibri, consistente nell'obbligo del Prefetto di intimare ai consiglieri dell'ente locale di dichiarare il dissesto ai sensi dell'art. 244 Tuel e, parallelamente, il suo potere di nominare, in caso di inerzia, un commissario *ad acta*.

3.3. Ne consegue che restano intatti tutti i poteri di accertamento della Corte dei conti, sia in sede di “dissesto guidato” (art. 6, c. 2, d.lgs. n. 149/2011) sia in sede di giudizio sui piani di riequilibrio (art. 243-*quater*, c. 7, Tuel, il quale, come è noto, rinvia all'art. 6, c. 2, d.lgs. n. 149/2011). Ciò implica, parallelamente, la permanenza degli effetti giuridici del Prfp che sono oggetto di tali controlli.

4. L'accordo, quindi, non rimuove il Prfp originario, ma ove questo sia esistente ne rafforza gli effetti sul ciclo di bilancio con l'obbligo di misure aggiuntive e supplementari, ai sensi della l. n. 234/2021. Tali misure supplementari consistono in manovre su entrate e spese che hanno, come corrispettivo, risorse aggiuntive che lo Stato può erogare in modo condizionato alla corretta esecuzione dell'accordo medesimo.

5. Del resto, come già evidenziato, la conclusione dell'accordo ex art. 43 non è in rapporto di collegamento necessario con la procedura di riequilibrio. Esso, infatti, può essere stipulato anche ove il comune si trovi o pervenga alla procedura di dissesto (art. 43, c. 1, d.l. n. 50/2022). In questa prospettiva, la proroga contemplata dal c. 5-*bis* riguardava non soltanto i comuni che avevano intrapreso la procedura di Prfp, ma quelli che, già in dissesto devono adottare il bilancio stabilmente riequilibrato (art. 259 Tuel).

6. In definitiva, la stipulazione dell'accordo non può sostituire né far decadere il contenuto del Prfp, che rimane esecutivo e continua a vincolare il ciclo di bilancio in corso. Inoltre, la conclusione del patto previsto dall'art. 43 del d.l. n. 50/2022 produce effetti che permangono anche in caso di sbocco nella procedura di dissesto (nella specie “*l'impegno ad attivare le misure previste dalle lett. a), b) c), f2), ed i), dell'art. 1, c. 572, l. n. 234/2021*”, cfr. accordo depositato). Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, la stipulazione dell'accordo non fa venire meno l'interesse alla pronuncia di questo giudizio sulla congruità del Prfp in corso di esecuzione.

7. Va altresì rigettata la richiesta di rinviare l'udienza nel presupposto che l'oggetto del giudizio (ossia i saldi stabiliti con il Prfp) non si siano stabilizzati, in quanto l'accordo avrebbe fatto scattare una ulteriore proroga del termine per rimodulare/riformulare il Prfp. Come evidenziato nella sentenza n. 24/2022, la proroga di tale facoltà, ai sensi del c. 5-*bis*, si determina per effetto di una fattispecie a formazione progressiva che presuppone: (a) la permanenza “in corso” dei termini per riformulare e rimodulare; (b) la conclusione dell'accordo o, almeno, della fase della proposta di accordo ai sensi dell'art. 43.

7.1. Nel primo caso (b.1), si genera una proroga “mobile” di 120 giorni, in cui il *dies a quo* è costituito dalla data di conclusione dell'accordo. Ove manchi la stipulazione dell'accordo, ma si sia conclusa almeno la fase della proposta (b.2), la legge ha previsto un termine fisso (31 dicembre 2022).

7.2. Tale secondo termine, peraltro, nell'economia della disposizione, è destinato ad operare come argine

al primo. Infatti, la proroga “mobile” presuppone il rispetto del presupposto di cui al punto (a), ossia che: “*i termini di presentazione o riformulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale [siano ancora] in corso*” (enfasi aggiunta).

8. Poiché l'accordo è stato concluso, a detta della stessa difesa, l'11 gennaio 2023, al momento della sua stipulazione il termine per la riformulazione era già spirato, con la conseguenza che si era già consumata la decadenza della facoltà di rimodulare/riformulare il Prfp.

9. Scaduto il termine, pertanto, l'accordo non avrebbe potuto validamente autorizzare la rimodulazione o riformulazione del Prfp originario. Come è noto, infatti, in materia di bilancio vige un generale principio di irretrattabilità dei saldi (Sez. riun. giur., spec. comp., n. 16/2022) che, in materia di Prfp, si esprime nel carattere perentorio del termine per l'approvazione (artt. 243-*quater*, c. 7, e 243-*bis*, c. 5, Tuel), successivamente al quale il Prfp non può più essere modificato.

9.1. Tale principio legislativo è quindi di ostacolo ad atti amministrativi che in autotutela, anche in forma consensuale, determinano, in corso di esecuzione, un mutamento dei saldi per il riequilibrio. Ciò tanto più vale se si considera l'accordo una manifestazione, per via consensuale, dei poteri sostitutivi che lo Stato può attivare ai sensi dell'art. 120 Cost., quando la crisi del bilancio locale determina una minaccia per “*la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*”. Anche in tal caso, infatti, l'amministrazione è tenuta a rispettare il principio di legalità sostanziale, per cui non può agire in deroga a norme primarie (Corte cost., n. 233/2019, n. 125/2015 e n. 217/2010).

10. In definitiva, il comune non può accedere alla proroga del termine di centoventi giorni di cui all'art. 43, c. 5-*bis*, d.l. n. 50/2022, in quanto l'ente, al momento della stipula dell'accordo, era già decaduto dalla facoltà di modifica del Prfp, i cui saldi e obiettivi si sono *medio tempore* stabilizzati, consentendo a questo giudice di entrare nel merito del giudizio di congruità.

P.q.m., la Corte dei conti a Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione:

- dichiara la decadenza del potere di riformulare o rimodulare il Prfp ai sensi dell'art. 43, c. 5-*bis*, d.l. n. 50/2022 (convertito dalla l. n. 91/2022);

- rinvia la discussione del merito all'udienza del 1 marzo 2023.

* * *

Sezione I centrale d'appello

9 – Sezione I centrale d'appello; sentenza 13 gennaio 2023; Pres. Chiappiniello, Est. Grasso, P.M. D'Alesio; S.A. e altri c. Proc. gen. e altri.

Riforma Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 aprile 2021, n. 337.

Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratori comunali – Organizzazione degli uffici comunali – Esercizio illecito e penalmente rilevante di funzioni pubbliche – Esimente politica – Esclusione – Fattispecie.

C.g.c., artt. 6, 7, 88, 184; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 1-*ter*.

Processo contabile – Atto di citazione integrativo – Genericità – Nullità – Esclusione.

C.g.c., art. 86, c. 2, lett. c) e d).

Prescrizione e decadenza – Danno da disservizio – Prescrizione – Decorrenza – Termine.

C.g.c. art. 66, c. 1; c.c., art. 2935; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

Non ricorre la c.d. “esimente politica” relativa all'affidamento degli organi politici sull'operato degli organi tecnici dell'amministrazione qualora manchi sia l'elemento oggettivo costituito dall'espletamento di funzioni tipiche degli amministratori, sia l'elemento soggettivo essenziale della buona fede, posto che la mancata commissione di atti amministrativi illegittimi non esclude la configurabilità di una responsabilità amministrativa, integrata dalla commissione di condotte foriere di danno e connotate da dolo e colpa grave (nella specie, gli appellanti erano stati condannati, nelle qualità di amministratori comunali, per il danno da disservizio derivante dall'aver asservito le proprie funzioni a scopi illeciti, dietro una parvenza di legittimità, i quali avevano dato anche luogo ad un procedimento penale).

Non è affetto da nullità l'atto di citazione integrativo a seguito di ordinanza con la quale sia stata, espressamente, indicata la necessità di una più puntuale specificazione degli elementi costitutivi della domanda, attesa la sostanziale completezza della stessa e la natura di mera puntualizzazione dei dati richiesti nell'integrazione probatoria; l'eventuale insufficienza degli elementi probatori della domanda attrice deve essere valutata sotto il profilo del merito del giudizio e non della valutazione dei vizi di ammissibilità dell'atto di citazione.

Il termine di decorrenza della prescrizione dell'azione risarcitoria della Procura contabile, nel caso di danno da disservizio, non va individuato nel compimento di un unico atto, atteso che detta tipologia di danno postula una condotta realizzata mediante una pluralità di atti e rapporti, per cui la decorrenza della causa estintiva va individuata nel momento nel quale, a seguito delle indagini, è venuta ad emersione la fattispecie dell'asservimento, da parte dei soggetti pubblici, delle loro funzioni a finalità illecite.

14 – Sezione I centrale d'appello; sentenza 16 gennaio 2023; Pres. Chiappiniello, Est. Grasso, P.M. Smirondo; Proc. reg. Lazio c. F.B. e altri.
Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 9 febbraio 2021, n. 94.

Processo contabile – Impugnazioni – Appello del procuratore regionale – Rinuncia all'impugnazione del Procuratore generale – Ammissibilità – Necessità di accettazione – Esclusione.

C.g.c., artt. 12, 110, 189.

Responsabilità amministrativa e contabile – Agenzia del demanio e Ministero dell'istruzione – Direttori generali – Mancata adozione di provvedimenti di sgombero di immobili del patrimonio indisponibile abusivamente occupati – Mancanza di prova dell'esecuzione dei provvedimenti da parte della forza pubblica – Colpa grave – Esclusione.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

È pienamente ammissibile la rinuncia del Procuratore generale in udienza all'impugnazione nei confronti di alcuni appellati e non di altri, non sussistendo un litisconsorzio necessario tra gli stessi, attesa la natura parziaria dell'obbligazione risarcitoria erariale (nella specie, non è stata ritenuta la sussistenza di una violazione del diritto di difesa opposta dagli altri appellati, per la diversità delle singole posizioni, né la dedotta mancanza di legittimazione del rappresentante della Procura generale a rinunciare agli atti, attesa la colegittimazione degli uffici di procura di primo e di secondo grado all'impugnazione e ad esercitare le relative prerogative).

Pur sussistendo un indubbio danno erariale, derivante dal mancato utilizzo, da parte delle pubbliche amministrazioni, di immobili pubblici abusivamente occupati, con correlativo obbligo di tempestiva adozione di provvedimenti di sgombero, non è configurabile la responsabilità dei direttori generali dell'Agenzia delle entrate e del Ministero dell'istruzione qualora i provvedimenti di autotutela, adottati tardivamente, non siano stati eseguiti da parte della forza pubblica (nella specie, è stata accertata la tardività dell'azione dei dirigenti, ma anche la mancata esecuzione dei provvedimenti di sgombero sia per la presenza negli immobili di soggetti c.d. "fragili", sia per ragioni diverse non attribuibili alla volontà degli stessi).

25 – Sezione I centrale d'appello; sentenza 23 gennaio 2023; Presidente Chiappiniello, Est. Bussi, P.M. Martina; S.G. c. Proc. gen.
Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 30 marzo 2021, n. 136.

Processo contabile – Efficacia extrapenale della sentenza di applicazione della pena su richiesta – Riforma "Cartabia" – Elementi di prova – Valutazione, ai fini del processo contabile – Rilevanza della sentenza penale – Esclusione.

C.p.p., art. 445, c. 1-bis; d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuazione della l. 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, art. 25, c. 1, lett. b).

La riforma dell'art. 445 c.p.p. determinata dalla c.d. legge "Cartabia", pur escludendo l'efficacia extrapenale della decisione di applicazione della pena su richiesta, non è innovativa con riguardo ai rapporti tra la medesima e il giudizio di responsabilità risarcitoria instaurato per i medesimi fatti; infatti, la giurisprudenza contabile ha sempre escluso, anche prima dell'entrata in vigore della legge, l'efficacia extrapenale della decisione, mentre il giudice può valutare autonomamente le risultanze delle indagini relative al procedimento penale, acquisite nel giudizio contabile e prodotte dal pubblico ministero nel giudizio.

Sezione III centrale d'appello

21 – Sezione III centrale d'appello; sentenza 11 gennaio 2023; Pres. Zuccheretti, Est. Comite, P.M. De Francis; Proc. gen. c. M.L. e altri.
Annulla con rinvio Corte conti, Sez. giur. reg. Sardegna, 9 luglio 2020, n. 179.

Responsabilità amministrativa e contabile – Società privata – Percezione di contributi pubblici – Aumento fittizio di capitale sociale – Sviamento dei contributi – Danno erariale – Occultamento doloso – Prescrizione – Idoneità della notizia di reato a costituire termine iniziale per la decorrenza della prescrizione – Esclusione.

C.c., art. 2935; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 2.

Responsabilità amministrativa e contabile – Guardia di finanza – Obbligo di denuncia – Natura di organo di vertice dell'amministrazione – Esclusione – Subordinazione della trasmissione della notizia di danno alla conclusione delle indagini preliminari e all'autorizzazione della Procura penale – Sussiste.

C.g.c., art. 52; c.p.p., art. 347; d.lgs. 19 marzo 2001, n. 68, adeguamento dei compiti del Corpo della guardia di finanza, a norma dell'art. 4 l. 31 marzo 2000, n. 78, artt. 3, 6.

Sussiste l'occultamento doloso del danno qualora l'aumento di capitale sociale con mezzi propri, condizione prevista per l'erogazione dei finanziamenti agevolati ad una società, sia adempiuto dai soci mediante modalità fittizie che celavano una partita di giro, in tal caso, infatti, l'amministrazione erogatrice del contributo è stata consapevolmente ingannata circa la sussistenza di una condizione di ammissibilità del beneficio; il termine iniziale della prescrizione decorre,

pertanto, dalla conoscenza, da parte della Procura erariale, della sussistenza del danno.

La Guardia di finanza non è un “organo di vertice dell’amministrazione” a norma dell’art. 52 c.g.c. ma un corpo militare obbligato a riferire senza indugio all’autorità giudiziaria ordinaria e vincolata al segreto delle indagini penali, per cui l’obbligo di procedere a formale e tempestiva segnalazione alla competente procura regionale contabile è subordinata al nulla osta della Procura penale e alla conclusione delle indagini penali rispetto di detto segreto.

* * *

Sezione d’appello Regione Siciliana

1 – Sezione d’appello Regione Siciliana; sentenza 13 gennaio 2023; Pres. Aloisio, Est. Chiazzese, P.M. Carlotti; F.A. c. Proc. gen.

Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 22 marzo 2021, n. 278.

Responsabilità amministrativa e contabile – Attività di insegnamento presso le scuole pubbliche – Falsa dichiarazione di possesso del titolo abilitante – Arricchimento doloso – Sussistenza – Rito abbreviato – Inammissibilità – Esercizio del potere riduttivo – Esclusione.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

Costituisce arricchimento doloso la percezione di emolumenti retributivi a seguito dello svolgimento di attività di insegnamento in assenza del prescritto titolo abilitativo, il cui possesso è stato falsamente dichiarato; pertanto, non è ammissibile la richiesta di rito abbreviato né applicabile il potere di riduzione dell’addebito.

2 – Sezione d’appello Regione Siciliana; sentenza 27 gennaio 2023; Pres. Aloisio, Est. Petrigli, P.M. Carlotti; P.F. e altro c. Proc. reg. Siciliana.

Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 10 maggio 2022, n. 425.

Responsabilità amministrativa e contabile – Rimborso per svolgimento di attività in missione in regime forfettario – Previa autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza – Necessità – Dolo – Sussistenza – Utilitas ritratta dall’amministrazione – Esclusione.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, art. 75.

Il rimborso delle spese di missione di tipo forfettario prevede l’erogazione di una somma in misura fis-

sa, ed è previamente autorizzato dall’amministrazione di appartenenza; ne consegue che, nel caso in cui il rimborso sia stato percepito a seguito di dichiarazioni mendaci, costituisce danno erariale l’intero importo erogato, per effetto del principio di responsabilità previsto in materia di autodichiarazione, per cui nel caso di false dichiarazioni si decade dai benefici eventualmente conseguenti alla dichiarazione non veritiera.

* * *

Sezioni giurisdizionali regionali

Abruzzo

3 – Sezione giurisdizionale Regione Abruzzo, sentenza 19 gennaio 2023; Pres. Nispi Landi, Est. Grossi; P.M. Di Marco; Proc. reg. Abruzzo c. D.O.F.

Responsabilità amministrativa e contabile – Rettore universitario – Induzione a dazioni illecite accertata con sentenza penale definitiva – Danno all’immagine – Documento arrecato all’amministrazione di appartenenza – Sussiste.

C.p., art. 319-*quater*; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

La condanna penale di un rettore universitario per il delitto di induzione illecita a dare o promettere utilità cagiona un grave danno all’immagine dell’istituzione, determinando la perdita di credibilità della stessa, pregiudicata da comportamenti legati non occasionalmente ma funzionalmente alla posizione rivestita e tali da incrinare il rapporto di necessaria fiducia tra i cittadini, gli utenti dei servizi e l’università intesa come istituzione.

4 – Sezione giurisdizionale Regione Abruzzo, sentenza 3 febbraio 2023; Giud. Un. Grossi; C.R. c. Inps.

Pensioni civili e militari – Pensioni militari – Ufficiali e sottufficiali dei carabinieri in congedo – Aliquota premiale – Diritto al ricalcolo con applicazione della percentuale di aumento del 3,60 per cento dal 21° anno di servizio anziché di quella dell’1,80 per cento – Natura di norma di salvaguardia – Sussistenza – Fattispecie.

Cost., art. 97; d.p.r. 29 dicembre, 1973, n. 1092, approvazione del t.u. delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato, artt. 54, cc. 2 e 8.

L’art. 54, c. 8, d.p.r. n. 1092/1973 ha natura di clausola di salvaguardia e di chiusura del sistema e impone all’interprete di evitare, in ogni caso, di erogare un trattamento pensionistico inferiore a quello che il militare avrebbe conseguito nel grado inferiore;

diversamente, si verificherebbe l'esito irragionevole per il quale l'avanzamento di carriera, espressione del principio meritocratico ispiratore della buona amministrazione (art. 97 Cost.) comporterebbe un trattamento pensionistico meno favorevole (nella specie, la base pensionabile era stata incrementata della percentuale dell'1,80 per cento dal 21° anno sino alla cessazione del servizio, anziché del 3,60 per cento).

* * *

Basilicata

19 – Sezione giurisdizionale Regione Basilicata; sentenza 1 febbraio 2023; Pres. Pergola, Est. Lotito, P.M. Stolfi; Proc. reg. Basilicata c. T.M. e altri.

Responsabilità amministrativa e contabile – Ministero dell'interno – Funzionari prefettizi – Erogazione di somme inesigibili a privati – Artificiosi frazionamenti – Omessa verifica – Mancata segnalazione all'agente della riscossione – Illecito erariale – Sussistenza – Fattispecie.

C.g.c., art. 1; d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito, art. 48-bis.

È fondata la pretesa erariale connessa a pagamenti di somme, oggetto di artificiosi frazionamenti, effettuati in favore di privato in difetto della dovuta verifica di cui all'art. 48-bis d.p.r. n. 602/1973 e della prescritta segnalazione al concessionario per la riscossione con conseguente frustrazione della pretesa erariale; difatti, mentre il "cumulo" è il contestuale pagamento, con un unico mandato, di plurime obbligazioni pecuniarie, il "frazionamento" è l'operazione specularmente opposta, in quanto, a fronte di un'unitaria obbligazione pecuniaria, corrispondente al complesso delle operazioni rese nel mese di riferimento, risultano emesse plurime fatture onorate con molteplici mandati (nella specie, funzionari della Prefettura competenti alla gestione del rapporto contrattuale emisero dei titoli di pagamento artatamente "confezionati" per raggiungere importi sistematicamente inferiori alla soglia "di verifica" dei debiti fiscali del beneficiario, nella piena consapevolezza dell'esistenza di un ingente debito con l'erario da parte della ditta e in completo dispregio di quelli che avrebbero dovuto essere i criteri di fatturazione).

* * *

Calabria

1 – Sezione giurisdizionale Regione Calabria; sentenza 9 gennaio 2023; Pres. Cirillo, Est. Facciorusso, P.M. Di Pietro; Comune di *Omissis* c. *Omissis* s.r.l.

Giudizi di conto e per resa del conto – Conti giudiziari – Concessionario per la riscossione di ente locale – Deposito presso la sezione regionale di controllo o presso la Procura erariale – Estinzione del giudizio – Esclusione.

C.g.c., artt. 137, 150 ss.

Il deposito del conto giudiziale presso la sezione di controllo della Corte dei conti o presso la Procura erariale è inidoneo a instaurare il "giudizio sui conti" di cui agli artt. 137 ss. c.g.c. in quanto l'art. 150 c.g.c. prevede l'estinzione del giudizio sul conto e, cioè, di quel procedimento di natura giurisdizionale che si instaura con il deposito del conto presso la locale sezione giurisdizionale e la contestuale costituzione in giudizio dell'agente, inizia con l'esame da parte del giudice istruttore, designato dal presidente, e si conclude con decreto di discarico ovvero con deferimento al collegio; di conseguenza, un eventuale deposito di conto giudiziale presso la sezione regionale di controllo o presso la procura regionale risulta estraneo alla disciplina normativa del giudizio sui conti.

2 – Sezione giurisdizionale Regione Calabria; sentenza 9 gennaio 2023; Pres. Cirillo, Est. Facciorusso, P.M. Dodaro; *Omissis* c. Comune di *Omissis*.

Giudizi di conto e per resa del conto – Conti giudiziari – Gestione economale di ente locale – Irregolarità – Spese sostenute per produzione e affissione di manifesti funebri – Onere di spesa a carico del pubblico erario – Esclusione – Fattispecie.

R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, art. 74; r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio per la contabilità generale dello Stato, art. 32.

Nella gestione economale di un ente locale, non vanno ritenute ammissibili le spese, sostenute per la produzione e l'affissione di manifesti funebri perché l'onere di spesa grava sui privati e non è invocabile la prassi contraria invalsa presso il comune (nella specie, il magistrato istruttore del conto giudiziale ha ritenuto necessario rimettere il conto all'attenzione del collegio, che ha dichiarato l'irregolarità dello stesso e condannato l'agente).

9 – Sezione giurisdizionale Regione Calabria; ordinanza 8 febbraio 2023; Pres. ed Est. Cirillo, P.M. Pallone; *Omissis*.

Giudizi di conto e per resa del conto – Conto giudiziale – Soggetto su cui non incombe l'obbligo di ge-

stione contabile e la correlata responsabilità – Irrelevanza giuridica – Configurabilità.

R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, artt. 74, 85; r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità dello Stato, art. 178; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 54.

Giudizi di conto e per resa del conto – Conto delle azioni di proprietà della regione – Obbligo di resa del conto giudiziale – Sussiste.

C.g.c., artt. 18, lett. a), 137; r.d. 23 maggio 1924, n. 827, artt. 20, 29, u.c., 32; l. 8 ottobre 1984, n. 658, istituzione in Cagliari di una sezione giurisdizionale e delle Sezioni riunite della Corte dei conti, artt. 3, 6, c. 2; d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito con modificazioni dalla l. 14 gennaio 1994, n. 19, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 3; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 93, c. 2.

Giudizi di conto e per resa del conto – Giudizio di conto – Assenza di specifica disposizione di legge – Giurisdizione della Corte dei conti – Sussistenza – Funzione di garanzia della regolarità della gestione contabile e patrimoniale – Deroga per fonte sublegislativa – Disapplicazione.

Cost., art. 103; r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, artt. 73, 74, 75; r.d. 23 maggio 1924, n. 827, artt. 20 ss.; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, art. 44; d.p.r. 4 settembre 2002, n. 254, regolamento concernente le gestioni dei consegnatari e dei cassieri delle amministrazioni dello Stato, art. 6.

Giudizi di conto e per resa del conto – Conto giudiziale delle azioni in titolarità della regione – Soggetti obbligati alla resa del conto – Legge regionale – Amministratori e sindaci delle società partecipate – Soggetti che non hanno il maneggio – Soggetti che non esercitano i diritti del socio – Disparità di trattamento rispetto ad agenti contabili di altre amministrazioni – Violazione del principio di eguaglianza – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza e non manifesta infondatezza.

Cost., art. 3; l. reg. Calabria 5 ottobre 2007, n. 22, ulteriori disposizioni di carattere ordinamentale e finanziario collegate alla manovra di assestamento del bilancio di previsione per l'anno 2007 ai sensi dell'art. 3, c. 4, l. reg. 4 febbraio 2002, n. 8, art. 8.

Giudizi di conto e per resa del conto – Legge regionale – Soggetti che non hanno il maneggio di denaro e valori dell'ente – Sottoposizione a giudizio di conto – Violazione della funzione di garanzia della legalità contabile del giudizio di conto – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza e non manifesta infondatezza.

Cost., art. 103, c. 2; l. reg. Calabria 5 ottobre 2007, n. 22, art. 8.

Giudizi di conto e per resa del conto – Uffici regionali e personale cui affidare la custodia dei beni

dell'ente – Legge regionale – Limitazione dell'ambito della giurisdizione contabile – Violazione della competenza legislativa statale esclusiva – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza e non manifesta infondatezza.

Cost., art. 117, c. 2, lett. l; l. reg. Calabria 5 ottobre 2007, n. 22, art. 8.

È privo di rilevanza giuridica il conto presentato da un soggetto su cui non incombono gli obblighi della gestione contabile di beni dell'amministrazione pubblica (in forza di un atto di incarico formale o del "maneggio" di fatto: art. 178 r.c.g.s.) e quindi la responsabilità delle entrate non riversate e delle uscite prive di valido titolo (artt. 74 e 85 l.c.g.s. e 54 r.d. n. 1214/1934).

Sussiste l'obbligo di rendere il conto delle azioni di proprietà della regione, in base alle norme generali di contabilità dello Stato (artt. 20, lett. c., 29, u.c., 32, r.d. n. 827/1924), applicabili alle regioni ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, c. 3, d.l. n. 453/1993 e degli artt. 3 e 6, c. 2, l. n. 658/1984 (nonché dell'art. 93, c. 2, d.lgs. n. 267/2000 e degli artt. 137 e 18, lett. a, c.g.c.).

La riserva di giurisdizione della Corte dei conti ex art. 103 Cost., in materia di giudizio di conto (in particolare delle azioni), deve ritenersi radicata in capo alla Corte dei conti in forza delle norme ordinamentali di carattere generale, che non tollerano deroghe in forza di fonti sublegislative, che ove esistenti vanno disapplicate (in specie l'art. 6 d.p.r. n. 254/2002).

È rilevante e non manifestamente infondata per violazione del principio di eguaglianza – in relazione all'art. 3 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l. reg. Calabria n. 22/2007, introdotto al fine di individuare gli agenti contabili tenuti alla resa del conto sulle azioni detenute dalla regione, in quanto crea una disparità di trattamento rispetto alle altre amministrazioni in cui l'agente contabile (avendo effettivo maneggio del bene-azione) risponde della propria gestione.

È rilevante e non manifestamente infondata in relazione all'art. 103, c. 2, Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l. reg. Calabria n. 22/2007, in quanto tale disposizione, assoggettando all'obbligo di resa del conto giudiziale soggetti che non hanno il maneggio di denaro e valori dell'ente e, conseguentemente, deresponsabilizzando l'ente ed i suoi agenti contabili, limita e vanifica la funzione di garanzia della legalità contabile riservata al giudizio di conto intestato alla Corte dei conti (il collegio ha rilevato che l'art. 8 della l. reg. Calabria n. 22/2007 individua come consegnatari delle azioni, tenuti all'obbligo di resa del conto, soggetti che non hanno il maneggio – inteso come giuridica e concreta possibilità di evitare che i beni perdano di valore – e non possono esercitare i diritti del socio, e non, invece, i soggetti che hanno il maneggio e cui è riservato in base all'ordinamento interno della regione l'esercizio dei diritti del socio).

È rilevante e non manifestamente infondata in relazione all'art. 117, c. 2, lett. l, Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l. reg. Calabria n. 22/2007, in quanto – ferma restando la facoltà dell'ente, nell'ambito dei suoi poteri di autorganizzazione, di individuare gli uffici ed i soggetti cui affidare la custodia dei propri beni – tale disposizione, limitando l'ambito della giurisdizione contabile, finisce per incidere su una materia riservata alla legge dello Stato, rientrando nella competenza statale la disciplina della responsabilità amministrativa, nella quale i profili sostanziali della stessa sono strettamente intrecciati con i poteri del giudice chiamato ad accertarla.

Campania

76 – Sezione giurisdizionale Regione Campania; sentenza 6 febbraio 2023; Pres. Novelli, Est. Albo, P.M. Vitale; Proc. reg. Campania c. B.G.

Responsabilità amministrativa e contabile – Soggetto privato – Contributi pubblici – Contributo regionale a carico del Fondo europeo per la pesca – Contributo di scopo – Giurisdizione contabile – Sussiste.

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

Prescrizione e decadenza – Fattispecie a formazione complessa – Erogazione di un contributo pubblico – Lasso temporale per realizzare la finalità di interesse pubblico – Dies a quo – Scadenza del termine per la realizzazione dell'attività finanziata – Criterio della conoscibilità obiettiva.

C.c., artt. 2935, 2947; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, c. 2.

Rientra nella giurisdizione del giudice contabile l'azione di responsabilità amministrativa per il risarcimento del danno erariale cagionato da un soggetto beneficiario di un contributo regionale carico di un fondo europeo, trattandosi di un contributo di scopo.

Nella fattispecie di responsabilità amministrativa a formazione complessa, costituita dall'erogazione di un contributo di scopo e da un lasso temporale entro il quale il soggetto percettore deve realizzare la finalità di interesse pubblico che giustifichi l'erogazione del contributo, il dies a quo per la prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale coincide con la scadenza del termine entro il quale l'attività finanziata doveva essere realizzata, trattandosi di un momento nel quale, tenuto conto dell'articolato sistema di controlli di cui l'amministrazione si era dotata, il fatto dannoso diventa conoscibile.

38 – Sezione giurisdizionale Regione Campania; ordinanza 8 febbraio 2023; Pres. ed Est. Novelli, P.M. Ferrante; D.S. R. c. Proc. reg. Campania.

Processo contabile – Giudizio per sequestro conservativo – Requisito del *periculum in mora* – Elemento oggettivo – Sproporzione – Capacità patrimoniale del debitore – Entità del credito – Sproporzione – Rilevanza *ex se* – Elemento soggettivo – Comportamento del debitore – Valutazione.

C.g.c., art. 74; c.p.c., art. 671.

*Nell'ambito del giudizio per sequestro conservativo, ai fini della valutazione del requisito del *periculum in mora*, mentre l'elemento oggettivo, costituito dalla sproporzione tra l'entità del credito erariale e il patrimonio del debitore, può rilevare *ex se*, l'elemento soggettivo va valutato rispetto alla condotta posta in essere dal debitore che renda verosimile una riduzione della garanzia patrimoniale sino a quel momento esistente.*

Emilia-Romagna

7 – Sezione giurisdizionale Regione Emilia-Romagna; sentenza 31 gennaio 2023; Pres. ed Est. Pozzato, P.M. Cimmino; Proc. reg. Emilia-Romagna c. C.B. e altro.

Responsabilità amministrativa e contabile – Consigliere comunale – Carica sociale – Società *in house* – Compenso indebito – Giurisdizione contabile – Sussiste.

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratore comunale – Cariche elettive – Società partecipata – Carica in organo di vertice – Compenso – Danno erariale – Sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, artt. 63, 82; l. 27 dicembre 2006, n. 296, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007), art. 1, c. 718; d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010 n. 122, misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, art. 5, c. 11; d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, ai sensi dell'art. 1, cc. 49 e 50, l. 6 novembre 2012, n. 190, art. 11.

*Rientra nella giurisdizione del giudice contabile la fattispecie di responsabilità amministrativa avente ad oggetto la percezione di compensi da parte di un consigliere comunale nominato amministratore unico di una società *in house*.*

Ai sensi della disciplina contenuta nel t.u. degli enti locali che attribuisce ai consiglieri comunali che partecipano a consigli e commissioni solo un gettone di presenza e della disciplina normativa in tema di incompatibilità tra cariche elettive e cariche di vertice in enti partecipati, il compenso percepito dall'amministratore comunale che, contemporaneamente alla carica elettiva, ricopre la carica di componente degli organi di amministrazione di una società partecipata costituisce danno erariale.

* * *

Friuli-Venezia Giulia

1 – Sezione giurisdizionale Regione Friuli-Venezia Giulia; sentenza 9 gennaio 2023; Pres. Bacchi, Est. Gargiulo, P.M. Daino; Proc. reg. Friuli-Venezia Giulia c. I.C.

Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità sanitaria – Medico ospedaliero – Mancata considerazione delle ipotesi diagnostiche del medico specialista esterno – Tardività della diagnosi – Colpa grave – Sussistenza – Fattispecie.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; l. 8 marzo 2017, n. 24, disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, artt. 9, 13.

È gravemente colposa la condotta del medico ospedaliero specialista in ginecologia e ostetricia il quale ignori le ipotesi diagnostiche ravvisate dal medico specialista di fiducia della paziente in un quadro accompagnato da specifica refertazione; infatti, il medico esterno del paziente ha dello stesso, normalmente, una specifica e approfondita conoscenza, per cui l'avvio alla struttura ospedaliera è indice di un giudizio di necessità e a volte di urgenza (nella specie, il medico specialista esterno aveva ipotizzato una possibile gravidanza extrauterina, non adeguatamente valutata in sede ospedaliera, con conseguente esposizione a grave rischio della paziente per tardiva diagnosi e successivo intervento demolitivo, con compromissione della capacità riproduttiva).

2 – Sezione giurisdizionale Regione Friuli-Venezia Giulia; sentenza 10 gennaio 2023; Giud. un. Gargiulo; R.A.B. c. Inps.

Pensioni civili e militari – Calcolo dell'onere del riscatto del periodo universitario – Contratto di lavoro a tempo parziale – C.d. quota A – Riferimento alla retribuzione prevista per il contratto a tempo pieno – Sussistenza – Quota C – Retribuzione effettivamente percepita – Sussiste.

L. 29 dicembre 1988, n. 554, disposizioni in materia di pubblico impiego, art. 8, c. 8; d.lgs. 30 aprile 1997,

n. 184, attuazione della delega conferita dall'art. 1, c. 39, l. 8 agosto 1995, n. 335, in materia di ricongiunzione, di riscatto e di prosecuzione volontaria ai fini pensionistici, art. 2, c. 5.

Per determinare l'onere del riscatto del periodo universitario ai fini pensionistici il parametro di riferimento, per la c.d. "quota A", è quello della retribuzione prevista per il lavoro a tempo pieno, anche se il dipendente ha svolto il lavoro a tempo parziale, in quanto legislativamente previsto; per la c.d. "quota C", invece, la previsione legislativa prevede che il parametro consideri l'emolumento effettivamente percepito per i servizi prestati e pertanto la base di calcolo deve prendere a riferimento la retribuzione effettivamente percepita.

* * *

Lazio

24 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; ordinanza 30 gennaio 2023; Giud. un. Cossu; E.S. c. Inps.

Pensioni civili e militari – Pensione civile – Professore – Soppressione scuola – Stato giuridico dei professori e ricercatori universitari – Riliquidazione trattamento pensionistico – Sistema di calcolo retributivo – Retribuzione percepita nell'ultimo anno di lavoro – Neutralizzazione – Questione di legittimità costituzionale – Fattispecie.

Cost., artt. 2, 3, c. 1, 36, c. 1, 38, c. 2; l. 11 marzo 1957, n. 87, norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale, art. 23, c. 2; d.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1092, approvazione del t.u. delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato, art. 43; l. 29 maggio 1982, n. 297, disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica, art. 3, c. 8; d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'art. 3 della l. 23 ottobre 1992, n. 421, artt. 7, 13; d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario, art. 2, c. 11, lett. a); d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, art. 21, c. 4; d.p.c.m., 25 novembre 2015, n. 202, regolamento recante determinazione del trattamento economico dei docenti della Scuola nazionale dell'amministrazione, art. 2.

Pensioni civili e militari – Pensione civile – Neutralizzazione – Ultima retribuzione percepita – Minore importo – Applicazione analogica principi già espressi dalla Corte costituzionale – Esclusione – Ragioni – Liquidazione pensione – Base di calcolo

– Retribuzione diversa da quella percepita alla data di cessazione – Esclusione.

D.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1092, art. 43; l. 29 maggio 1982, n. 297, art. 3, c. 8; d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, artt. 7, 13; d.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 21, c. 4; d.p.c.m. 25 novembre 2015, n. 202, art. 2.

Pur essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore l'individuazione del periodo di riferimento per la determinazione della retribuzione pensionabile, è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, c. 4, d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014, per violazione degli artt. 2, 3, c. 1, 36, c. 1 e 38, c. 2, Cost., che, nel disporre il trasferimento dei docenti della Scuola superiore dell'economia e delle finanze alla Scuola nazionale dell'amministrazione e l'applicazione dello stato giuridico ed economico dei professori e ricercatori universitari, non ha previsto, ai fini previdenziali, la neutralizzazione della minore retribuzione percepita a seguito della predetta equiparazione.

Va esclusa l'interpretazione adeguatrice dell'art. 21, c. 4, d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014, non potendo essere applicati in via analogica i principi espressi dalla Corte costituzionale in tema di neutralizzazione di periodi anzianità contributiva in sistemi previdenziali diversi da quelli nei quali i predetti principi sono stati affermati ed in quanto nel sistema di calcolo retributivo per la liquidazione della pensione non si può prendere come base di calcolo una retribuzione diversa da quella percepita alla data di cessazione dal rapporto di lavoro.

68 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 1 febbraio 2023; Pres. Miele, Est. Guida, P.M. Baldanza; Proc. reg. Lazio c. A.C. e altri.

Responsabilità amministrativa e contabile – Dirigente azienda speciale – Ccnl dirigenza enti locali – Applicabilità – Danno erariale da differenze stipendiali percepite – Non sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 114.

Responsabilità amministrativa e contabile – Dirigente generale azienda speciale – Incarico aggiuntivo – Principio di omnicomprensività del trattamento economico – Violazione – Responsabilità del percettore – Sussistenza – Organi amministrativi e di controllo dell'azienda – Responsabilità sussidiaria – Sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 24, c. 3.

Non costituisce danno erariale l'erogazione ad un dirigente di un'azienda speciale che non svolge alcun servizio di rilevanza economica di una retribuzione maggiore rispetto al salario previsto dal Ccnl dirigenti dei servizi pubblici, essendo legittima l'applicazione del Ccnl dei dirigenti degli enti locali.

Sussiste la responsabilità amministrativa di un dirigente generale di un'azienda speciale che, in violazione del principio di omnicomprensività del trattamento economico dei dirigenti, abbia percepito un ulteriore compenso per un incarico aggiuntivo di consulenza rientrante nei compiti del suo ufficio e, in via sussidiaria, la responsabilità degli organi amministrativi e di controllo dell'azienda speciale, che non hanno adottato misure organizzative tese all'internalizzazione delle attività oggetto di conferimento, nonché degli amministratori locali, che non hanno posto in essere le successive azioni di recupero.

84 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 8 febbraio 2023; Pres. ed Est. Pozzato, P.M. Crea; Proc. reg. Lazio c. P.V. e altri.

Responsabilità amministrativa e contabile – Incarico di staff degli organi politici degli enti locali – Conferimento a soggetto in quiescenza – Violazione – Dolo – Sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 90; d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario, art. 1.

Il conferimento a titolo oneroso di un incarico di staff di un organo politico di un ente locale per l'intera durata del mandato del predetto organo ad un soggetto in quiescenza è fonte di danno erariale.

86 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 10 febbraio 2023; Pres. Miele, Est. Meniconi, P.M. Palmieri; Proc. reg. Lazio c. G.M. e altro.

Processo contabile – Mancata audizione del convenuto – Inammissibilità dell'atto di citazione – Condizioni – Limiti.

C.g.c., art. 67, c. 2.

Responsabilità amministrativa e contabile – Azienda sanitaria locale – Magazzinieri – sottrazione di farmaci – Danno patrimoniale – Ritrovamento beni – Irrilevanza – Ricerca e contabilizzazione farmaci sottratti – Danno da disservizio – Sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

L'omessa audizione personale dà luogo all'inammissibilità della citazione solo nell'ipotesi in cui sia stata effettivamente richiesta, con specifica e tempestiva istanza formulata in calce alle deduzioni o in separato atto, ma non anche quando sia fatta in calce alle deduzioni una mera riserva di futura richiesta di audizione, mai successivamente perfezionata.

Sussiste la responsabilità amministrativa in solido dei magazzinieri di una Asl per il danno alle finanze pubbliche derivato dalla sottrazione di farmaci destinati ad uso ospedaliero, nelle componenti del danno patrimoniale, corrispondente al prezzo di mercato dei farmaci sottratti a nulla rilevando il loro ritrovamento, trattandosi di beni deteriorabili, e da disservizio per l'attività di ricerca e contabilizzazione dei farmaci sottratti svolto da altro personale.

* * *

Lombardia

20 – Sezione giurisdizionale Regione Lombardia; sentenza 6 febbraio 2023; Pres. Canu, Est. De Rentiis; P.M. Dell'Oro; Proc. reg. Lombardia c. *Omissis*.

Processo contabile – Giudizio di responsabilità – Guardia di finanza – Militari infedeli – Reati corruttivi – Sentenza patteggiata ex art. 444 c.p.p. – Eccezione di inutilizzabilità ex art. 445, c. 1-bis, c.p.p. – Infondatezza.

C.p.p., artt. 444, 445, c. 1-bis.

Responsabilità amministrativa e contabile – Guardia di finanza – Militari – Sentenza patteggiata irrevocabile ex art. 444 c.p.p. – Danno all'immagine – Azionabilità – Quantificazione – Criteri.

C.c., artt. 1226, 2056; c.p.p., art. 444; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 1-sexies.

È infondata l'eccezione, sollevata dal convenuto, di inutilizzabilità in sede erariale della sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., a mente del disposto di cui al novellato art. 445, c. 1-bis, c.p.p., essendo le modifiche normative in linea con la costante giurisprudenza contabile secondo cui detta sentenza, pur non potendosi configurare tecnicamente come una pronuncia di condanna, non preclude al giudice contabile di procedere ad un autonomo accertamento dei fatti costitutivi della domanda risarcitoria.

È azionabile la lesione all'immagine pubblica della Guardia di finanza sulla base di sentenza penale patteggiata passata in giudicato; la quantificazione di detta posta di danno può essere effettuata mediante criterio equitativo riferito al duplum del prezzo concordato.

27 – Sezione giurisdizionale Regione Lombardia; sentenza 20 febbraio 2023; Pres. Tenore, Est. Berruti, P.M. Papa; Proc. reg. Lombardia c. S.D. e altro.

Responsabilità amministrativa e contabile – Concessionario per la riscossione – Illecita appropriazione di somme incassate a titolo di imposta – Responsabilità contabile – Sussiste.

R.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, art. 194.

Processo contabile – Concessionario per la riscossione – Illecita appropriazione di somme incassate a titolo di imposta – Onere della prova – Intero ammontare del carico – Esatto adempimento – Spetta al concessionario.

R.d. 23 maggio 1924, n. 827, art. 194.

Responsabilità amministrativa e contabile – Concessionario per la riscossione – Illecita appropriazione di somme incassate a titolo di imposta – Danno pubblico – Intero ammontare dell'imposta riscossa e non rendicontata – Corresponsione di canone fisso – Irrilevanza.

R.d. 23 maggio 1924, n. 827, art. 194.

L'appropriazione illecita di somme riscosse dal concessionario, contestata altresì in sede penale nell'ambito del reato di peculato, integra la tipica responsabilità contabile di chi ha il maneggio, sia esso di diritto o di fatto, del denaro pubblico, che nasce dalla dolosa violazione degli obblighi di servizio consistenti nel riscuotere, versare e rendicontare all'ente pubblico le imposte riscosse in adempimento del rapporto concessorio.

La responsabilità contabile da appropriazione illecita di somme riscosse dal concessionario è soggetta al regime probatorio di cui all'art. 194 del regolamento generale di contabilità dello Stato (r.d. n. 827/1924), che costituisce principio generale in materia, secondo cui il carico dell'agente contabile è dato dall'intero ammontare dell'imposta riscossa e spetta a questi la prova dell'esatto adempimento secondo le modalità ivi previste.

Nel caso di responsabilità contabile da appropriazione illecita di somme riscosse dal concessionario, il danno va commisurato all'intero ammontare dell'imposta riscossa e non rendicontata, sia nel caso in cui il concessionario sia contrattualmente tenuto al solo versamento di un canone fisso prestabilito, sia quando sia stata pattuita la c.d. clausola del minimo garantito (che prevede il riversamento all'ente pubblico, fermo restando quel minimo e la percentuale di aggio pattuita, dell'imposta riscossa), poiché l'occultamento fraudolento delle riscossioni rende in ogni caso illecita la gestione del denaro pubblico e la

sua ritenzione a titolo di corrispettivo, sia come aggio, che come eccedenza rispetto al canone fisso periodicamente versato. (1)

31 – Sezione giurisdizionale Regione Lombardia; sentenza 27 febbraio 2023; Pres. Tenore, Est. Manni, P.M. Lupacchino; Proc. reg. Lombardia c. T.V.

Responsabilità amministrativa e contabile – Dipendente comunale – Sospensione cautelare – Mancata comunicazione dell'assoluzione – Danno erariale per indebita percezione della retribuzione – Sussiste.

Cost., art. 54; c.c., artt. 1175, 1366, 1375, 2104; disp. att. c.p.p., art. 154-ter; l. 27 marzo 2001, n. 97, norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, art. 4.

Il dipendente pubblico sospeso cautelatamente dal servizio ai sensi dell'art. 4 l. n. 97/2001, con versamento del 50 per cento della retribuzione ex art. 5 c.c.n.l. enti locali dell'11 aprile 2008, ha l'obbligo

(1) Sulla quantificazione del danno da illecita appropriazione di tributi da parte del concessionario per la riscossione, si sono registrati due orientamenti nella giurisprudenza. Un primo (seguito da Sez. giur. reg. Lombardia n. 117/2017 e Sez. giur. reg. Piemonte n. 251/2017) ritiene che, qualora l'ente pubblico abbia pattuito con il concessionario la clausola del canone fisso e questo sia stato regolarmente versato alle previste scadenze, dovrebbe ritenersi sostanzialmente irrilevante, dal punto di vista dell'ente, la specifica entità dell'imposta riscossa. Pertanto, non comporterebbe danno erariale, in presenza di tale clausola contrattuale, la circostanza che il concessionario abbia avuto maggiori introiti, ancorché non rendicontati all'ente interessato, in quanto da quei maggiori introiti nessun diretto beneficio economico avrebbe potuto trarre l'ente pubblico, poiché già contrattualmente soddisfatto dalla percezione del canone fisso. Sussisterebbe dunque danno, e corrispondente credito erariale, solo nel caso sia stata stipulata la diversa clausola del minimo garantito, che prevede il riversamento all'ente, fermo restando quel minimo e la percentuale di aggio pattuita, dell'imposta riscossa. Un secondo orientamento (seguito da Sez. giur. reg. Emilia-Romagna n. 186/2017, nonché da Sez. I centr. app. 9 luglio 2018, n. 281, in questa *Rivista*, 2018, 3-4, 193, che ha riformato sul punto Sez. giur. reg. Lombardia n. 117, cit.), in mancanza della prescritta rendicontazione, in via amministrativa o mediante conto giudiziale, gli agenti contabili, sia di diritto che di fatto, non potrebbero mai essere discaricati, e mandati esenti da responsabilità, neppure con riferimento alle clausole convenzionali che prevedono la remunerazione del servizio di riscossione con un canone fisso. Ciò in quanto l'occultamento fraudolento delle riscossioni renderebbe illecita la gestione di tali denari pubblici (che non vengono conteggiati nel gettito lordo conseguito) e del pari illecita la loro ritenzione a titolo di asseriti corrispettivi, sia come aggio, che come eccedenza rispetto al canone fisso versato.

La Sezione lombarda, con la sentenza sopra massimata, ha aderito a questo secondo orientamento, che, oltre ad essere seguito dal giudice di secondo grado, appare informato a maggior rigore nella tutela della finanza pubblica, in particolare sul versante dell'entrata.

dovere, sulla base dei principi di correttezza e buona fede, di leale collaborazione e diligenza, di rendere tempestivamente edotto il datore di lavoro del venir meno del presupposto della sospensione e di riprendere la prestazione lavorativa; l'omissione della comunicazione di tale circostanza e l'aver omesso di riprendere la prestazione lavorativa, rendono indebite le somme percepite dal dipendente nel periodo successivo al venir meno della sospensione, qualora il datore di lavoro, ignaro del venir meno della causa di sospensione avendo la Cancelleria penale omesso la comunicazione ex art. 154-ter, disp. att. c.p.p., non sia stato reso edotto dal dipendente di tale circostanza, così da non aver potuto provvedere alla riammissione in servizio dello stesso.

* * *

Piemonte

2 – Sezione giurisdizionale Regione Piemonte; sentenza 11 gennaio 2023; Giud. un. Olessina; A.D. c. Inps.

Pensioni civili e militari – Pensionato – Figlio disabile totalmente a carico convivente – Trattamento di famiglia – Assegni per il nucleo familiare – Riconoscimento – Assegno unico e universale – Sostituzione – Decorrenza.

D.l. 13 marzo 1988, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 13 maggio 1998, n. 153, norme in materia previdenziale, per il miglioramento delle gestioni degli enti portuali ed altre disposizioni urgenti, art. 2; d.lgs. 29 dicembre 2021, n. 230, istituzione dell'assegno unico e universale per i figli a carico, in attuazione della delega al Governo ai sensi della l. 1 aprile 2021, n. 46, art. 1.

Va riconosciuto in favore di un soggetto pensionato, genitore di un figlio totalmente a carico, convivente e gravemente disabile, il trattamento di famiglia (assegni per il nucleo familiare), sostituito, a decorrere dall'1 marzo 2022, dall'assegno unico e universale per i figli a carico.

17 – Sezione giurisdizionale Regione Piemonte; sentenza 16 febbraio 2023; Pres. Pinotti, Est. Olessina, P.M. Lorelli; Proc. reg. Piemonte c. R.G. e altri.

Responsabilità amministrativa e contabile – Soggetti privati – Percezione di contributi pubblici – Rapporto di servizio – Natura giuridica del soggetto e dell'atto di investimento – Irrilevanza – Giurisdizione contabile – Sussiste.

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 2.

Processo contabile – Soggetti privati – Percezione di contributi pubblici – Giudizio di responsabilità – Ammissione del credito al passivo della procedu-

ra fallimentare – Ne bis in idem – Non sussiste – Esecuzione – Duplicazione risarcitoria – Limiti.

C.g.c., art. 1; r.d. 16 marzo 1942, n. 267, disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, artt. 92, 93, 95; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, c. 2.

Processo contabile – Procura contabile – Amministrazione danneggiata – Modifica nel corso dell'udienza di discussione – Ammissibilità – Emendatio libelli – Sussiste.

C.g.c., art. 86.

Il rapporto di servizio tra pubblica amministrazione e soggetti privati destinatari di contributo pubblico finalizzato al perseguimento di finalità di pubblico interesse – elemento in presenza del quale, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto agente e dell'atto di investitura sussiste la giurisdizione del giudice contabile – deve intendersi riferito non solo all'impresa beneficiaria del contributo, ma anche i suoi amministratori e ai dipendenti che, con la loro attività, abbiano posto in essere i presupposti per una illegittima percezione del contributo pubblico o abbiano provocato la distrazione o la frustrazione dello scopo perseguito dall'amministrazione.

Va rigettata l'eccezione di violazione del principio del "ne bis in idem" sollevata da soggetti beneficiari di contributi pubblici convenuti dalla Procura contabile in un giudizio di responsabilità amministrativa in ragione dell'ammissione del credito al passivo nell'ambito di una procedura fallimentare, rispondendo l'azione del pubblico ministero contabile ad un interesse generale e ponendosi, solo in sede di esecuzione, il divieto di duplicazioni risarcitorie.

È ammissibile, in quanto costituisce un'emendatio libelli, la modifica nel corso dell'udienza di discussione da parte della Procura contabile dell'individuazione dell'amministrazione danneggiata rispetto a quella indicata nell'atto di citazione.

* * *

Toscana

25 – Sezione giurisdizionale Regione Toscana, sentenza 25 gennaio 2023, n. 25; Giud. un. Papa; *Omissis* c. Ministero della difesa.

Pensioni civili e militari – Dipendenza da causa di servizio di malattie e infermità – Malattia tumorale – Servizio prestato in missioni all'estero in paesi coinvolti in conflitti – Inquinamento ambientale – Prova indiziaria – Sussiste.

C.c., art. 2935; d.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1092, approvazione del t.u. delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato, art. 67; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 2.

Pensioni civili e militari – Accertamento della dipendenza da causa di servizio – Unicità e definitività per tutte le finalità stabilite dalla legge – Unicità della domanda volta all'attribuzione di più benefici – Sussiste.

D.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1092, art. 67; d.p.r. 29 ottobre 2001, n. 461, regolamento recante semplificazione dei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza dalle infermità da causa di servizio, per la concessione della pensione privilegiata ordinaria e dell'equo indennizzo, nonché per il funzionamento e la composizione del comitato per le pensioni privilegiate ordinarie, art. 12.

Giurisdizione e competenza – Pensioni militari – Domanda di accertamento della dipendenza da causa di servizio di infermità ai fini del riconoscimento dell'equo indennizzo e di pensione privilegiata ordinaria – Litispendenza – Esclusione – Valore di giudicato esterno della pronuncia del giudice amministrativo nel giudizio davanti alla Corte dei conti – Esclusione – Pregiudizialità della decisione del giudice amministrativo con conseguente sospensione del giudizio contabile – Esclusione.

C.p.c., art. 39; c.g.c., artt. 7, c. 2, 106.

Pensioni civili e militari – Onere della prova del nesso causale tra infermità e servizio – Oggetto – Nesso di causalità – Nozione – Criterio probabilistico – Sussistenza – Nozione.

C.c., art. 2697; d.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1092, art. 67.

Va ritenuta la sussistenza del nesso eziologico di dipendenza da causa di servizio di una malattia tumorale (seminoma classico) dal servizio prestato da personale militare in missione all'estero ancorché a seguito di prova indiziaria legata alla ripetizione dei fenomeni nosologici, alla presenza nell'area della contaminazione, dimostrata da un'ispezione e successiva apposizione di sigilli nel luogo ove i militari soggiornavano, nonché, in senso contrario, dalla mancata esibizione in giudizio, nonostante l'ordine del giudice in tal senso, della relazione stesa a seguito dell'ispezione da parte dell'amministrazione resistente.

La norma che prevede l'unicità e la definitività dell'accertamento della dipendenza da causa di servizio per tutte le finalità previste dalla legge è espressione del principio di economicità dell'azione amministrativa, al fine di evitare una doppia valutazione della causalità tra fatto di servizio e infermità occorsa; pertanto, la domanda presentata all'amministrazione che abbia sia la finalità di ottenere l'accertamento della dipendenza da causa di servizio che l'equo indennizzo è valida anche agli effetti della pensione privilegiata quale condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale, in relazione al quale l'interessato vanta un interesse concreto ed attuale ancorché ancora in servizio.

Non sussiste litispendenza tra la domanda presentata al giudice amministrativo volta ad accertare la sussistenza della causa di servizio ai fini dell'equo in-

dennizzo e quella davanti alla Corte dei conti finalizzata al riconoscimento della pensione privilegiata, trattandosi di domande autonome rivolte a plessi giurisdizionali diversi; pertanto, non acquista valore di giudicato esterno la pronuncia del giudice amministrativo perché valuta esclusivamente i vizi di legittimità dell'atto amministrativo ma non esamina il rapporto dedotto in giudizio; ne consegue l'insussistenza della necessità di sospensione del giudizio contabile in attesa di quello amministrativo.

L'oggetto del giudizio sull'accertamento del nesso eziologico tra malattia o infermità occorsa e servizio prestato riguarda non la relazione causale, che costituisce un ragionamento che può essere di carattere logico-deduttivo, analitico-induttivo, inferenziale, probabilistico, ma i fatti materiali dai quali evincere la derivazione (o meno) dal servizio dell'infermità o malattia riportata dal dipendente pubblico; il nesso causale tra il servizio e l'infermità o la malattia riportata dal dipendente pubblico, come in ogni caso di condotta illecita, implica, per la sua affermazione, non un criterio di certezza assoluta ma di natura probabilistica, intesa in senso non statistico ma logico; pertanto, anche una causa statisticamente improbabile, qualora accertata, può fondare un giudizio positivo sul nesso causale tra servizio e malattia o infermità, qualora tutte le altre possibili cause siano improbabili e non ne siano concepibili altre.

* * *

Trentino-Alto Adige

19 – Sezione giurisdizionale Regione Trentino-Alto Adige, Bolzano; sentenza 28 dicembre 2022; Giud. un. Marinaro; *Omissis* c. Inps.

Processo pensionistico – Comportamento dell'amministrazione convenuta – Canone di valutazione probatoria del più probabile che non – Riflessi sulla posizione attorea.

C.g.c., artt. 95, c. 3; c.p.c., artt. 100, 116, c. 2.

Pensioni civili e militari – Pensione militare – Liquidazione con il sistema retributivo – Clausola di salvaguardia ex art. 54, c. 8, d.p.r. n. 1092/1973 – Applicazione di percentuali differenziate.

D.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1092, approvazione del t.u. delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato, art. 12 preleggi, art. 54, c. 8.

Come nei giudizi di responsabilità, anche nel rito pensionistico trova applicazione il canone civilistico di valutazione probatoria del 'più probabile che non', di talché una sfuggente posizione dell'Istituto previdenziale a fronte della qualificata documentazione prodotta dal ricorrente conduce a ritenere che la posizione di quest'ultimo sia plausibilmente attendibile e

comunque connotata dal necessario interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (1)

Fermo restando che, di per sé, la liquidazione con il sistema retributivo deve tener conto dell'ultimo emolumento stipendiale e quindi della corrispondente aliquota incrementale, tale principio va però armonizzato, sul piano sistematico, col precetto dell'art. 54, c. 8, d.p.r. n. 1092/1973 – "in ogni caso la pensione spettante non può essere minore di quella che il militare avrebbe conseguito nel grado inferiore" –, il quale configura una ineludibile clausola di salvaguardia che consente l'ingresso all'applicazione di percentuali differenziate in relazione ai diversi periodi di carriera dell'interessato, nella specie (ex) appartenente all'arma dei Carabinieri. (2)

(1) In tema di comportamento processuale nel giudizio pensionistico la Sezione di Bolzano con sent. 28 luglio 2022, n. 10, in questa *Rivista*, 2022, 4, 175, con nota redazionale, ha già avuto modo di affermare che "la mancata comparizione delle amministrazioni resistenti nonché la loro omessa produzione di memorie conclusive, nel venire a configurare una implicita non convinta adesione al (pur a loro favorevole) parere medico-legale reso dal c.t.u., delineano un significativo contegno processuale da cui il giudice può senz'altro desumere idonei argomenti in ordine alla persuasività della contrapposta perizia prodotta dal ricorrente"

(2) Nella pronuncia in epigrafe si richiama "il contrasto giurisprudenziale in materia, che, allo stato, vede i Giudici di Catanzaro, Palermo e Venezia orientati a favore della tesi dell'Inps, a differenza delle Corti di Torino e Bologna, le quali, per converso, valorizzano sul piano interpretativo il disposto del succitato dell'art. 54, c. 8, d.p.r. n. 1092/1973", per poi enucleare i condivisi argomenti di tali Corti: "evidente è la natura precettiva e di sistema di quest'ultima norma, che – contemplando una vera e propria clausola di salvaguardia (emblematica è la sua collocazione nel contesto degli ultimi commi dell'art. 54) – obbliga l'interprete a dare prevalenza (l'inciso 'in ogni caso' osta a esegesi di diverso segno – art. 12 preleggi) al criterio per cui non è consentito un trattamento pensionistico inferiore a quello che il militare avrebbe ottenuto nel grado inferiore" [Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 9 dicembre 2022, n. 190, dove appropriatamente si osserva che "avallando, infatti, l'impostazione contraria alla tesi di parte attrice, si approda all'irragionevole esito esegetico per cui un avanzamento di carriera – espressione del principio meritocratico ispiratore della buona amministrazione (art. 97 Cost.) – comporterebbe un trattamento pensionistico meno favorevole"], di talché ben può ritenersi "che non vi siano elementi in diritto ostativi all'applicazione dell'aliquota incrementale differenziata in relazione ai diversi periodi di carriera del lavoratore" (Sez. giur. reg. Piemonte, 23 maggio 2022, n. 138). Statuisce pertanto la sentenza bolzanina che "l'aliquota dell'1,80 per cento andrà applicata per il solo periodo in cui il ricorrente ha rivestito la qualifica di ufficiale, mentre per gli anni di servizio svolti in qualità di sottufficiale andranno applicate le percentuali del 3,60 per cento e del 2 per cento con le decorrenze indicate in narrativa", soggiungendo che un siffatto computo "dovrà dipanarsi attraverso il doppio calcolo prescritto dall'art. 1, c. 707, l. n. 190/2014, così da escludere qualsivoglia indebita erogazione".

2 – Sezione giurisdizionale Regione Trentino-Alto Adige, Trento; sentenza 27 gennaio 2023; Pres. Bersani, Est. Schülmers von Pernwerth, P.M. Albo; Proc. reg. Trentino-Alto Adige/Südtirol, Trento c. *Omissis*.

Processo contabile – Attività istruttoria del pubblico ministero dopo l’invito a dedurre – Situazioni nuove rispetto alla fase istruttoria precedente – Obbligo di comunicazione ai soggetti invitati – Sussistenza – Ulteriori elementi di fatto emersi a seguito dell’invito a dedurre – Esclusione.

C.g.c., art. 67, c. 7; d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114, disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell’art. 20 l. 7 agosto 2015, n. 124, art. 29, c. 1, lett. b).

Responsabilità amministrativa e contabile – Dirigenti comunali – Risarcimento del danno in sede penale – Assenza di imputazione del pagamento da parte dei convenuti debitori – Imputazione da parte dell’amministrazione creditrice a titolo di danno patrimoniale – Assorbimento integrale della contestazione in sede contabile.

C.c., art. 1195.

Il pubblico ministero ha l’obbligo di comunicazione alla persona invitata delle ulteriori acquisizioni probatorie emerse a seguito dell’invito a dedurre unicamente quando queste abbiano fatto emergere elementi obiettivamente nuovi rispetto allo status quo ante; infatti, la relativa previsione è stata precisata in occasione del c.d. “correttivo” al codice di giustizia contabile, per evitare di restringere eccessivamente il campo delle ulteriori indagini del pubblico ministero dopo l’invito a dedurre, anche a favore del soggetto invitato.

Vanno mandati assolti i convenuti citati in giudizio per risarcire il danno esclusivamente patrimoniale qualora essi abbiano risarcito in sede penale un importo tale da coprire integralmente la posta contestata in sede contabile; infatti, in assenza di imputazione del pagamento da parte del debitore, spetta al creditore indicare a quale titolo intende ricevere le somme pagate (nella specie, la Procura erariale chiedeva di considerare la somma pagata all’amministrazione, costituita parte civile in sede penale, per il 50 per cento a titolo di danno patrimoniale e per il 50 per cento a titolo di danno non patrimoniale, con conseguente residuo di una somma da risarcire in sede contabile, mentre la sentenza ha ritenuto che l’importo andava imputato integralmente a titolo di risarcimento del danno patrimoniale poiché l’amministrazione aveva imputato l’importo in conto entrata a titolo di risarcimento del danno patrimoniale).

* * *

Umbria

1 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 4 gennaio 2023; Pres. Floreani, Est. Mondera, P.M. Amante; Proc. reg. Umbria c. A.T.

Responsabilità amministrativa e contabile – Soggetto privato – Eventi calamitosi – Alluvione – Indebita percezione di contributi pubblici – Rapporto di servizio – Configurabilità – Giurisdizione contabile – Sussiste.

Cost., art. 103; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

In ipotesi di indebita percezione di contributi regionali da parte di impresa extragricola, danneggiata da evento alluvionale, sono ravvisabili sia il rapporto di servizio fra l’ente pubblico erogatore e il privato percettore, sia la funzionalizzazione di contributo regionale ai fini di interesse pubblico, non meramente solidaristico o assistenziale, desumibile anche dalla presenza di polizza fideiussoria contratta allo scopo di garantire la ripresa economica delle aree produttive alluvionate, nonché dall’obbligo di rendicontazione; di conseguenza il discrimen della giurisdizione contabile non va individuato nella natura a fondo perduto del contributo, bensì nelle finalità pubblicistiche ad esso sottese.

2 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 5 gennaio 2023; Pres. Floreani, Est. Mondera, P.M. Magno; Proc. reg. Umbria c. R.P.

Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità sanitaria – Azienda sanitaria locale – Primario ospedaliero di ginecologia e ostetricia – Grave negligenza professionale – Configurabilità – Condotta illecita – Sussistenza – Fattispecie.

C.g.c., art. 1.

Il sinistro occorso a gestante per decesso endouterino del feto da sofferenza fetale prolungata da precoce invecchiamento della placenta integra ipotesi di malpractice medica attribuibile al primario ospedaliero della U.O. di ginecologia e ostetricia per grave negligenza professionale perché, una volta accertata la crescita patologica fetale, ha omesso di ricoverare la paziente presso una struttura adeguata per approfondire la diagnosi, praticare la maturazione con steroidi e monitorare intensamente la gravidanza in modo da poter procedere alla estrazione anticipata con taglio cesareo del feto prematuro scongiurandone la morte.

9 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 7 febbraio 2023; Pres. Floreani, Est. Mondera, P.M. Magno; Proc. reg. Umbria c. O.G.

Responsabilità amministrativa e contabile – Arma dei carabinieri – Luogotenente infedele – Reati commessi da pubblico dipendente – Assenteismo fraudolento – Danno all’immagine – Clamor fori – Irrilevanza.

C.g.c., art. 1; d.lgs., 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 55-quinquies.

La risarcibilità del danno all’immagine, in ipotesi di assenteismo fraudolento, opera a prescindere da qualsivoglia condizione sostanziale o processuale non espressamente prevista dall’art. 55-quinquies d.lgs. n. 165/2001; conseguentemente, non essendo il clamor fori contemplato dalla predetta disposizione, non si esige la ricorrenza della risonanza sui mass-media della vicenda illecita per la risarcibilità di detta posta di pregiudizio erariale.

* * *

ALTRE CORTI

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

C-53/22 – Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. X; sentenza 9 febbraio 2023; Pres. e Rel. Gratsias, Avv. gen. Campos Sanchez-Bordona; VZ c. CA e altri.

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, da Tar Lombardia (Italia), ord. 7 gennaio 2022.

Unione europea – Rinvio pregiudiziale – Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori – Direttiva 89/665/Cee – Art. 1, par. 3 – Interesse ad agire – Accesso alle procedure di ricorso – Operatore escluso dalla procedura per mancanza di requisiti – Normativa nazionale che limita l'accesso al ricorso giurisdizionale – Violazione della direttiva – Non sussiste.

Tfue, art. 267; direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, art. 1; direttiva 2014/23/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, art. 1; direttiva 2014/24/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/Ce, art. 2.

In tema di procedure di ricorso sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori, l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665/Cee, come modificato dalla direttiva 2014/23/Ue, deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione di detto bando sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico.

Sentenza – 1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 1, par. 3, direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395,

p. 33), come modificata dalla direttiva 2014/23/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (GU 2014, L 94, p. 1) (in prosieguo: la “direttiva 89/665”).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra una società, VZ, e un'amministrazione aggiudicatrice, CA, in merito al rifiuto di quest'ultima di annullare la decisione di aggiudicazione a RT e a BO di un appalto pubblico relativo al servizio di elisoccorso da effettuare in Lombardia (Italia) e in Liguria (Italia).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 89/665

3. L'art. 1 della direttiva 89/665, intitolato “Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso”, dispone quanto segue:

“1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2014/24/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio [del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/Ce (GU 2014, L 94, p. 65)] (...).

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori e di servizi e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24/Ue [...], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, [...] sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali di recepimento.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

(...)”.

4. L'art. 2-bis di tale direttiva, intitolato “Termine sospensivo”, al par. 2, cc. 1 e 2, prevede quanto segue:

“La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2014/24/Ue [...] non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo a quello in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, prima dello scadere di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data

in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto.

Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può essere più oggetto di una procedura di ricorso”.

Direttiva 2014/24

5. Ai sensi dell'art. 2, par. 1, punti 2 e 3, direttiva 2014/24, come modificata dal regolamento delegato (Ue) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, p. 19) (in prosieguo: la “direttiva 2014/24”), ai fini della direttiva 2014/24, si intendono per “autorità governative centrali” le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato I di quest'ultima, nonché i soggetti giuridici che sono loro succeduti qualora siano stati apportati rettifiche o emendamenti a livello nazionale, e per “amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali” tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali.

6. L'art. 4 della direttiva 2014/24, intitolato “Importi delle soglie”, dispone quanto segue:

“La presente direttiva si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (Iva), pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

c) [Eur] 221000 [...] per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; (...);

d) [Eur] 750000 [...] per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV”.

7. L'art. 57 di tale direttiva, intitolato “Motivi di esclusione”, al par. 4 così prevede:

“Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

(...)

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;

(...)”

8. Né la Regione Lombardia (Italia) né la Regione Liguria (Italia) figurano tra le autorità menzionate nell'allegato I di detta direttiva.

Diritto italiano

9. L'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016), come modificato dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 – Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione (GURI n. 290, del 14 dicembre 2018), così dispone:

“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni [...] qualora:

(...)

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

(...)”.

10. Ai sensi dell'art. 35, c. 1, lett. b), dell'allegato 1 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 – Codice del processo amministrativo (supplemento ordinario alla GURI n. 156, del 7 luglio 2010), “[i]l giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso [...] inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito”.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

11. Con determina del 18 dicembre 2018, CA ha organizzato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di un servizio di elisoccorso in favore degli enti del Servizio sanitario regionale di Regione Lombardia e di Regione Liguria (in prosieguo: la “procedura controversa”), per un valore a base d'asta pari a Eur 205581900, Iva esclusa. Il bando di gara indetto da CA richiedeva agli offerenti, a comprova della loro capacità tecnico-professionale, il possesso di una particolare certificazione.

12. VZ, che non possedeva tale certificazione e che, pertanto, non soddisfaceva i requisiti per partecipare alla procedura controversa, ha contestato, con ricorso depositato il 16 gennaio 2019 dinanzi al Tar Lombardia (Italia), giudice del rinvio, tale bando di gara, nella parte in cui quest'ultimo richiedeva il possesso di detta certificazione. Con sentenza del 6 maggio 2019, tale giudice ha respinto detto ricorso. Tale sentenza è stata confermata con sentenza del Consiglio di Stato (Italia), del 26 febbraio 2020, ed è quindi passata in giudicato.

13. Con decisione del 13 febbraio 2019, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm, Italia), ha accertato che alcune imprese, tra cui BO, JF e RT, uniche concorrenti nell'ambito della procedura controversa, erano incorse, tra il 2001 e il mese di agosto 2017, in una grave violazione dell'art. 101 Tfu, consistente, tra l'altro, in un accordo orizzontale anticompetitivo, avente ad oggetto la fissazione dei

prezzi dei servizi con elicottero e volto a influenzare le stazioni appaltanti in ordine ai prezzi dei servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri nel loro complesso, ivi inclusa la definizione della base d'asta dei servizi, con valori sovrastimati. L'Agcm ha irrogato sanzioni a BO, a JF e a RT. Ha tuttavia ritenuto che gli elementi raccolti in sede istruttoria non fossero sufficienti ai fini dell'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza nell'ambito della partecipazione alle gare d'appalto per i servizi.

14. CA ha ritenuto che tale decisione dell'Agcm non fosse rilevante ai fini della sua valutazione. Con decisione del 2 marzo 2020, CA ha aggiudicato due lotti dell'appalto oggetto della procedura controversa a RT e un lotto di tale appalto a BO.

15. Con ricorsi proposti dinanzi al Tar Lazio (Italia), BO, RT e JF hanno contestato le sanzioni loro irrogate dall'Agcm. Tali ricorsi sono stati tutti respinti in quanto infondati. BO, RT e JF hanno proposto appello avverso le sentenze di tale tribunale dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo giudice ha confermato la sentenza del suddetto tribunale che aveva respinto il ricorso di JF, così come quella che aveva respinto il ricorso di RT, salvo per quanto riguarda l'importo della sanzione. L'appello proposto dinanzi al Consiglio di Stato da BO è ancora pendente.

16. Il 1 giugno 2020 VZ ha segnalato a CA la pronuncia della sentenza del Tar Lazio che ha respinto il ricorso di RT avverso la decisione dell'Agcm. VZ ha fatto valere che tale sentenza poteva incidere sulla valutazione relativa all'integrità e affidabilità di RT nell'espletamento del servizio di elisoccorso e configurare un accertamento dell'esistenza di un grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, c. 5, c.c.p., tale da giustificare l'esclusione dalla partecipazione di RT alla procedura controversa. Ha quindi chiesto, in sostanza, l'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi. Con provvedimento del 3 luglio 2020, CA ha considerato che la sentenza notificata da VZ non aggiungeva alcun elemento oltre a quelli già contenuti nel provvedimento dell'Agcm, già conosciuto e analizzato da CA. VZ ha proposto ricorso dinanzi al giudice del rinvio contro il provvedimento di CA.

17. Il giudice del rinvio rileva che, essendo VZ risultata definitivamente esclusa dalla partecipazione alla procedura controversa a seguito del rigetto definitivo del suo ricorso contro il bando di gara di cui trattasi, si deve ritenere, in linea di principio, conformemente alla giurisprudenza italiana, che essa non abbia legittimazione a contestare l'aggiudicazione dell'appalto in questione.

18. Tuttavia, a seguito della pronuncia delle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), nonché dell'11 maggio 2017, *Archus e Gama* (C-131/16, EU:C:2017:358), la giurisprudenza italiana si sarebbe evoluta, nel senso di ritenere ricevibile, nell'ambito di una procedura di ag-

giudicazione di un appalto cui hanno partecipato solo due concorrenti, un ricorso finalizzato a ottenere la riedizione della procedura di aggiudicazione, presentato dal partecipante escluso per carenza dei requisiti minimi previsti nel bando di gara di cui trattasi. Non dimeno, alla luce della sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), i giudici italiani applicherebbero tale "innovativo orientamento" solo nel caso di "contestazioni incrociate", esaminate nell'ambito di un unico procedimento di ricorso relativo alla decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi. Orbene, nel caso di specie, l'esclusione di VZ dalla partecipazione alla procedura controversa sarebbe stata confermata da una decisione giudiziaria che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che VZ proponesse un ricorso contro l'aggiudicazione di tale appalto.

19. Tuttavia, il giudice del rinvio osserva altresì che, nel caso di specie, VZ contesta il rifiuto di CA di annullare la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi per un grave illecito professionale commesso da tutti gli offerenti, i quali, come confermerebbe la sentenza menzionata al punto 16 della presente sentenza, avrebbero partecipato a un'intesa anticoncorrenziale, il che configura un errore grave commesso da un operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale.

20. Infine, il giudice del rinvio ricorda che, nella sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, punti 27 e 28), la Corte ha rilevato che a un concorrente classificatosi al terzo posto, che ha presentato un ricorso contro l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, deve essere riconosciuto un interesse legittimo a chiedere l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente classificatosi al secondo posto anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, e ciò poiché non si può escludere che l'amministrazione aggiudicatrice interessata, in una simile ipotesi, si trovi a dover constatare l'impossibilità di selezionare un'altra offerta regolare e proceda quindi a organizzare una nuova procedura. Il giudice del rinvio ritiene che la situazione di VZ, ai fini della valutazione del suo interesse a ricorrere, parrebbe pertanto assimilabile a quella oggetto della causa che ha dato luogo alla sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675). Esso rileva, al riguardo, che VZ sostiene, prove alla mano, di essere stata in possesso, a partire dal mese di ottobre 2019, della particolare certificazione richiesta dal bando di gara relativo alla procedura controversa.

21. In tali circostanze, il Tar Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665 osta a che a un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, sia negata la possibilità di ricorrere avverso il diniego di annullamento dell'aggiudicazione, quando intenda dimostrare che

l'aggiudicatario, e tutti gli altri concorrenti utilmente graduati, avevano commesso un grave illecito professionale, consistente nell'aver stipulato accordi anti-competitivi, accertati in sede giurisdizionale solo successivamente alla sua esclusione, e ciò al fine di conseguire la possibilità di partecipare alla riedizione della procedura;

2) se l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665 e i principi [di diritto dell'Unione europea] in tema di tutela della concorrenza ostino a che sia precluso al giudice amministrativo lo scrutinio del ricorso presentato da un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, avverso il diniego di autotutela della stazione appaltante, rispetto agli atti di ammissione e di aggiudicazione in favore di concorrenti che abbiano stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisdizionale, nello stesso settore oggetto della procedura”.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

22. Nelle sue osservazioni depositate dinanzi alla Corte, CA fa valere che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile, in quanto le questioni sollevate sono generiche e ipotetiche, e che, in ogni caso, la risposta da fornirvi risulta chiaramente dalla giurisprudenza.

23. Al riguardo, occorre ricordare che spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumere la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione, la Corte, in linea di principio, è tenuta a statuire. Ne consegue che le questioni sollevate dai giudici nazionali godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti che l'interpretazione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere in modo utile a tali questioni [sentenza del 20 ottobre 2022, *Centre public d'action sociale de Liège* (Revoca o sospensione di una decisione di rimpatrio), C-825/21, EU:C:2022:810, punto 34 e giurisprudenza ivi citata].

24. Orbene, il giudice del rinvio ha chiaramente indicato che, conformemente alle disposizioni procedurali del diritto italiano, come interpretate dalla giurisprudenza italiana, esso potrebbe essere indotto a respingere il ricorso di VZ per carenza di interesse ad agire, a meno che l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665, letto eventualmente alla luce delle norme sulla concorrenza

del diritto dell'Unione, debba essere interpretato nel senso che esso osta a tale rigetto. Ne consegue che le questioni sollevate presentano un legame diretto con l'oggetto della controversia principale e non possono essere considerate puramente ipotetiche.

25. Inoltre, una domanda di pronuncia pregiudiziale non può essere respinta in quanto irricevibile per il solo motivo che, secondo l'opinione di una delle parti nel procedimento principale, la risposta alle questioni sollevate emerge già dalla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza del 24 febbraio 2022, *Viva Telecom Bulgaria*, C-257/20, EU:C:2022:125, punto 42 e giurisprudenza ivi citata).

26. Il governo francese sostiene, dal canto suo, nelle osservazioni depositate dinanzi alla Corte, che la seconda questione deve essere considerata parzialmente irricevibile, in quanto il giudice del rinvio ha omesso di precisare i “principi [di diritto dell'Unione (...)] in tema di tutela della concorrenza” considerati in tale questione. Orbene, è evidente che i principi considerati sono quelli deducibili dalle norme del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, tra cui in particolare l'art. 101 Tfeue, il che risulta peraltro chiaramente dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio.

27. Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Nel merito

28. Con le sue questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665 debba essere interpretato, alla luce delle regole di concorrenza del diritto dell'Unione, nel senso che esso osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfaceva una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara è stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle norme sulla concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico.

29. Ai sensi dell'art. 1, par. 3, direttiva 89/665, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che essi possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso da una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle disposizioni nazionali che attuano tale diritto (sentenza del 28 novembre 2018, *Amt Azienda trasporti e mobilità e a.*, C-328/17,

EU:C:2018:958, punto 44 nonché giurisprudenza ivi citata).

30. Gli Stati membri non sono dunque tenuti a rendere tali procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma hanno facoltà di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione che essa deduce (sentenza del 28 novembre 2018, *Amt Azienda trasporti e mobilità e a.*, C-328/17, EU:C:2018:958, punto 45 nonché giurisprudenza ivi citata).

31 Secondo la giurisprudenza della Corte, la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire una condizione da soddisfare per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione di detto appalto, ai sensi dell'art. 1, par. 3, direttiva 89/665. Se non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere lesa o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione di cui trattasi (sentenze del 12 febbraio 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 27, nonché del 28 novembre 2018, *Amt Azienda trasporti e mobilità e a.*, C-328/17, EU:C:2018:958, punto 46).

32. Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte risulta anche che, nell'ipotesi in cui un operatore non abbia presentato un'offerta in una procedura di aggiudicazione di un appalto che non aveva alcuna possibilità di ottenere, a causa della presenza, nei documenti relativi alla gara d'appalto o nel capitolato d'oneri, di talune specifiche che non poteva rispettare, sarebbe eccessivo pretendere che, prima di poter avviare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 per contestare tali specifiche, egli presenti un'offerta nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 28 novembre 2018, *Amt Azienda trasporti e mobilità e a.*, C-328/17, EU:C:2018:958, punto 47 nonché giurisprudenza ivi citata).

33. Orbene, le questioni pregiudiziali sollevate riguardano l'ipotesi di un operatore che non ha presentato un'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto per il motivo che egli non soddisfaceva un requisito di partecipazione previsto dalla gara d'appalto di cui trattasi e che ha potuto contestare l'inclusione di tale requisito, in tale gara d'appalto, mediante la presentazione di un ricorso contro la gara d'appalto medesima, ricorso che è stato respinto con una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione dell'appalto in questione.

34. Alla luce della giurisprudenza citata ai punti 30 e 31 della presente sentenza, non si può ritenere che un simile operatore rientri nella nozione di "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato

o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione", ai sensi dell'art. 1, par. 3, direttiva 89/665.

35. È irrilevante, al riguardo, il fatto che nel frattempo tale operatore abbia adottato le misure necessarie per soddisfare la condizione richiesta dal bando di gara di cui trattasi, cosicché, in caso di annullamento della procedura di aggiudicazione di appalto alla quale non ha potuto partecipare e di organizzazione di una nuova procedura sulla base delle stesse condizioni, egli potrebbe presentare un'offerta e ottenere l'appalto in questione.

36. È vero che, chiamata a interpretare l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665, la Corte ha dichiarato che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascun offerente ha un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'offerta degli altri ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, e del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 27), indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, nonché del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punti 28 e 29).

37. Tuttavia, come precisato dalla Corte nella sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, punti da 30 a 32), le situazioni in esame nelle cause che hanno dato luogo alle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), e del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), erano caratterizzate dal fatto che, da un lato, le offerte dei soggetti interessati non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice interessata e, dall'altro, che ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, ciascuno vantando un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altra offerta e dette contestazioni potendo indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare.

38. Per contro, qualora, prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, un offerente sia stato definitivamente escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto stesso con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice confermata da una decisione giurisdizionale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665 non osta a che a tale offerente sia negato l'accesso a un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del relativo contratto (v., in tal senso, sentenze del 21 dicembre

2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988, punti 35 e 36; dell'11 maggio 2017, *Archus e Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, punti da 57 a 59, nonché del 24 marzo 2021, *NAMA e a.*, C-771/19, EU:C:2021:232, punto 42)

39. Infatti, come statuito dalla Corte, è il carattere non ancora definitivo della decisione di esclusione che determina la legittimazione ad agire di un offerente contro una decisione di aggiudicazione (sentenza del 21 dicembre 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, punti 73 e 74, nonché ordinanza del 17 maggio 2022, *Estaleiros Navais de Peniche*, C-787/21, non pubblicata, EU:C:2022:414, punto 25). Orbene, ai sensi dell'art. 2-bis, par. 2, direttiva 89/665, l'esclusione di un offerente dalla partecipazione a una procedura di gara d'appalto è definitiva se è stata comunicata a quest'ultimo e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso.

40. Inoltre, le considerazioni esposte al punto 38 della presente sentenza sono applicabili anche a un operatore che non abbia presentato offerte nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfaceva una delle condizioni richieste dalla gara d'appalto di cui trattasi e non poteva aggiudicarsi tale appalto pubblico, e il cui ricorso contro tale gara d'appalto, che metteva in discussione la liceità dell'inclusione di tale condizione, sia stato respinto con una decisione che abbia acquisito autorità di cosa giudicata prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico. Infatti, la situazione di siffatto operatore non si distingue sostanzialmente, per quanto riguarda la sua esclusione definitiva da una procedura di aggiudicazione di questo tipo, da quella di un offerente come quello di cui al punto 38.

41. La sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675), menzionata dal giudice del rinvio, non può condurre a una diversa conclusione.

42. Come risulta dai punti da 8 a 10 di tale sentenza, quest'ultima non riguarda l'ipotesi di un offerente la cui esclusione dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di un appalto sia stata giudicata lecita da una decisione giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, ma lo stesso caso di specie considerato nella giurisprudenza citata al punto 36 della presente sentenza, vale a dire quello di un offerente che contesta la liceità dell'ammissione dell'offerta di uno o più altri offerenti e che si trova esso stesso di fronte a una contestazione dell'ammissibilità della propria offerta, che non è stata decisa in via definitiva.

43. È in tali circostanze che si inseriscono le considerazioni esposte al punto 28 della suddetta sentenza, secondo le quali, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe decidere di

annullare la procedura di aggiudicazione di cui trattasi e avviare una nuova procedura, a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese di tale amministrazione aggiudicatrice. Orbene, dette circostanze – che hanno condotto la Corte a statuire, al punto 29 della medesima sentenza, che, in simili circostanze, la ricevibilità del ricorso principale non può, a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665, essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari – non sussistono nel procedimento principale.

44. Infine, la circostanza che un operatore definitivamente escluso dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto invochi, a sostegno del suo ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o contro il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice di riconsiderare tale decisione, la partecipazione di tutti gli offerenti in tale appalto a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza non può giustificare una diversa interpretazione dell'art. 1, par. 3, direttiva 89/665.

45. Infatti, un operatore che si trovi in una situazione del genere non si distingue, in definitiva, da qualsiasi altro operatore che avrebbe potuto potenzialmente presentare un'offerta. Orbene, dalla giurisprudenza citata al punto 31 della presente sentenza risulta che quest'ultima circostanza non è sufficiente a giustificare che un operatore siffatto rientri nella nozione di “chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”, ai sensi dell'art. 1, par. 3, direttiva 89/665.

46. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico.

Sulle spese

47. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente

sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.q.m., la Corte, Sez. X, dichiara: l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, deve essere interpretato nel senso che: deve essere interpretato nel senso che:

esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico.

* * *

CORTE DI CASSAZIONE

35451– Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 1 dicembre 2022; Pres. (f.f.) Amendola, Est. Scarpa, P.M. Locatelli; M.F. c. Proc. gen. Corte dei conti.

Conferma Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 21 luglio 2021, n. 121.

Giurisdizione e competenza – Ufficiale giudiziario dirigente – Qualifica di agente contabile – Sussiste – Verifica dei rapporti di dare e avere – Giudizio di conto – Giurisdizione contabile – Sussiste.

R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, art. 74; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 44.

L'ufficiale giudiziario dirigente, avendo l'incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha, dunque, il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia che abbia ad oggetto la verifica dei rapporti di dare e avere e il risultato finale di tali rapporti dà luogo ad un "giudizio di conto", per il quale sussiste la giurisdizione della Corte dei conti. (1)

Fatti di causa e ragioni della decisione – I. M.F. ha proposto ricorso articolato in due motivi avverso la sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale d'appello, pubblicata il 21 luglio 2021.

II. Il Procuratore generale rappresentante il pubblico ministero presso la Corte dei conti ha resistito con controricorso.

III. La sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale d'appello, ha respinto il gravame avanzato da M.F., dirigente dell'ufficio U.n.e.p. del Tribunale di Patti, contro la sent. n. 702/2020 emessa dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana in data 25 novembre 2020, con la quale la F. era stata condannata al pagamento della somma di euro 79.731,49, oltre rivalutazione ed interessi, a titolo di danno erariale. I giudici di primo grado avevano ritenuto dimostrata l'inescusabile negligenza e la violazione degli obblighi minimi dell'agente contabile nella tenuta di cassa e nella gestione di denaro e valori dell'amministrazione, emerse a seguito di ispezione ministeriale svolta nel giugno 2018 per il periodo 1 marzo 2013-28 febbraio 2018. La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana affermò che il danno si fondava sull'esatto calcolo delle

entrate e delle uscite, regolate dalla normativa di settore, e che la verifica ispettiva aveva dimostrato l'ammacco di cassa, essendo emersi sistematici ritardi nei versamenti per gli oneri fiscali e previdenziali.

La sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale d'appello, ha quindi disatteso la richiesta di ammissione di una prova per testimoni; ha affermato la natura di agente contabile di M.F., avendo avuto la stessa, quale dirigente dell'ufficio U.n.e.p., Sezione distaccata di Sant'Agata di Militello e, quindi, del Tribunale di Patti, maneggio di denaro pubblico e la connessa responsabilità dell'ufficio, agli effetti dell'art. 146 del d.p.r. n. 1220/1959; ha evidenziato che la F. non avesse fornito prova di fatti idonei ad impedire l'esercizio degli obblighi contabili su lei gravanti; ha spiegato che gli accertamenti ispettivi avevano rilevato, per il periodo dal 1 marzo 2013 al 28 febbraio 2018, le somme destinate al fondo spese d'ufficio, indicando per ciascun mese le entrate e le uscite, nonché il residuo attivo o passivo annuale, così pervenendo a quantificare l'ammacco di cassa; ha negato rilevanza dirimente alla deduzione dei pagamenti tardivi effettuati dopo il 28 febbraio 2018; ha negato che fosse sostenibile l'esclusione dell'elemento soggettivo dell'illecito erariale, quantomeno in termini di gravissima negligenza.

IV. La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio, a norma dell'art. 380-bis.1, c.p.c.

La ricorrente ha depositato memoria.

V. Il primo motivo del ricorso di M.F. deduce la violazione degli artt. 111, c. 8, Cost., 362, c.p.c. e 207 d.lgs. n. 174/2016, per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, stante il difetto di qualifica di agente contabile in capo al dirigente U.n.e.p. Si espongono le vicende che portarono alla nomina della F. a dirigente dell'U.n.e.p. di Patti, accettata solo "per spirito di servizio", e si sostiene l'irregolarità del conferimento di poteri operato. Da ciò il difetto di giurisdizione del giudice contabile, dovendosi affermare la giurisdizione del giudice amministrativo o civile.

Il secondo motivo del ricorso di M.F. deduce la violazione degli artt. 111, c. 8, Cost., 362, c.p.c. e 207 d.lgs. n. 174/2016, per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, nonché per "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione", attesa la natura presuntiva dell'accertamento della responsabilità erariale, lamentandosi la mancata verifica della "intera documentazione" e il mancato rilievo delle somme giacenti in cassaforte al 28 febbraio 2018, in vista della chiusura dei registri.

VI. Il primo motivo di ricorso è infondato.

Gli addetti agli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti (c.d. U.n.e.p.), ai sensi del d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229 (Ordinamento degli ufficiali giudiziari e degli aiutanti ufficiali giudiziari), ovvero gli ufficiali giudiziari, gli aiutanti ufficiali giudiziari ed i coadiutori addetti agli uffici notificazioni, si inquadrano nella categoria degli impiegati civili dello Stato, poiché essi

(1) I. - Massima ufficiale.

II. - Segue la nota di S. Miriello, *Elementi necessari per ricoprire la qualifica di agente contabile. Il particolare caso dell'ufficiale giudiziario dirigente.*

sono “ausiliari dell’ordine giudiziario” (art. 1), stante il collegamento funzionale della loro attività con quelle dei giudici e cancellieri; godono di uno stabile inserimento nell’amministrazione giudiziaria e sono equiparati agli impiegati civili dello Stato a diversi effetti (art. 2). Gli addetti agli U.n.e.p. sono, del resto, assunti in servizio per pubblico concorso, nei loro riguardi sono stati estesi le qualifiche ed i profili professionali propri del pubblico impiego, sono assoggettati al potere di sorveglianza del presidente della Corte di appello e del presidente del tribunale, nonché al potere disciplinare del ministro, né in senso contrario rilevano le peculiarità del loro trattamento retributivo (cfr. Cass., S.U., 25 luglio 2006, n. 16895).

Si consideri, inoltre, che, a norma dell’art. 146 del d.p.r. n. 1229/1959:

“1. Le somme riscosse per diritti, indennità di trasferta e percentuale sono amministrate dall’ufficiale giudiziario dirigente, il quale è l’unico responsabile. In caso di mancanza o d’impedimento dell’ufficiale giudiziario dirigente, provvede alla sostituzione il capo dell’ufficio giudiziario.

2. L’ufficiale giudiziario o, dove esiste, l’ufficiale giudiziario dirigente deve detrarre per spese di ufficio il 3 per cento delle somme di cui al c. 1 e, nelle sedi di pretura, il 4 per cento delle stesse. Egli amministra le somme a tal fine detratte sotto il controllo del capo dell’ufficio, al quale deve presentare il rendiconto mensile e quello annuale. Le eventuali eccedenze sono utilizzate nell’anno successivo.

3. Qualora l’importo delle somme di cui ai cc. 1 e 2 sia di notevole entità, il capo dell’ufficio giudiziario può disporre il deposito in conto corrente postale o bancario”.

L’art. 149 del d.p.r. n. 1229/1959 stabilisce, in prosieguo, che:

“[l]’ufficiale giudiziario o, dove esiste, il dirigente, nei primi venti giorni di ogni mese presenta al capo dell’ufficio lo stato relativo ai diritti computabili ai fini dell’art. 148, percepiti nel mese precedente, e, nel caso di cui all’art. 147, il verbale di riparto, richiedendo la liquidazione delle indennità integrative, se dovute [...]”.

In tal senso, l’ufficiale giudiziario dirigente, avendo l’incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha, dunque, il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia che abbia ad oggetto la verifica dei rapporti di dare e avere e il risultato finale di tali rapporti dà luogo ad un “giudizio di conto”, per il quale perciò sussiste la giurisdizione della Corte dei conti.

VI.1. Tale ricostruzione non è contraddetta (come invece assume la ricorrente nella memoria *ex art.* 380-*bis*.1, c.p.c.) dalla giurisprudenza delle sezioni penali di questa Corte in ordine alla configurabilità del delitto di peculato nei confronti di un ufficiale giudiziario che si appropri di somme di danaro a lui versate e delle quali abbia perciò il possesso (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 settembre 2021, n. 33962; 15 novembre 2018,

n. 51758; 10 luglio 2000, n. 9443; 3 marzo 2016, n. 18177; 20 giugno 1991, n. 9534).

VII. Il secondo motivo del ricorso di M.F. è inammissibile.

Il ricorso per cassazione contro le sentenze della Corte dei conti è consentito soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione e pertanto il controllo della Corte di cassazione è circoscritto all’osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione e non si estende ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale concernenti il modo di esercizio della giurisdizione speciale.

Non è, dunque, sindacabile dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in punto di giurisdizione la sentenza della Corte dei conti che, come nella specie, ai fini del giudizio di responsabilità erariale, in forza di ragionamento inferenziale abbia ritenuto sussistente la prova del danno, della sua addebitabilità a fatto dell’agente convenuto, nonché dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, essendo stati accertati l’omesso esercizio dei doveri incombenti sull’agente contabile e l’inadempimento dell’obbligo di restituzione del denaro o dei beni in carico, ed essendo peraltro mancata qualsiasi contraria dimostrazione di fatti impeditivi.

La ricorrente sostiene che è stato così erroneamente accertato e quantificato il danno erariale per i contestati ammanchi di cassa, ma tale censura, inerendo alla corretta applicazione delle norme riguardanti la fondatezza della pretesa risarcitoria, attiene al concreto esercizio della “*potestas iudicandi*” della Corte dei conti, ovvero ai limiti interni della giurisdizione contabile (v. Cass., S.U., 11 novembre 2019, n. 29084; 10 ottobre 2002, n. 14473).

VIII. Il ricorso va perciò rigettato.

Non vi è luogo a provvedere sulle spese del giudizio di cassazione in favore del Procuratore generale presso la Corte dei conti, in ragione della sua qualità di parte solo in senso formale.

Sussistono i presupposti processuali per il versamento – ai sensi dell’art. 13, c. 1-*quater*, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 – da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per l’impugnazione, se dovuto.

P.q.m., la Corte rigetta il ricorso.

Elementi necessari per ricoprire la qualifica di agente contabile. Il particolare caso dell’ufficiale giudiziario dirigente

Le Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione con l’ordinanza in commento hanno affrontato la questione se l’ufficiale giudiziario dirigente, avendo l’incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha, dunque, il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile.

L’agente contabile, pur qualificandosi quale soggetto attivo della responsabilità contabile – ovvero

quella particolare responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere solo alcuni pubblici dipendenti, in ragione del maneggio di denaro o di altri valori dello Stato o la materiale disponibilità di beni – non ha una sua precisa definizione contenuta all'interno della legislazione contabile sia statale che degli enti pubblici. La disciplina in base alla quale, ancora oggi, viene ricostruita la figura dell'agente contabile, e da cui dottrina e giurisprudenza hanno ricavato una definizione è contenuta nelle norme che prevedono l'obbligo di resa del conto giudiziale: art. 74 r.d. n. 2440/1923 e art. 44 r.d. n. 1214/1934.

Le norme appena citate, quindi, costituiscono il perimetro entro il quale circoscrivere la complessa figura dell'agente contabile. Dall'art. 74, dottrina e giurisprudenza, in particolare, desumono gli elementi c.d. descrittivi, ovvero quelle funzioni che, se poste in essere, qualificano un soggetto come agente contabile, in particolare, rilevano la riscossione delle entrate, l'esecuzione dei pagamenti delle spese, oppure il ricevere somme dovute allo Stato o altre delle quali lo Stato diventa debitore, o più semplicemente, l'aver il maneggio di denaro pubblico. Viceversa, l'art. 44 riconosce alla Corte dei conti la competenza a giudicare sui conti e sulle responsabilità in seguito a tale operato. Il quadro normativo che permette di individuare l'agente contabile risulta essere completo se, oltre alle norme citate, vi si affiancano anche le disposizioni di cui agli artt. 178 e 610 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 827. L'art. 178 del regolamento, secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, ha valore descrittivo e definitorio delle varie categorie di contabili genericamente indicate nell'art. 74 della legge di contabilità; mentre quanto disposto dall'art. 610 del regolamento afferma l'obbligo generale del rendimento del conto giudiziale.

Sulla scorta delle disposizioni sopra richiamate vengono qualificati contabili dello Stato, in primo luogo, gli agenti incaricati delle riscossioni nonché gli impiegati dipendenti dai vari ministeri ai quali sia stato dato incarico di esigere entrate di qualunque natura e provenienza, e inoltre gli agenti delle amministrazioni incaricati di pagamenti o che ricevono somme dovute allo Stato diventa debitore o hanno maneggio qualsiasi di pubblico denaro. Sono, infine, qualificati agenti contabili tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione, prendono ingerenza negli incarichi anzidetti (1).

Pertanto, in ragione di quanto detto, si è soliti distinguere fra contabili c.d. di diritto, ovvero coloro ai quali hanno l'obbligo strumentale della custodia e della corretta gestione dei valori loro assegnati per ufficio o per contratto, e contabili c.d. di fatto, ovvero coloro che di fatto hanno realizzato la materiale ingerenza

nella gestione dei beni pubblici senza essere normativamente incaricati di detta attività. Per quanto concerne la prima categoria, vi possono essere diverse modalità costitutive del rapporto, infatti, possono aversi contabili per ufficio, per i quali il presupposto oggettivo scaturisce dagli obblighi di servizio e dalle mansioni in cui sono adibiti per effetto del rapporto di pubblico impiego che li lega all'amministrazione; e contabili per contratto o per concessione, per i quali, invece, il rapporto scaturisce da una diversa fonte costitutiva.

Viceversa, si delinea la figura del contabile c.d. di fatto in quel soggetto che – estraneo, dipendente o amministratore – si ingerisce senza legale autorizzazione negli incarichi di pertinenza del contabile e che pone in essere il maneggio senza il consenso e, comunque, al di fuori di ogni affidamento o incarico da parte del contabile di diritto. È, inoltre, necessario che la gestione illegittima si ricolleggi allo svolgimento di una attività che si atteggi come cura di un pubblico interesse, in quanto questo tratto rappresenta il presupposto perché l'azione del contabile di fatto si atteggi, per la pubblica amministrazione, operativa di effetti come se imputabile ad un contabile di diritto.

La dottrina, in tal senso, ha elaborato la tesi in forza del quale per aversi la figura del contabile di fatto, non occorre che si debba comprovare l'*animus aliena negotia gerendi*, cioè la volontà di fare ciò che avrebbe dovuto fare un contabile, in quanto il legislatore sembra limitarsi al *factum* e ciò non nel senso che questa possa essere assente ma semplicemente perché essa viene presunta (2).

In questo contesto, si inserisce la pronuncia in esame che, sottoposta al vaglio del giudice nomofilattico, trae origine dal ricorso presentato dalla ricorrente, quale dirigente dell'ufficio U.n.e.p. del Tribunale di Patti. A quest'ultima, con sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Sezione giurisdizione d'appello Siciliana, è stata riconosciuta la qualifica di agente contabile, in conseguenza di maneggio di denaro pubblico è stata condannata, ai sensi del d.p.r. n. 1220/1959, art. 146, per danno erariale conseguente a un ammanco di cassa delle somme destinate al fondo spese dell'ufficio.

Avverso la sentenza emanata dal giudice contabile, la ricorrente ha proposto ricorso per Cassazione deducendo due motivi di ricorso:

a) violazione degli artt. 111 Cost., c. 8; art. 362 c.p.c.; art. 207 d.lgs. n. 174/2016 per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, stante il difetto di qualifica di agente contabile in capo al dirigente U.n.e.p.;

b) violazione degli artt. 111 Cost., c. 8; art. 362 c.p.c.; art. 207 d.lgs. n. 174/2016 per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, non-

(1) M. Calderara, *La figura dell'agente contabile e la specialità del giudizio di conto*, in questa *Rivista*, 2013, 5-6, 603.

(2) A. Monorchio, L. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci Editore, 2021.

ché per omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

Il primo motivo di ricorso risulta essere infondato. Da quanto precede e in conformità con la costante giurisprudenza della Corte dei conti (cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 15 gennaio 2015, n. 50), l'agente contabile è colui che pone in essere il maneggio o la custodia di denaro e valori di pertinenza dell'erario pubblico, sia che avvenga a seguito di legittima investitura, sia che avvenga in via di mero fatto. Pertanto, la detenzione materiale di somme di denaro aventi natura "pubblica", tale perché funzionali al raggiungimento delle finalità della pubblica amministrazione per il quale il soggetto agisce, vale, così a delineare il tratto essenziale della figura dell'agente contabile, assoggettato alla giurisdizione della Corte dei conti, quale titolare di un rapporto di servizio tipizzato dalla materiale gestione di beni e valori di pertinenza pubblica.

Da siffatto rapporto deriva in capo all'agente contabile un dovere di conservazione di quanto maneggiato nell'assolvimento della funzione e la cui osservanza determina l'insorgere di una responsabilità, cui il soggetto può essere esentato solo dalla prova, il cui onere grava sull'agente stesso, che la sottrazione delle somme detenute non sia a lui imputabile o che si sia verificata per caso fortuito o forza maggiore.

La giurisprudenza, al fine di definire la figura dell'agente contabile, ha altresì chiarito il significato dell'espressione "maneggio" di denaro. Tale termine è da interpretare in senso ampio, ovvero in modo da ricomprendere non soltanto gli agenti che, in base alle norme organizzative, svolgono attività di riscossione o di esecuzione dei pagamenti, ma anche coloro che abbiano la disponibilità del denaro da qualificarsi pubblico – in ragione della provenienza e/o della destinazione e siano forniti, in sostanza, del potere di disporre senza l'intervento di altro ufficio.

In tale contesto, è la sola immissione nel maneggio dei beni di pertinenza pubblica che rende l'agente responsabile della loro gestione e ciò a prescindere dai motivi che lo hanno indotto ad intraprendere la gestione l'esistenza, o meno, di un formale rapporto di investitura, o ancora, le motivazioni che possono indurre ad accettare l'incarico diventano elementi irrilevanti. Infatti, a sostegno di quanto detto, l'art. 178 r.d. n. 827/1924 ha disposto che *"sotto la denominazione di agenti contabili dell'amministrazione si comprendono, tra gli altri, gli impiegati di qualsiasi amministrazione dello Stato cui sia dato speciale incarico di fare esazioni di entrate di qualunque natura e provenienza, e tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione, prendono ingerenza negli incarichi attribuiti agli agenti anzidetti e riscuotono somme di spettanza dello Stato"*.

Nel caso di specie, gli addetti agli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti (c.d. U.n.e.p.), sono, del resto, assunti in servizio per il pubblico concorso, nei loro riguardi sono stati estesi le qualifiche ed i profili professionali propri del pubblico impiego e, altresì, ai sensi del d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229, sono da

inquadarsi nella categoria degli impiegati civili dello Stato. Per tale ragione, la ricorrente in qualità di ufficiale giudiziario dirigente, avendo l'incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha dunque il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia che abbia ad oggetto la verifica di tale operato è soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti.

Pertanto, ai fini del giudizio sulla responsabilità dei contabili non viene in rilievo un'unica e generale obbligazione di restituzione del denaro o dei valori dello Stato, ma viene in rilievo l'inosservanza, da parte dell'agente contabile, degli obblighi propri del servizio, che abbia determinato o concorso a determinare il danno al cui ristoro l'azione mira.

Il secondo motivo di ricorso è inammissibile in quanto il ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte dei conti è consentito soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione e pertanto il controllo della Corte di cassazione è circoscritto all'osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione non si estende ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale concernenti il modo di esercizio della giurisdizione speciale.

In ragione di quanto sin qui detto, l'ordinanza oggetto di disamina conferma quella giurisprudenza maggioritaria (cfr. Cass., S.U., 1 giugno 2010, n. 13330) in forza della quale gli elementi essenziali e sufficienti perché un soggetto rivesta la qualifica di agente contabile, ai fini della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità contabile, sono soltanto il carattere pubblico dell'ente per il quale tale soggetto agisca e del denaro oggetto della sua gestione, mentre resta irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi indifferentemente secondo gli schemi generali, previsti e disciplinati dalla legge ovvero discostarsene in tutto o in parte.

SAMANTHA MIRIELLO

976 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 13 gennaio 2023; Pres. Virgilio, Est. Di Marzio, P.M. Basile (concl. diff.); R.G. c. Proc. reg. Siciliana e altri.

Regolamento di giurisdizione.

Giurisdizione e competenza – Anas s.p.a. – Ente pubblico – Conferimento totalità azioni a Ferrovie dello Stato s.p.a. – Irrilevanza – Azione di responsabilità nei confronti di organi e dipendenti – Giurisdizione contabile – Sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceu-

tica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate, art. 7, c. 6; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 12; d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo, art. 49, c. 6.

L'Anas s.p.a., avendo i connotati essenziali di un ente pubblico, non può essere assimilata ad una società per azioni di diritto privato, senza che assuma rilievo, in senso contrario, l'avvenuto conferimento – di valenza esclusivamente formale – della totalità delle azioni a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a.; ne consegue che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità promossa nei confronti dei suoi organi e dipendenti. (1)

(1) L'ordinanza di cui alla massima in epigrafe, pronunciata nell'ambito del giudizio per regolamento preventivo di giurisdizione, ha dichiarato, confermando un indirizzo già in precedenza espresso, la giurisdizione contabile per l'azione di responsabilità per danno erariale, nella specie danno all'immagine, nei confronti di organi e dipendenti di Anas s.p.a.

Nel precedente richiamato nell'ordinanza in commento (Cass., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594, in questa *Rivista*, 2014, 3-4, 479, con nota di richiami), il dubbio circa la permanenza della giurisdizione del giudice contabile per le azioni di responsabilità che vedono coinvolti dipendenti o funzionari di Anas s.p.a. era sorto a seguito della trasformazione *ope legis* (art. 7, d.l. n. 138/2002, convertito dalla l. n. 178/2002) da ente pubblico economico in società per azioni. In tale occasione la Corte di cassazione, sulla base di una serie di indici di natura pubblicistica, definiti come "*peculiarità legali*", da valutare non singolarmente, ma nel loro complesso (costituzione della società mediante atto normativo e non negoziale, approvazione dello statuto e relative modifiche con decreto ministeriale, intestazione delle azioni sociali al Ministero dell'economia e delle finanze ed esercizio dei diritti sociali al predetto ministero di concerto con il Ministero delle infrastrutture e trasporti, attribuzione all'Anas delle entrate derivanti dall'utilizzazione di beni demaniali, l'esercizio di potestà autoritativa ed altri, l'assoggettamento al controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 12 l. 22 marzo 1958, n. 259), aveva ritenuto che la giurisdizione per l'azione di responsabilità continuasse ad appartenere alla Corte dei conti, avendo l'Anas mantenuto i connotati essenziali di un ente pubblico economico.

Un'altra occasione che ha ingenerato il dubbio sulla permanenza della giurisdizione contabile sulla predetta azione è stata quella del trasferimento delle azioni di Anas s.p.a. dal Ministero dell'economia e delle finanze a Ferrovie dello Stato s.p.a. mediante aumento di capitale, disposta dall'art. 49 d.l. n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017. La Corte di cassazione, nell'ordinanza in commento, ha evidenziato che il predetto trasferimento ha avuto un rilievo solo formale e che il quadro normativo di riferimento contenente la disciplina della società legale, quale è Anas s.p.a., è rimasto immutato, salvo la soppressione delle disposizioni che attribuivano al Mef il potere di esercitare i diritti sociali e quello relativo alle modifiche dello statuto sociale che dovevano essere effettuate con decreto del Mit, di intesa con il Mef. [B. Cossu]

Ragioni della decisione – 7. A fondamento del ricorso il ricorrente in breve sostiene:

- l'art. 49 d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, ha disposto il trasferimento dal Ministero dell'economia e finanze a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. delle azioni di Anas s.p.a. mediante aumento di capitale di Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. tramite conferimento in natura, di guisa che l'intero capitale sociale di Anas s.p.a. è detenuto da Ferrovie dello Stato italiane s.p.a.;

- queste Sezioni unite, sulla scia della propria precedente giurisprudenza, hanno stabilito che le azioni di responsabilità nei confronti dei dipendenti di società a partecipazione pubblica, facente parte del Gruppo Ferrovie dello Stato, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, e non a quella del giudice contabile, posto che né la capogruppo né la società satellite hanno le caratteristiche delle cosiddette "società legali" o delle società "*in house providing*" e considerato che, comunque, la natura privatistica della *holding* e il collegamento di derivazione infragruppo convergono in una piattaforma che stempera il legame della società controllata con l'ente pubblico, facendo emergere l'autonomia e la specificità aziendale di quest'ultima società, quale sintomatica riprova del regime civilistico cui è assoggettata;

- all'esito del già menzionato trasferimento delle azioni, il principio ora trascritto deve applicarsi anche nei riguardi dell'azione per responsabilità erariale nei confronti di dipendenti di Anas s.p.a.;

- alle stesse conclusioni si perviene in applicazione del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. delle società a partecipazione pubblica.

La stessa tesi è fatta propria da C.R.C., P.G. e T.G.

8. Il procuratore regionale rappresentante il pubblico ministero presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana sostiene che Anas s.p.a. "concessionaria della rete stradale e autostradale di interesse nazionale, è deputata allo svolgimento di attività finalizzate a soddisfare esigenze di interesse generale e rientra nel novero della pubblica amministrazione".

Secondo il pubblico ministero contabile la trasformazione dell'Anas in società per azioni disposta dall'art. 7 d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, avrebbe inciso soltanto sulla fase gestionale del soggetto, lasciandone inalterata la natura pubblica, secondo quanto affermato da queste Sezioni unite, nessuna rilevanza potendosi riconoscere al trasferimento della totalità delle azioni dal Ministero dell'economia e delle finanze a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a., trasferimento che non avrebbe comportato alcuna modifica in ordine alla natura giuridica di Anas s.p.a. quale "società legale", che avrebbe "conservato le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e tutti gli altri provvedimenti amministrativi comunque denominati", essendo stata inoltre attribuita allo stesso Ministero non solo la preventiva autorizzazione di qualsiasi deliberazione o atto avente ad og-

getto il trasferimento od operazioni societarie straordinarie sul capitale di Anas s.p.a., ma anche l'approvazione dello schema di statuto di tale società, tuttora soggetto al controllo della Corte dei conti, il tutto nel quadro della permanente vigenza dell'art. 7 del citato d.l. n. 138/2002.

9. Il Procuratore generale, nel concludere per la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario, ha richiamato la medesima giurisprudenza invocata dal ricorrente ed altra successiva.

10. Va dichiarata la giurisdizione del giudice contabile.

Con riguardo ad Anas s.p.a. queste S.U., con la sentenza 9 luglio 2014, n. 15594, hanno già avuto modo di chiarire che “si tratta in definitiva di comprendere se la trasformazione dell'Anas in società per azioni disposta dalla legge ne abbia davvero comportato il mutamento della natura giuridica – da ente pubblico economico a società di diritto privato – o se invece non ne abbia intaccato gli essenziali connotati pubblicistici, essendosi tradotta nella mera adozione di una formula organizzativa, corrispondente a quella della società azionaria, senza per questo incidere sulla reale natura del soggetto”.

Al quesito si è risposto nel senso della permanente natura pubblicistica del soggetto: “Depone in questo senso, anzitutto, la genesi stessa dell'Anas s.p.a., direttamente derivante da un atto normativo e non, come è naturale in società di diritto privato, da un atto negoziale, ancorché posto in essere dalla pubblica amministrazione in forza della capacità di agire *iure privatorum* che ad essa compete. Sotto questo profilo appare quindi lecito adoperare, a tal proposito, la definizione di ‘società legale’: società che, perciò stesso, si pone su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile, ancorché possa mutarne, per espressa previsione di legge, una o più caratteristiche. Non meno indicativa – ed evidentemente correlata al suaccennato carattere legale della società – è la circostanza che il suo statuto e le eventuali successive modificazioni di esso debbano essere approvati con decreto ministeriale, e che sempre con decreto ministeriale sia determinato il capitale sociale, al quale i residui passivi spettanti all'Anas sono conferiti mediante un atto amministrativo del competente ministero (art. 7, cit., cc. 4 e 5). Ma il permanere dei connotati pubblicistici dell'Anas è testimoniato anche da ulteriori significative disposizioni.

Viene qui in evidenza il c. 6 dell'articolo citato, che espressamente attribuisce al Ministero dell'economia e delle finanze le azioni sociali e stabilisce che i relativi diritti debbano essere esercitati di concerto col Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per ciò stesso non solo escludendo radicalmente *ex lege* la possibilità della coesistenza di un azionario privato, ma improntando l'esercizio dei diritti sociali ad un paradigma – quello del concerto interministeriale – palesemente ispirato al modello dell'agire amministrativo, ben più che negoziale. E viene in evi-

denza altresì la disposizione (art. cit., c. 1-*quinquies*) che attribuisce all'Anas medesima le entrate derivanti dall'utilizzazione dei beni demaniali, relativamente ai quali essa esercita i diritti ed i poteri dell'ente proprietario in virtù della concessione attribuitale dalla legge; quella che le conferisce una serie di funzioni di natura pubblica inerenti alle strade statali (i compiti di cui al d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, art. 2, c. 1, lett. da a) a g), nonché l), alle quali è connesso anche l'esercizio di potestà autoritativa (ivi compreso l'accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale ed il potere di approvare i progetti dei lavori di costruzione e di emanare gli atti dei procedimenti espropriativi); quella che espressamente sottopone l'Anas s.p.a. al controllo della Corte dei conti con le modalità previste dalla l. 21 marzo 1958, n. 259, art. 12 e l'autorizza ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (art. 7, cit., c. 11); e quella per cui il rapporto di lavoro del personale dipendente in essere al momento della trasformazione resta disciplinato dalle disposizioni proprie dei rapporti di lavoro instaurati con enti pubblici economici (art. cit., c. 9). Se ciascuna di siffatte peculiarità legali dovesse venir considerata isolatamente, potrebbe non necessariamente – si badi – essere sufficiente a smentire la natura privata di un ente che dalla stessa legge è qualificato come società per azioni ed il cui statuto, per il resto, appare effettivamente modellato secondo lo schema usuale ad una tale forma societaria. Né s'intende certo contestare che detta qualifica di società azionaria sia sempre e comunque irrilevante nella molteplice varietà dei rapporti che all'Anas possono far capo, ai fini dell'individuazione della disciplina giuridica di volta in volta applicabile a tali rapporti. Ma l'insieme e l'intrinseca reciproca connessione delle suaccennate peculiarità legali, trattandosi di verificare la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in tema di azioni di responsabilità esercitabili nei confronti degli organi e dei dipendenti dell'Anas ed avuto riguardo alle finalità di pubblica tutela per le quali il legislatore ha istituito quella speciale giurisdizione, che renderebbero del tutto ingiustificato un regime giuridico diverso da quello applicabile alla responsabilità di organi e dipendenti di un vero e proprio ente pubblico economico, vale a persuadere che, per ragioni specificamente inerenti al regime legale suo proprio (al pari della Rai s.p.a. e dell'Enav s.p.a., analogamente connotate da uno specifico regime legale loro proprio), l'Anas medesima non può essere assimilata ad una società azionaria di diritto privato, avendo essa conservato connotati essenziali di un ente pubblico, a fronte dei quali risulta non decisiva l'adozione del modello organizzativo corrispondente a quello di una società azionaria per gli aspetti non altrimenti disciplinati in chiave pubblicistica”.

Orbene, ritiene il collegio che il trasferimento della totalità del pacchetto azionario di Anas s.p.a. a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. abbia avuto un rilievo esclusivamente formale, ma non abbia immutato la natura sostanziale di ente pubblico di detta società, dal

momento che la sola modifica apportata al preesistente quadro normativo, così riassunto, dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, art. 49, c. 6, è consistito nella ovvia – giacché il legislatore ha appunto inteso trasferire le azioni di Anas s.p.a. a Ferrovie dello Stato s.p.a. – soppressione del sesto comma dell’art. 7, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, il quale stabiliva che: “Le azioni sono attribuite al Ministero dell’economia e delle finanze, che esercita i diritti dell’azionista di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti”, ed altresì nella mera modificazione del terzo periodo del quarto comma dello stesso art. 7, che più non richiede l’adozione di un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di intesa con il Ministro dell’economia e delle finanze, per le modifiche dello statuto di Anas s.p.a.. Al di là di tali interventi il quadro è rimasto immutato: sicché deve mantenersi per ferma l’affermazione a suo tempo effettuata in relazione alla natura sostanzialmente pubblica di Anas s.p.a.

Del resto, la stessa decisione invocata del ricorrente, concernente Ferrovie dello Stato s.p.a., manifesta il medesimo convincimento in ordine ad Anas s.p.a.: “La cornice generale tratteggiata va ulteriormente completata avuto riguardo al riconoscimento di ipotesi particolari, in cui lo speciale statuto legale di talune società partecipate che svolgono attività amministrativa in forma privatistica consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici e giustifica, quindi, la giurisdizione della Corte dei conti. L’affermazione, ricorrente nelle pronunce relative allo statuto legale peculiare di Rai s.p.a. [...], Enav s.p.a. [...] e Anas s.p.a. [...], poggia su plurimi e specifici indici” (Cass., S.U., 27 dicembre 2017, n. 30978).

Né può ritenersi che la soluzione già affermata debba essere ripensata in ragione della promulgazione del t.u. delle società pubbliche, art. 12 in particolare, dal momento che queste Sezioni unite hanno già osservato che: “l’ampia formulazione della rubrica dell’art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate) ed il mancato richiamo nel c. 2 alla, come visto delimitata, vicenda del danno erariale risalente a condotte degli amministratori e dipendenti delle società *in house* di cui al c. 1, non lasciano spazio ad una interpretazione [...] sostanzialmente abrogatrice della regola generale in tema di casi e limiti della responsabilità contabile ai sensi della l. 14 gennaio 1994, n. 20” (Cass., S.U., 18 maggio 2022, n. 15979).

11. Non occorre provvedere sulle spese, stante la qualità di parte in senso meramente formale del Procuratore della Corte dei conti.

P.q.m., dichiara la giurisdizione della Corte dei conti.

2370 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 25 gennaio 2023; Pres. Virgilio, Rel. Giusti, P.M. Basile; M.G. c. Proc. gen. Corte dei conti e altri. *Cassa Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 31 dicembre 2021, n. 228.*

Giurisdizione e competenza – Magistrato amministrativo – Ritardo nel deposito delle sentenze – Azione di responsabilità amministrativa – Danno da disservizio – Giurisdizione della Corte dei conti – Esclusione.

Cost., artt. 3, 103, 108; c.p.c., artt. 1, 360, c. 1, 362, c. 1, n. 1; c.g.c., art. 1; l. 27 aprile 1982, n. 186, ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali, art. 32; l. 13 aprile 1988, n. 117, risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati, artt. 2, 3, 13; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’art. 1, c. 1, lett. f), l. 25 luglio 2005, n. 150, art. 2, lett. q.

Non sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nella controversia avente ad oggetto l’azione di risarcimento del danno da disservizio cagionato da un magistrato amministrativo per il ritardo nel deposito dei provvedimenti giudiziari, essendo la valutazione di tale condotta rimessa all’organo di governo autonomo, nell’ambito del relativo potere disciplinare. (1)

Ragioni della decisione – 1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia, in relazione agli artt. 362, c. 1, e 360, c. 1, n. 1), c.p.c., la violazione degli artt. 3, 103 e 108 Cost., dell’art. 1, c.p.c., l. 13 aprile 1988, n. 117 (in particolare, degli artt. 2, 3 e 13), nonché delle norme che regolano il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati speciali, derivanti dal combinato disposto del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 (in particolare, dell’art. 2, lett. q), e della l. 27 aprile 1982, n. 186 (in particolare, dell’art. 32), per avere la sentenza impugnata ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei conti in materia di risarcimento dei danni da disservizio, consistente nel sistematico ritardo nel deposito delle sentenze, che la Sezione giurisdizionale d’appello per la Regione Siciliana ha ritenuto essere stato cagionato dal prof. Mineo, componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, nell’esercizio delle proprie

(1) Segue la nota di V. Zuccari, *La responsabilità dei magistrati per danno da disservizio: limiti al sindacato della Corte dei conti.*

funzioni giudiziarie. Ad avviso del ricorrente, la materia della responsabilità dei magistrati sarebbe integralmente disciplinata dalla l. n. 117/1988, come modificata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18. In particolare, il Mineo sostiene che in base a tale normativa, concernente la responsabilità dei magistrati anche per i casi di “denegata giustizia”, in cui andrebbe ricompreso il tardivo deposito dei provvedimenti, spetta al Presidente del Consiglio dei ministri l’esercizio dell’azione di rivalsa nei confronti del magistrato, da proporsi dinanzi al giudice civile, per i danni subiti dallo Stato, che abbia dovuto risarcire il cittadino cui sia stato riconosciuto il relativo diritto. Secondo il ricorrente, la previsione dell’esercizio dell’azione di rivalsa, da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, dinanzi al giudice ordinario troverebbe fondamento nell’art. 108 Cost., secondo cui le norme riguardanti ogni magistratura vanno stabilite con legge, la quale deve anche assicurare l’indipendenza dei giudici delle magistrature speciali.

2. Con il secondo motivo, prospettato in via subordinata rispetto al precedente mezzo, il ricorrente chiede disporsi il rinvio della causa alla Corte costituzionale, per la risoluzione della questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 103 e 108 Cost., con riferimento all’art. 1 c.g.c., nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di non escludere la giurisdizione contabile nella materia oggetto del presente giudizio, essendo essa attribuita al giudice ordinario nell’ambito del procedimento speciale istituito e disciplinato dalla l. n. 117/1988, o per illegittimità costituzionale della medesima l. n. 117/1988, nella parte in cui dovesse essere interpretata nel senso di non escludere la giurisdizione contabile in materia di danno cagionato dal magistrato all’amministrazione di appartenenza, nell’ipotesi di denegata giustizia.

3. Con il terzo motivo, sollevato in via di ultima subordinata, il ricorrente censura la violazione della norma, in tesi, attributiva della giurisdizione contabile (artt. 2, c. 3-*bis*, 13, c. 2-*bis*, l. n. 117/1988), essendo essa stata applicata retroattivamente dal giudice a quo, nonostante si tratti di disposizioni di carattere innovativo.

4. Il primo motivo pone la questione se ricada nella giurisdizione della Corte dei conti l’azione, proposta dalla Procura regionale contabile nei confronti di un ex magistrato amministrativo, di responsabilità per danno erariale da disservizio in pregiudizio dell’amministrazione di appartenenza (il Consiglio di Stato), per avere egli, nell’ambito dello svolgimento delle funzioni giurisdizionali, quale componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, violato l’obbligo di tempestivo deposito delle sentenze.

5. La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d’appello per la Regione Siciliana, ha ritenuto di essere munita della giurisdizione. L’iniziativa promossa dal procuratore regionale rientrerebbe nell’ambito della giurisdizione in materia di responsabilità ammini-

strativa per danno erariale, istituzionalmente attribuita alla Corte dei conti, qui inteso come danno al corretto ed efficiente esercizio della funzione giurisdizionale. Il danno erariale, di natura diretta, consisterebbe nell’aver, il magistrato, omesso di adempiere puntualmente al dovere di tempestivo deposito dei provvedimenti giudiziari, arrecando disservizio all’amministrazione di appartenenza e lesione del sinallagma che giustificava la corresponsione della retribuzione nella misura prestabilita.

La sentenza d’appello, condividendo il ragionamento seguito dal giudice di primo grado, ha osservato che, per un magistrato che esercita la funzione giudicante, il rispetto dei termini previsti dalla legge per il deposito dei provvedimenti costituisce elemento essenziale della prestazione lavorativa, contribuendo a connotare, in termini quantitativi e qualitativi, il servizio giustizia. La Sezione d’appello ha quindi sottolineato che, in caso di mancata od inesatta effettuazione della prestazione lavorativa da parte di un dipendente pubblico, si verifica, ove le inadempienze siano gravi e reiterate, una notevole alterazione del sinallagma contrattuale, di talché la retribuzione corrisposta al medesimo viene ad essere, almeno in parte, priva di valida causa giustificativa, in quanto dalle risorse finanziarie impiegate a tal fine l’amministrazione non ricava le utilità preventivate, patendo, anzi, per effetto delle inadempienze del dipendente negligente, negative ripercussioni, in termini di minore efficienza sotto il profilo funzionale e di minore efficacia, sotto i profili della qualità e della quantità, dei servizi resi alla collettività.

6. Il collegio osserva preliminarmente che la ricostruzione, attraverso la legislazione ed il sistema, dell’ambito della giurisdizione contabile in materia di danni arrecati all’erario e l’individuazione dei soggetti sottoponibili al giudizio di responsabilità amministrativa competono, innanzitutto, alla Corte dei conti in sede di verifica della propria competenza giurisdizionale e poi, eventualmente, alla Corte di cassazione su ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione (art. 41 c.p.c.) ovvero, come nella specie, su ricorso avverso la decisione della Corte dei conti per motivi inerenti alla giurisdizione (artt. 111, c. 8, Cost., 362 c.p.c. e 207 c.g.c.).

7. Quando è posta una questione di giurisdizione, questa Corte ha la possibilità – esattamente come per qualunque altra questione processuale – di riscontrare direttamente gli atti di causa per individuare il giudice munito di giurisdizione; al riguardo, le Sezioni Unite non devono limitare la propria cognizione all’esame della sufficienza e logicità della motivazione con cui il giudice a quo abbia vagliato la questione di giurisdizione, essendo investite del potere di esaminare direttamente gli atti e i documenti sui quali il ricorso si fonda, onde stabilire se, in effetti, la suddetta questione sia stata correttamente decisa o meno (tra le tante, Cass., S.U., 16 settembre 2021, n. 25042).

8. La responsabilità amministrativo-contabile è la responsabilità patrimoniale in cui incorrono i pubblici funzionari che, in presenza di un rapporto di impiego, per inosservanza dolosa o colposa degli obblighi di servizio, abbiano causato un danno economico alla pubblica amministrazione.

Essa costituisce parte integrante di un sistema volto ad ottenere dai funzionari pubblici comportamenti coerenti con il buon andamento.

La responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente non differisce strutturalmente dall'ordinaria responsabilità civile (art. 2043 c.c.), se non per la particolare qualificazione del soggetto autore del danno (pubblico dipendente o soggetto legato alla pubblica amministrazione da rapporto di servizio), per la natura del soggetto danneggiato (ente pubblico e assimilati) e per la causazione del danno nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze legate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

La responsabilità si configura non solo a fronte di danni diretti subiti dall'amministrazione, ma anche quando il danno sia stato subito indirettamente dall'amministrazione chiamata innanzi al giudice, ordinario o amministrativo, a risarcire, ai sensi dell'art. 28 Cost., il terzo danneggiato.

Tale responsabilità trova la sua unitaria e fondamentale disciplina nella l. 14 gennaio 1994, n. 20, come modificata dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639. In base ad essa, "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali".

L'illecito erariale si connota per la "combinazione di elementi restitutori e di deterrenza" (Corte cost. n. 371/1998).

La conformazione della responsabilità amministrativa risente dell'opera di progressiva specificazione, precisazione e tipizzazione degli obblighi di servizio nonché di un sempre più diffuso utilizzo di qualificazioni legali tipiche, nelle quali le violazioni delle regole giuscontabili sono direttamente qualificate dal legislatore come fonte di responsabilità amministrativa, erariale o contabile. Così, ad esempio, nelle pubbliche amministrazioni incluse nell'elenco adottato dall'Istituto nazionale di statistica (Istat), il funzionario che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accertare preventivamente che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica, e la violazione di tale obbligo di accertamento comporta, per espressa previsione, responsabilità amministrativa (art. 9, c. 1, lett. a, n. 2, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102). Analogamente, la legge 6 novembre 2012, n. 190, nell'aggiungere il c. 7-bis all'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, inquadra

tra le ipotesi di responsabilità erariale l'omesso versamento del compenso percepito dal dipendente pubblico per attività extraistituzionale non autorizzata.

L'evoluzione del sistema è frutto anche dell'elaborazione, ad opera della giurisprudenza della Corte dei conti, di figure di responsabilità amministrativa in cui il nesso tra il pregiudizio e le casse erariali è meno immediato che nelle ipotesi tradizionali, dandosi rilievo alla lesione di interessi pubblici generali riferibili indistintamente alla collettività amministrata.

Nella sua struttura essenziale e tradizionale, la sfera della responsabilità amministrativa risulta perimetrata a quelle fattispecie in cui il danno, quale diretta o indiretta conseguenza dell'atto o del comportamento del pubblico dipendente, si materializza in un indebito esborso di denaro pubblico o nella mancata percezione di somme spettanti all'amministrazione. La giurisprudenza contabile ha progressivamente ampliato la nozione di danno pubblico, sino a ricomprendervi la compromissione di interessi pubblici di carattere generale connessi all'equilibrio economico e finanziario dello Stato.

In quest'ambito si colloca la particolare figura di responsabilità amministrativa che viene in rilievo nella presente vicenda: il danno da disservizio.

Tale figura ricomprende varie tipologie di illecito caratterizzate dalla diminuzione di rendimento dell'azione amministrativa eziologicamente connessa alla lesione dell'agire amministrativo nei suoi valori fondamentali, tra cui il buon andamento e l'imparzialità: dall'inosservanza dei doveri del pubblico dipendente deriva la diminuzione di efficienza dell'apparato pubblico per la mancata o ridotta prestazione del servizio o per la cattiva qualità dello stesso.

Il danno da disservizio presuppone una distorsione dell'azione pubblica rispetto al fine cui l'azione stessa deve essere indirizzata. Il danno si verifica quando il pubblico servizio è "desostanziato", per l'utenza, delle sue intrinseche qualità. Si è di fronte a un pregiudizio sofferto dalla collettività in ragione dell'esercizio sviato della funzione amministrativa. Il danno da disservizio si accredita come figura di sintesi di una serie di condotte colpevolmente disfunzionali che incidono sulla qualità del servizio, oltre che sulla sua materiale esecuzione (Corte conti, Sez. III centr. app., 26 settembre 2017, n. 479).

Il diritto vivente vi ha fatto rientrare ipotesi contrassegnate da uno sviamento della funzione o da una rilevante alterazione della prestazione: l'illecita cancellazione in cambio di denaro, da parte di un funzionario dell'Agenzia fiscale, di alcuni carichi fiscali pendenti per omessi versamenti di imposte dovute (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 23 febbraio 2009, n. 74); l'assenteismo nel settore della scuola (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 21 marzo 2008, n. 209); la mancata resa del servizio o della prestazione, ricondotta allo schema dell'*aliud pro alio*, da parte di un segretario scolastico, in fattispecie di irregolare gestione del bilancio della scuola, con sfondamenti di capitoli e senza deliberazioni degli organi

collegiali competenti, con fatture inevase, con emissioni di mandati senza la firma del preside e con omesso invio al provveditorato agli studi del conto consuntivo relativo all'esercizio finanziario (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 29 novembre 2001, n. 511); l'esercizio distorto di potestà pubbliche e l'asservimento del servizio da parte di un finanziere condannato per collusione in contrabbando (Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 7 gennaio 2008, n. 2); l'utilizzo improprio di beni strumentali della pubblica amministrazione, consistente nella connessione alla rete internet per navigare su siti proibiti, con conseguente trasmissione di virus alla rete locale (Corte conti, Sez. giur. reg. Basilicata, 22 marzo 2006, n. 83); l'intenzionale discriminazione, da parte del pubblico funzionario, dell'ordine delle pratiche da seguire, frutto di un comportamento delittuoso, con l'assicurazione di un canale preferenziale ed accelerato ad alcuni imprenditori e professionisti (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 31 luglio 2015, n. 139); le "anticipazioni" sui temi concorsuali ai candidati da parte di un commissario (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 22 marzo 2022, n. 12).

Ne emerge un quadro che concorre a delineare il perimetro del danno da disservizio dell'amministrazione, e quindi anche il limite della tutela risarcitoria avviata su queste basi.

9. Ai sensi dell'art. 103, c. 2, Cost., la Corte dei conti "ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge".

L'art. 1 c.g.c., approvato con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, prevede che la Corte dei conti "ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi di contabilità pubblica".

Come ha rilevato la Corte costituzionale (sent. n. 29/1995), la prassi giurisprudenziale e le leggi di attuazione della Costituzione hanno esaltato, della Corte dei conti, il ruolo complessivo di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive, quale "organo posto a tutela degli interessi obiettivi della pubblica amministrazione".

La Corte dei conti è il giudice naturale della responsabilità per danno erariale dei soggetti legati alle pubbliche amministrazioni da un rapporto di impiego o di servizio.

La giurisprudenza costituzionale ha altresì precisato che la giurisdizione "nelle materie di contabilità pubblica", come prevista dalla Costituzione e alla stregua della sua conformazione storica, è dotata non di una "assoluta", ma solo di una tendenziale generalità (sent. n. 102/1977, nonché sent. n. 33/1968), in quanto essa è suscettibile di espansione in via interpretativa, quando sussistano i presupposti soggettivi e oggettivi della responsabilità per danno erariale, ma ciò solo "in carenza di regolamentazione specifica da parte del legislatore che potrebbe anche prevedere la giurisdizione ed attribuirli ad un giudice diverso" (sent. n. 641/1987).

Come ha sottolineato la Corte costituzionale nella sentenza n. 385 del 1996, "appartiene [...] alla discrezionalità del legislatore, che deve essere circoscritta all'apprezzamento ragionevole dei motivi di carattere ordinamentale e, particolarmente, di quelli riconducibili agli equilibri costituzionali, la definizione concreta della materia di contabilità pubblica, da attribuire alla giurisdizione della Corte dei conti".

10. Nel sistema costituzionale non vi è potere senza responsabilità.

Nei confronti dei magistrati, siano essi ordinari o appartenenti a una magistratura speciale, possono essere fatte valere diversi tipi di responsabilità.

La Corte costituzionale (sent. n. 385/1996, cit.), nel dichiarare l'inammissibilità del conflitto di attribuzione proposto da un giudice istruttore a seguito di un atto di citazione relativo a danni erariali prodotti nella liquidazione di perizie d'ufficio, ha chiarito che sussiste "la conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile, oltre che penale, ma anche amministrativa, nelle sue diverse forme".

Gli artt. 101, 102, 104 e 108 Cost. "non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione". "Le richiamate disposizioni dettate dalla Costituzione a garanzia dell'indipendenza e dell'insindacabilità della funzione giurisdizionale non si oppongono di per sé alla possibilità che la legge preveda casi e forme di responsabilità per atti giudiziari del tipo qui in questione".

Il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione, ma è soggetto alla legge: alla Costituzione innanzitutto, che sancisce, ad un tempo, il principio di indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28) al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione (Corte cost. sent. n. 18/1989).

11. La giurisprudenza di questa Corte regolatrice ha ritenuto configurabile la responsabilità amministrativa del magistrato, con le conseguenze in punto di giurisdizione, e si è interrogata anche sui rapporti tra la responsabilità amministrativa e la disciplina della responsabilità civile del magistrato per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

11.1. L'ordinanza delle Sezioni Unite 24 marzo 2006, n. 6582, ha fatto rientrare nella giurisdizione della Corte dei conti una controversia nella quale l'azione di responsabilità per danno erariale era stata avviata nei confronti di un giudice addetto alla sezione misure di prevenzione, già condannato in sede penale per avere commesso, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, una serie di reati che avevano causato direttamente allo Stato un danno patrimoniale (derivante dalla mancata applicazione di misure di prevenzione di carattere personale e patrimoniale, con conseguente

mancato incameramento di cauzioni e di beni destinati alla confisca) e all'immagine (in termini di pregiudizio del prestigio e del decoro dell'istituzione pubblica).

L'assimilazione della posizione del magistrato a quella degli altri funzionari pubblici è motivata sul rilievo che l'intero sistema della l. n. 117/1988 (come risulta anche dalla sua intestazione) mira a disciplinare, ponendo limiti e condizioni a garanzia dell'indipendente e imparziale esercizio delle funzioni giurisdizionali, la sola responsabilità civile del magistrato; mentre l'esigenza di una disciplina speciale viene meno in presenza di un fatto di reato commesso nell'esercizio delle funzioni, come dimostra l'art. 13, secondo comma, di tale legge che, in tema di responsabilità civile per fatti costituenti reato, "espressamente richiama le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti (operando, quindi, quanto meno a questi effetti, un'equiparazione dei magistrati ai pubblici dipendenti)". In sostanza, "in mancanza di una diversa previsione [...], non c'è alcuna ragione per escludere la responsabilità amministrativa dei magistrati in presenza di un fatto costituente reato": "nella complessiva ricostruzione del sistema", "la commissione nell'esercizio delle funzioni di un fatto costituente reato fa venir meno l'esigenza di una speciale e più favorevole disciplina della responsabilità dei magistrati".

11.2. La sentenza delle Sezioni Unite 27 maggio 2009, n. 12248, a sua volta, ha corretto l'impostazione del giudice a quo, secondo cui l'attività giudiziaria svolta da un magistrato, salvo il caso di commissione di reato, sarebbe sempre e comunque insindacabile in sede contabile e, quindi, in assoluto sottratta alla giurisdizione della Corte dei conti, e ha riconosciuto la conciliabilità in linea di principio della indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità del suo esercizio. Cionondimeno, poste di fronte ad una controversia promossa dal procuratore regionale della Corte dei conti, nei confronti di un magistrato ordinario, per il danno colposamente arrecato all'amministrazione a seguito del ritardato dissequestro di due autoveicoli affidati in custodia giudiziale, le Sezioni Unite hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, e non della Corte dei conti, non essendo configurabile alcuna ipotesi di reato e trattandosi di danno causato – alla luce della l. n. 117/1988 – nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

11.3. Si è, poi, riconosciuta la sussistenza della giurisdizione contabile in una fattispecie relativa a un magistrato venuto meno al dovere di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento di incarichi extralavorativi e del conseguente obbligo di riversare all'Amministrazione i compensi per essi ricevuti (Cass., S.U., 2 novembre 2011, n. 22688). Questa Corte ha motivato sulla premessa che è configurabile la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa di un soggetto che, legato all'amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, causi un danno con azioni od omissioni con-

nesse alla violazione non soltanto dei doveri tipici delle funzioni concretamente svolte, ma anche di quelli ad esse strumentali, attenendo al merito e, dunque, ai limiti interni della *potestas iudicandi*, ogni questione concernente il tipo e l'ammontare del danno stesso diverso da quello all'immagine.

12. Esplicite disposizioni di legge confermano la sottoposizione anche dei magistrati alla giurisdizione della Corte dei conti.

L'art. 172 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, approvato con il d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, prevede (con una disposizione di cui la Corte costituzionale, nell'ord. n. 273/2006, ha escluso il carattere innovativo) che "i magistrati e i funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario a causa degli errori e delle irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa".

A sua volta, l'art. 5, c. 4, l. 24 marzo 2001, n. 89, in tema di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, dispone che il decreto di accoglimento della domanda di equa riparazione, di chi ha subito un danno per effetto della violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole del processo, venga comunicato al Procuratore contabile, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, oltre che ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici interessati dal procedimento.

In caso di responsabilità civile per fatti costituenti reato, l'art. 13 della l. n. 117/1988 prevede che "all'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede altresì secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti".

13. Da tali coordinate, legislative e giurisprudenziali, possono trarsi i seguenti corollari.

L'art. 7 della l. n. 117/1988 – che attribuisce al giudice ordinario la cognizione dell'azione di rivalsa che il Presidente del Consiglio dei ministri, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l'obbligo di esercitare nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile – non esclude la possibilità che si instaurino, dinanzi alla Corte dei conti, altri giudizi, secondo la disciplina di diritto comune della responsabilità amministrativa, nei confronti del magistrato che abbia ingiustamente arrecato danni erariali allo Stato. Difatti, il citato art. 7 devolve alla giurisdizione ordinaria l'azione di rivalsa per il danno patrimoniale indiretto arrecato dal magistrato allo Stato che ha risarcito in

sede civile il terzo danneggiato nell'esercizio di funzioni giurisdizionali, sicché in tutte le restanti ipotesi di danno erariale si riepande la generale giurisdizione contabile.

Se ne ha conferma nella trama della stessa l. n. 117/1988, che distingue tra azione di rivalsa, riservata allo Stato e da proporre davanti alla giurisdizione ordinaria, e azione di regresso in caso di reato, da esercitare secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

In altri termini, la l. n. 117/1988 non esaurisce in sé ogni forma di responsabilità perché, nella sua regolazione, attiene all'ambito di quella civile. Con la clausola di salvezza del giudizio di responsabilità contabile di cui al d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, contenuta nell'art. 2, c. 3-*bis*, l. n. 117/1988, inserito dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, il legislatore della responsabilità civile dello Stato verso terzi indica che quella disciplina non esaurisce la responsabilità del magistrato per danni all'erario.

Spetta alla giurisdizione della Corte dei conti, secondo le norme generali, conoscere dei danni arrecati allo Stato, inteso nel senso dell'amministrazione della giustizia, o ad altra amministrazione o ente pubblico, essendo tale responsabilità fondata sull'ordinario presupposto del rapporto funzionale e di servizio che lega il magistrato all'amministrazione pubblica e della violazione (commessa con dolo o colpa grave) di doveri inerenti a quel rapporto.

Dinanzi alla Corte dei conti il magistrato può essere chiamato a rispondere, innanzitutto, per i danni causati nell'esercizio di funzioni amministrative: si pensi al caso di un uso non istituzionale di beni dell'ufficio o alla mancata segnalazione alla Procura contabile, da parte dei vertici di un ufficio giudiziario, di fatti dannosi per l'erario prodotti da magistrati o dal personale amministrativo.

Dinanzi alla Corte dei conti il magistrato può essere chiamato a rispondere anche del danno scaturito dall'esercizio di funzioni giudiziarie, fermi restando l'insindacabilità nel merito dei provvedimenti giudiziari e il limite della indipendenza funzionale. Anche all'interno della funzione giudiziaria propriamente detta, del resto, sono previste numerose incombenze, per lo più di disposizione di beni e di risorse pubbliche, suscettibili di produrre immediati effetti patrimonialmente valutabili sugli oneri legati alla gestione pubblica della funzione giudiziaria: così, ad esempio, in caso di liquidazione di elevati compensi, non conformi a legge, a periti o consulenti. A questa ipotesi va ricondotto quanto stabilito dal citato art. 172 del testo unico in materia di spese di giustizia.

È un danno direttamente causato allo Stato, del quale il magistrato può essere chiamato a rispondere dinanzi alla Corte dei conti, anche quello all'immagine della pubblica amministrazione per delitti commessi in danno della stessa nell'esercizio delle funzioni (art. 51 c.g.c.).

14. Con riguardo alla fattispecie che viene in rilievo nella presente vicenda, preme rilevare che la legge prende in considerazione sotto più profili le ricadute negative derivanti dal ritardo, da parte del giudice, nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali.

14.1. In primo luogo, attribuendo alla Corte dei conti il giudizio di rivalsa verso il magistrato per i danni risarciti dallo Stato in caso di irragionevole durata dei processi, ai sensi della citata l. n. 89/2001.

Poiché tra le cause della irragionevole durata può esservi il comportamento del magistrato, è stabilito, all'art. 5 di detta legge, che il decreto con cui è accolta la domanda di equa riparazione dei danni debba essere comunicato, a cura della cancelleria, anche al Procuratore contabile, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità.

Mentre la l. n. 89/2001 pone un obbligo risarcitorio a carico dello Stato connesso tendenzialmente all'oggettiva violazione del principio di ragionevole durata del processo, nel giudizio di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti rileva il dolo o la colpa grave dell'autore del ritardo, dovendosi fare applicazione delle regole sostanziali e processuali che disciplinano la responsabilità amministrativa. Pertanto, potrà essere escluso ogni profilo di responsabilità, guardandosi alle plurime funzioni esercitate dal singolo magistrato o considerandosi il complessivo carico di lavoro. In altri termini, in ragione dell'autonomia del processo contabile rispetto al procedimento giudiziario che ha dato luogo all'equa riparazione, la Corte dei conti è chiamata a valutare senza automatismi il comportamento dei soggetti innanzi ad essa convenuti e l'imputabilità ai medesimi del danno erariale derivante dall'equa riparazione.

L'art. 5 della l. n. 89/2001 esplicita, dunque, un'ipotesi di danno arrecato all'erario che ha erogato l'indennizzo per il ritardo. Dal ritardo può derivare, secondo autonoma valutazione della Corte dei conti, una fonte di responsabilità amministrativa.

14.2. In secondo luogo, prevedendo una apposita figura di illecito disciplinare.

Il magistrato è tenuto ad esercitare le funzioni attribuitegli con diligenza e laboriosità.

Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. q), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, costituisce illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni "il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni".

Tale disposizione "presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto".

Alla stregua della citata disposizione normativa, risulta passibile di sanzione disciplinare il reiterato, grave ed ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni. Pertanto – come ha chiarito la giurisprudenza di queste Sezioni Unite (tra le tante, Cass., S.U., 7 ottobre 2019, n. 25020) – i ritardi rilevano disciplinarmente là dove

siano una diretta conseguenza della mancanza di laboriosità. È imprescindibile, al riguardo, una valutazione complessiva del carico di lavoro dell'ufficio e degli sforzi profusi per l'abbattimento dell'arretrato. Il notevole carico di lavoro del quale risulti gravato il magistrato è idoneo ad assumere rilievo quale causa di giustificazione per il ritardo ultrannuale nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali ove, tenuto conto degli standard di operosità e laboriosità mediamente sostenuti dagli altri magistrati dell'ufficio, a parità di condizioni di lavoro vi sia una considerevole sproporzione del carico, a danno del magistrato incolpato, così da rendere inesigibile l'apprestamento di una diversa organizzazione.

Ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 109/2006, la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati "non si applica ai magistrati amministrativi". In relazione alla responsabilità disciplinare dei giudici amministrativi, quello contenuto nell'art. 32 della l. 27 aprile 1982, n. 186, si interpreta come un rinvio fisso: perciò, continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, nella parte in cui definiscono l'illecito disciplinare (art. 18) (Cons. Stato, Sez. IV, 7 dicembre 2015, n. 5572). Occorre dare atto, tuttavia, che la tipizzazione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. q), d.lgs. n. 109/2006 è destinata a spiegare effetto, per i magistrati amministrativi, in via di "autovincolo" dell'organo di governo autonomo: nel Plenum del 15 gennaio 2016, infatti, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa ha stabilito che "ai sensi dell'art. 18 del r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, integra l'illecito disciplinare, da parte del magistrato amministrativo, il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni".

14.3. In terzo luogo, prevedendo la responsabilità civile del magistrato, ai sensi della l. n. 117/1988, in caso di diniego di giustizia.

Costituisce diniego di giustizia anche il ritardo, oltre che il rifiuto o l'omissione, del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte abbia presentato istanza per ottenere il provvedimento e siano decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria (art. 3).

Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali (art. 2).

Anche nel caso di diniego di giustizia, il Presidente del Consiglio dei ministri ha l'obbligo di esercitare, dinanzi al giudice ordinario, l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale (art. 7).

14.4. Rimane ferma la responsabilità del magistrato per fatti costituenti reato (art. 13 l. n. 117/1988) nell'ipotesi in cui il ritardo trasmodi in un rifiuto di atti d'ufficio.

La giurisprudenza penale di questa Corte (Cass. Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 8870) ha chiarito che l'inosservanza, anche ripetuta e grave, da parte del magistrato, dei termini di deposito delle sentenze non integra, di per sé sola, il reato di rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di giustizia *ex* art. 328, c. 1, c.p., se non sussista una indifferibilità dell'atto omesso, la quale non può essere desunta dall'esigenza di regolare andamento dell'attività giudiziaria, ma presuppone che il ritardo determini un pericolo concreto di pregiudizio per le parti interessate, derivante dalla mancata definizione dell'assetto regolativo degli interessi coinvolti nel procedimento.

In questa prospettiva, il ritardo, in specie quando consistente, non costituisce un dato irrilevante e neutro, ma deve essere valutato nella concretezza della situazione, in modo da verificare se in rapporto ad essa lo stesso, per il suo protrarsi, possa influire sull'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto e se dunque l'ulteriore ritardo possa assumere il significato di vero e proprio rifiuto di un atto divenuto indifferibile.

In tale quadro possono assumere concreta rilevanza le specifiche sollecitazioni rivolte al giudice, affinché provveda al deposito del provvedimento.

Le stesse possono peraltro provenire da organi sovraordinati o preposti al controllo e al coordinamento dell'attività giudiziaria ovvero direttamente da soggetti coinvolti nell'attività giudiziaria.

La manifestazione di un legittimo interesse, ove ulteriormente qualificata dalla richiesta del provvedimento, può dare luogo alla figura del diniego di giustizia e, in presenza di una diffida, al reato di cui all'art. 328, c. 2.

Ma ove la sollecitazione sia specificamente qualificata dalla rappresentazione dell'urgenza, correlata all'esigenza di compiuta attuazione del diritto positivo, che potrebbe essere altrimenti pregiudicata, in quanto si determinino o possano determinarsi conseguenze non fisiologiche in relazione allo sviluppo del procedimento o alla posizione delle parti interessate, esposte a pregiudizi dipendenti dalla mancata definizione dell'assetto degli interessi coinvolti nel procedimento, essa potrebbe valere non solo a dar conto dell'indifferibilità dell'atto, ma anche a consentire di valutare la protratta inerzia come elemento rappresentativo del rifiuto, che integra l'ipotesi delittuosa di cui al primo comma dell'art. 328 c.p.

15. La responsabilità amministrativo-contabile dei magistrati presenta, accanto ad aspetti di sostanziale sovrapponibilità con quelli riguardanti le altre categorie di funzionari pubblici soggetti al giudizio della Corte dei conti, alcuni profili di specificità.

Il comune aspetto di fondo, dipendente dal fatto che ambedue le categorie interessate sono legate da un rapporto di impiego pubblico con lo Stato e svolgono attività in nome e per conto dello Stato medesimo, non impedisce di considerare le peculiarità derivanti dallo

status e dai compiti dei magistrati rispetto a quelli degli altri funzionari pubblici.

I profili di specificità sono dovuti alla particolarità della funzione giudiziaria e al rapporto con l'autonomia e l'indipendenza, intese come precondizioni essenziali per l'esercizio di una attività indirizzata alla tutela dei diritti individuali.

L'elemento unificante della funzione giudiziaria risiede nella particolare posizione di indipendenza degli organi giudiziari nel sistema politico-istituzionale: amministrativamente incardinato nell'organizzazione del potere pubblico, dello Stato-persona, il magistrato ha una sua collocazione ordinamentale con regole peculiari quanto a carriera e a garanzie di indipendenza dal potere politico.

16. Ai fini della soluzione della questione che il ricorso solleva, il collegio ritiene rilevante la considerazione che la pluralità di gravi ritardi, da parte di un magistrato, nel deposito dei provvedimenti dà luogo ad una figura di illecito disciplinare, rimessa alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura: la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, per i magistrati ordinari; il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, per i giudici amministrativi.

Non v'è dubbio che depositare le sentenze nei termini di legge, tenendo conto dei carichi esigibili secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza, e svolgere tutti i compiti dell'ufficio con laboriosità e diligenza costituiscono dovere primario di ogni giudice.

L'osservanza da parte del magistrato dei doveri inerenti al suo status è parte integrante del modo di essere dell'imparzialità e dell'indipendenza della giurisdizione.

La figura del magistrato è legata non solo ad un'idea comune di probità personale, di imparzialità, di estraneità agli interessi che si agitano nella controversia, di indipendenza, ma anche di diligenza, di operosità e di laboriosità per l'efficiente esercizio della funzione giudiziaria, attraverso il quale il potere si fa servizio pubblico per gli utenti e per la comunità.

C'è un legame diretto tra la disciplina del magistrato e la tutela generale e complessiva dell'ordinamento.

Il rispetto della deontologia professionale del magistrato *interest rei publicae* ed oltrepassa la barriera dell'ordine interno del corpo.

La negligenza fonte di disservizio, punita con sanzioni disciplinari, non ha un rilievo interno, ma fuoriesce dai confini dell'istituzione, per attingere la generalità dell'ordinamento, al cui livello necessariamente si pongono le questioni che investono il modo di esercizio dell'attività giurisdizionale, destinataria principale dell'istanza di garanzia dei diritti dei cittadini.

La responsabilità disciplinare dei magistrati non può essere qualificata quale mera responsabilità verso l'ordine di appartenenza, perché è l'intero ordinamento costituzionale ad essere interessato al rispetto delle regole disciplinari da parte dei magistrati. Come inse-

gna la Corte costituzionale (sent. n. 497/2000), il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge.

Si tratta di beni i quali, affidati alle cure di ciascun organo di governo autonomo, non riguardano soltanto la magistratura, ordinaria o amministrativa, riduttivamente intesa come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini.

La responsabilità disciplinare, per sua vocazione, tende a oltrepassare la ristretta cerchia di un corpo professionale organizzato. Il suo fondamento non può ricercarsi, come per gli altri funzionari pubblici, nel rapporto di supremazia speciale della pubblica amministrazione verso i propri dipendenti.

Il procedimento disciplinare è anche una garanzia: mira a far emergere situazioni idonee ad escludere che i ritardi siano dovuti ad un'effettiva violazione dei doveri del magistrato (quali, indicativamente, il numero di udienze tenute nell'arco temporale considerato, l'impegno straordinario in processi di eccezionale importanza, il numero dei processi dei quali il magistrato è assegnatario ove sproporzionato in eccesso rispetto a quelli attribuiti ad altri magistrati).

17. Con la sentenza in questa sede impugnata, la Sezione giurisdizionale d'appello per la Regione Siciliana della Corte dei conti ha condannato il giudice amministrativo a risarcire un danno erariale da disservizio.

Il predetto magistrato è incorso – secondo l'apprezzamento svolto dalla Corte dei conti a conferma dell'impostazione dell'atto di promovimento della Procura erariale – in gravi e sistematiche inadempienze e, proprio in ragione di ciò, il servizio giustizia reso dal Consiglio di giustizia amministrativa non ha conseguito i migliori standard di efficienza e di efficacia che avrebbero potuto essere altrimenti raggiunti.

La Sezione giurisdizionale d'appello della Corte dei conti ha evidenziato anche gli "indicatori di performance" della prestazione resa nel periodo considerato, dandosi cura di precisare che il prof. Mineo: "aveva fatto parte dei collegi giudicanti in misura maggiore rispetto agli altri magistrati in servizio nel c.g.a."; "aveva la migliore percentuale di presenze in tutti i collegi del c.g.a. (giudicanti e consultivi), circostanza che, soprattutto nel periodo in cui il numero dei magistrati laici effettivamente in servizio era diminuito, aveva consentito la celebrazione di tutte le udienze programmate"; "aveva redatto più ordinanze cautelari rispetto agli altri colleghi"; "era in seconda posizione per numero di sentenze pubblicate"; "era in seconda posizione con riferimento alla percentuale di sentenze depositate rispetto al totale di quelle prodotte dal c.g.a."; "soltanto in relazione ai tempi di deposito del-

le sentenze era in posizione assai peggiore rispetto agli altri colleghi, che, comunque, anch'essi avevano fatto registrare rilevanti ritardi in proposito”.

La Sezione giurisdizionale d'appello ha quindi determinato il risarcimento del danno, in via equitativa, in un importo pari al 20 per cento delle risorse finanziarie che risultano essere state stanziare ed utilizzate dall'amministrazione del Consiglio di Stato per retribuire il magistrato nell'arco temporale considerato.

18. La responsabilità amministrativo-contabile per danno da disservizio è stata, quindi, ipotizzata e riscontrata sussistente in una fattispecie di espletamento, da parte dell'odierno ricorrente, della funzione giurisdizionale con standard qualitativi inferiori a quanto dovuto in relazione al rispetto dei termini per il deposito dei provvedimenti. Dinanzi alla Corte dei conti non è stata esercitata un'azione di risarcimento del danno erariale frutto di una condotta del magistrato derivante da reato.

Né è stata esercitata un'azione di rivalsa per danni risarciti dallo Stato a terzi per l'irragionevole durata del processo in base alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed alla l. n. 89/2001.

L'iniziativa erariale neppure è stata promossa a seguito di una condanna dello Stato al risarcimento dei danni per diniego di giustizia.

La responsabilità amministrativo-contabile è stata ravvisata per un danno che si assume direttamente arrecato in un caso di negligente attività lavorativa del magistrato, il quale, pur avendo una produttività ragguardevole, ha depositato con sistematico ritardo (di circa 200 giorni) le sentenze e i provvedimenti di sua competenza, provocando disservizio all'amministrazione di appartenenza, che non ha potuto conseguire i migliori standard di efficienza e di efficacia.

19. In tal modo, la Sezione giurisdizionale d'appello ha esteso il perimetro della responsabilità amministrativo-contabile per danno da disservizio fino a ricomprendervi un'ipotesi di ordinaria violazione del dovere di diligenza del magistrato integrante una figura di illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, come tale rimessa alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura amministrativa; e ha finito, così, con il giudicare di una domanda che fuoriesce dall'ambito della cognizione della Corte dei conti.

La condotta neghittosa per la quale il prof. Mineo è stato convenuto in giudizio non ricade nell'ambito della materia della contabilità pubblica, ma trova la sua esclusiva risposta da parte dell'ordinamento nel sistema disciplinare, deputato ad accertare se i ritardi ascritti all'incolpato raggiungano quel livello di censurabilità tale da legittimare l'irrogazione, da parte dell'organo di autogoverno della magistratura amministrativa, di una sanzione disciplinare.

20. Invero, il danno da disservizio è – come ha messo in luce un'autorevole dottrina – un danno di

“chiusura”, che ha il suo tratto unificante nell'espletamento di una attività della pubblica amministrazione in modo inefficiente, con standard qualitativi inferiori al dovuto e conseguente non pieno soddisfacimento dell'utenza. L'alterazione delle tempistiche procedurali può essere una delle cause del disservizio: i tempi della pubblica amministrazione sono un bene della vita.

La valutazione di condotte del magistrato, ordinario o amministrativo, in violazione del dovere di diligenza e di laboriosità è devoluta all'organo di governo autonomo, secondo quanto prescrivono la Costituzione e le norme sull'ordinamento giudiziario.

Il mancato rispetto, da parte del magistrato, dei tempi processuali rinviene la sua reazione nella sanzione disciplinare, la quale, anche per la particolare iniziativa nel promovimento, evoca una responsabilità verso l'intero ordinamento: una responsabilità mediante la quale si tutela il principio di buon andamento, riferibile pure agli organi dell'amministrazione della giustizia, e trovano un presidio i valori che si compendiano nel giusto processo, caratteristica essenziale della funzione giurisdizionale.

La responsabilità disciplinare del magistrato è tale, per sua natura, da assorbire, là dove l'inefficienza del servizio giustizia dipenda dal mero ritardo nel deposito, le ragioni che stanno alla base della elaborazione giurisprudenziale giuscontabile del danno da disservizio.

Non ci può essere spazio, allora, per la perseguibilità, dinanzi al giudice contabile, di una responsabilità per danno diretto erariale da disservizio derivante dalla inosservanza, quantunque reiterata, grave e ingiustificata, dei termini di deposito dei provvedimenti giurisdizionali. Il rispetto dei canoni costituzionali cui deve improntarsi l'agire funzionale del giudice è assicurato dalla predisposizione, e dal concreto funzionamento, di un apparato disciplinare affidato a un organo che, per la composizione elettiva e per la presenza anche di membri laici, non costituisce un'entità separata, ma esprime il collegamento della magistratura con il complessivo ordinamento costituzionale dello Stato.

21. Le funzioni della Corte dei conti, pur se tra loro differenti, sono coerenti con l'alta funzione di organo posto al servizio dello Stato comunità, quale garante imparziale della corretta gestione delle risorse pubbliche, anche sotto il profilo del buon andamento, e degli equilibri di bilancio. Il concetto di risorse collettive è alla base della capacità espansiva dell'ambito cognitivo della Corte dei conti in tema di responsabilità: un ampliamento che si giustifica in considerazione dell'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione e della trasformazione del danno erariale, che comprende non solo il deterioramento o la perdita di beni o denaro, ma anche la lesione di uno specifico interesse o di un valore della comunità di cui la pubblica amministrazione si fa portatrice ed interprete in veste di ente esponenziale. Il legislatore asseconda questa tendenza, di volta in volta affidando alla responsabilità amministrativa, con norme di settore,

obiettivi di prevenzione speciale e generale dei fenomeni di devianza economico-finanziaria.

22. In questo contesto, la responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio non può essere in via interpretativa estesa fino a comprendere ipotesi legate al mero ritardo nel deposito dei provvedimenti da parte del magistrato.

Spetta, infatti, alla responsabilità disciplinare affidata all'organo di governo autonomo reagire a condotte violative dei doveri funzionali del magistrato che abbiano determinato, per il mancato rispetto dei termini di deposito dei provvedimenti, un livello della funzione giurisdizionale qualitativamente non adeguato alle attese dell'utenza. Saremmo, altrimenti, di fronte ad una pluralità di giudizi, o di procedimenti, di responsabilità distinti unicamente sotto il profilo della sanzione e non anche quanto ai relativi presupposti.

In altri termini, la responsabilità disciplinare per il ritardo (reiterato, grave e ingiustificato) attinge all'interesse, in tutte le sue componenti, all'osservanza dei doveri funzionali, laddove la responsabilità erariale per lo stesso fatto in tanto è consentita in quanto la condotta del magistrato si ponga "oltre" la fattispecie di rilievo disciplinare.

23. Perché si abbia, accanto alla responsabilità disciplinare, responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio, occorre un *quid pluris* rispetto al mero ritardo: (a) un danno aggiuntivo di carattere patrimoniale, derivante dalla condanna dello Stato al pagamento dell'indennizzo a titolo di equa riparazione per irragionevole durata o il risarcimento per diniego di giustizia; oppure (b) il mancato collegamento tra il potere esercitato ed il fine istituzionale che l'ordinamento attribuisce ad esso, configurabile ogniqualvolta il ritardo si traduca in un rifiuto o in una omissione di atti d'ufficio, penalmente rilevante, o sia espressione di un radicale, mancato svolgimento della prestazione lavorativa, con conseguente rottura del rapporto sinallagmatico per ciò che attiene alla retribuzione del magistrato "assenteista dalla funzione".

24. È questo, del resto, l'approdo al quale è pervenuta la giurisprudenza della Corte dei conti nel delineare i contorni della responsabilità erariale da disservizio a carico di un magistrato.

24.1. Con specifico riferimento alla responsabilità per danno erariale da disservizio provocato da un magistrato ordinario – già dichiarato decaduto dall'appartenenza all'ordine giudiziario, ai sensi dell'art. 11 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 – è emblematica, nella giurisprudenza contabile, la sent. n. 10 giugno 2016, n. 95 della Sezione giurisdizionale Lombardia.

Le condotte dannose non si esaurivano nel mancato rispetto dei termini per il deposito dei provvedimenti da parte del giudice civile, ma riguardavano: l'assenza ingiustificata dal servizio del magistrato; i gravi e sistematici ritardi nel deposito di moltissime sentenze e ordinanze; la caotica gestione dei fascicoli d'ufficio, non restituiti e addirittura persi, o accatastati

in ufficio nonostante ripetuti solleciti; l'omessa risposta a plurimi tentativi vani di contatti telefonici; l'omesso recupero del lavoro accumulato, nonostante l'esonero concessogli per circa due mesi dalle udienze e da nuove assegnazioni per agevolarlo nello smaltimento dell'enorme arretrato.

Preme sottolineare la vicenda, di assoluta, e ingiustificata, assenza dal servizio, che ha occasionato la decisione del giudice contabile.

La vicenda dimostra che la responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio non si attinge quale mera conseguenza di violazioni del dovere di tempestivo deposito.

Occorre una condotta che si traduca in un *aliud pro alio*, in una profonda e significativa alterazione dei contenuti propri della prestazione che il magistrato avrebbe dovuto assicurare all'amministrazione. Soltanto nei casi più gravi ed eclatanti è configurabile un'ipotesi anche di responsabilità amministrativa diretta per danno all'erario, capace di radicare la giurisdizione della Corte dei conti: casi nei quali il ritardo sistematico è l'effetto di un sostanziale rifiuto di espletamento dell'attività lavorativa, con una radicale violazione dei doveri che costituiscono il nucleo fondante della funzione giurisdizionale e che sono direttamente correlati al perseguimento dei fini di cui all'art. 97 Cost., tanto da rendere la stessa percezione della retribuzione fonte, sia pure in parte, di un ingiustificato arricchimento per il magistrato e di un danno diretto per l'erario, che ha remunerato energie lavorative distolte dalle normali attribuzioni a fronte di una sostanziale assenza ingiustificata dalla funzione.

24.2. Significativo nella stessa direzione è anche un altro caso in tema di responsabilità amministrativa di un magistrato per danno da disservizio, venuto all'esame di queste Sezioni Unite.

Esso avvalorava la ricostruzione, da parte del diritto vivente del giudice contabile, nel senso della configurabilità del danno da disservizio anche quando il pregiudizio al normale andamento del servizio giustizia deriva da un esercizio illecito e penalmente rilevante della funzione.

La sentenza 11 aprile 2018, n. 22083, delle Sezioni Unite ha esaminato il caso di un magistrato ordinario – nel frattempo rimosso dall'ordine giudiziario con sanzione disciplinare irrogata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura – che era stato condannato dalla Corte dei conti perché, quale giudice delegato, aveva disposto la vendita senza incanto di un immobile acquisito all'attivo fallimentare nell'intento di favorirne l'acquisto da parte di soggetti predeterminati, con sviamento di pubbliche risorse dalle finalità proprie della procedura fallimentare e pregiudizio, oltre che per il ceto creditorio, anche per l'amministrazione, in termini di mancato conseguimento delle utilità normalmente ritraibili da un corretto svolgimento della procedura fallimentare, sia sotto il profilo della mancata utilità collettiva, sia sotto quello del disutile costo del servizio svolto.

Investite di un ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale contro la pronuncia del giudice contabile, le Sezioni Unite, con la citata sentenza, lo hanno dichiarato inammissibile, dopo aver rilevato che era lo stesso ricorrente “a riconoscere che, sulla scorta dei molteplici addebiti che gli erano stati in origine mossi, la Corte dei conti aveva competenza giurisdizionale a decidere della sua responsabilità contabile e dunque a valutare se dalla commissione di quei fatti fosse derivato un pregiudizio all’amministrazione della giustizia”, e dopo aver sottolineato che il ricorrente non aveva contestato “neppure l’astratta configurabilità del c.d. danno erariale da disservizio”, essendosi doluto soltanto di un *error in procedendo* del giudice contabile per non avere questi rispettato il principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato di cui all’art. 112 c.p.c.

25. La responsabilità erariale per danno da disservizio non deriva dal ritardo di per sé, neppure quando reiterato, grave e ingiustificato.

Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni è sanzionato disciplinarmente, e la responsabilità disciplinare serve, da sola, a tutelare il corretto esercizio della funzione e, con essa, il prestigio e il decoro del magistrato e il prestigio dell’istituzione giudiziaria.

Quando il ritardo assume il significato di un comportamento non solo deontologicamente rilevante, ma anche illecito, risolvendosi in un reato o essendo l’effetto di un sostanziale mancato svolgimento della prestazione lavorativa, allora la protratta inerzia consente la configurazione di un danno erariale diretto da violazione del sinallagma lavoro-retribuzione patito dall’amministrazione.

26. Conclusivamente, il mero ritardo, da parte di un magistrato amministrativo, nel deposito dei provvedimenti non integra, di per sé, responsabilità amministrativa per danno da disservizio, essendo rimessa la valutazione di tale condotta all’organo disciplinare di governo autonomo, con conseguente difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

27. Ritenendo configurabile la responsabilità amministrativa del magistrato convenuto, e quindi ammissibile la tutela risarcitoria, al di là dei confini della stessa derivanti dal sistema elaborato dal diritto vivente, la Sezione giurisdizionale d’appello della Corte dei conti per la Regione Siciliana ha finito con il creare una nuova fattispecie di responsabilità erariale destinata a investire il medesimo interesse tutelato con l’azione disciplinare officiosa, così superando i limiti esterni della giurisdizione spettante alla Corte dei conti in materia di contabilità pubblica.

28. Il primo motivo di ricorso è, dunque, fondato, nei termini di cui in motivazione, derivandone l’assorbimento dell’esame dei restanti motivi.

Va dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

La sentenza impugnata è cassata senza rinvio.

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese, stante la qualità di parte soltanto in senso formale del Procuratore generale della Corte dei conti.

P.q.m., accoglie, nei termini di cui in motivazione, il primo motivo di ricorso, assorbiti il secondo ed il terzo motivo; dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei conti; cassa senza rinvio la sentenza impugnata.

La responsabilità dei magistrati per danno da disservizio: limiti al sindacato della Corte dei conti

Sommario: 1. *Premessa*. – 2. *Quadro legislativo di riferimento: la responsabilità amministrativo-contabile e relativa assimilazione dei magistrati al concetto di dipendente pubblico. Indipendenza della magistratura e profili di responsabilità*. – 3. *Il residuale ambito della giurisdizione contabile nei confronti dei magistrati* – 4. *Danno erariale da disservizio* – 5. *La soluzione adottata dalle S.U.: la responsabilità disciplinare dei magistrati* – 6. *Considerazioni conclusive: la responsabilità disciplinare dei magistrati speciali e ne bis in idem*.

1. *Premessa*

La sentenza in epigrafe affronta la questione della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in merito all’azione di responsabilità per danno erariale da disservizio esperita avverso un magistrato amministrativo per aver quest’ultimo, nello svolgimento delle sue funzioni istituzionali, violato l’obbligo di tempestivo deposito delle sentenze.

La pronuncia in oggetto offre l’occasione di analizzare lo stretto rapporto tra la disciplina della responsabilità amministrativo-contabile e quella della responsabilità dei magistrati, che interseca inevitabilmente il concetto di danno erariale – nelle diverse accezioni offerte dal legislatore e dagli interpreti – tra cui quella di danno da disservizio – sino ad arrivare a configurare, nonché a delimitare, il concetto di responsabilità disciplinare.

2. *Quadro legislativo di riferimento: la responsabilità amministrativo-contabile e relativa assimilazione dei magistrati al concetto di dipendente pubblico. Indipendenza della magistratura e profili di responsabilità*

Come noto, la responsabilità amministrativo-contabile è una responsabilità patrimoniale configurabile in capo ai pubblici funzionari che, per inosservanza dolosa o colposa degli obblighi derivanti dal rapporto di pubblico impiego, causino un danno economico alla casse dell’erario. Detta responsabilità trova la sua disciplina nella l. n. 20/1994 (come modificato dal d.l. n. 543/1996, convertito dalla l. n. 639/1996). Ulteriori modifiche alla normativa di base sono state apportate successivamente, spesso con l’intento di delineare più marcatamente i confini della responsabilità amministrativa attraverso un lavoro di specificazione,

precisazione e tipizzazione degli obblighi di servizio, nonché per mezzo di qualificazioni legali tipiche, nelle quali le violazioni delle regole giuscontabili sono direttamente qualificate dal legislatore come fonte di responsabilità amministrativa, erariale o contabile. L'attuale assetto è derivazione inoltre dell'elaborazione giurisprudenziale. In particolare, la Corte dei conti nel tempo ha ampliato le fattispecie rilevanti a quelle figure di responsabilità amministrativa in cui il nesso tra il pregiudizio ed erario risultava meno immediato, dando evidenza di lesioni di interessi pubblici generali, idonei ad ampliare la nozione di danno pubblico, sino a ricomprendervi la compromissione di interessi pubblici di carattere generale connessi all'equilibrio economico e finanziario dello Stato.

Ciò premesso, è indiscussa la generale applicazione della responsabilità amministrativo-contabile a tutti i dipendenti pubblici, a prescindere dalla privatizzazione avvenuta del pubblico impiego; invero, anche per il personale non incluso nella privatizzazione, tra cui quello magistratuale, è applicabile la disciplina di cui alla l. n. 20/1994, sulla scorta della portata generale della stessa normativa, nonché del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 che, all'art. 23, fa salva l'applicazione della sopravvenuta disciplina contabile anche agli appartenenti alla magistratura.

La responsabilità amministrativo-contabile dei magistrati presenta, accanto ad aspetti di sostanziale sovrapposibilità rispetto ai funzionari, alcune specificità; se ambedue le categorie svolgono attività in nome e per conto dello Stato e hanno con quest'ultimo un rapporto di impiego pubblico, i profili di diversità sono dovuti alla particolare funzione svolta dai magistrati, caratterizzata dall'autonomia e l'indipendenza come sanciti dal dettato costituzionale. Circa la conciliabilità tra la particolare autonomia/indipendenza garantita ai magistrati dalla Costituzione e l'azione di responsabilità amministrativo-contabile in capo agli stessi, si è espressa la Corte costituzionale con la pronuncia miliare n. 385/996 (1); secondo la Consulta, gli artt. 101, 102, 104 e 108 Cost. *“non valgono ad assicurare al giudice uno status di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione”*. *“Le richiamate disposizioni dettate dalla Costituzione a garanzia dell'indipendenza e dell'insindacabilità della funzione giurisdizionale non si oppongono di per sé alla possibilità che la legge preveda casi e forme di responsabilità per atti giudiziari del tipo qui in questione (2)”*. Tale conclusione

(1) Corte cost. 5 novembre 1996, n. 385, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Corte costituzionale*, n. 66, in questa *Rivista*, 1996, 6, 248; in senso conforme, v. anche Corte cost. 19 gennaio 1989, n. 18, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Astensione, ricasazione e responsabilità del giudice*, n. 66, in *Foro it.*, 1989, I, 305, con nota di L. Scotti, A. Pizzorusso, e in questa *Rivista*, 1989, 1, 220.

(2) Corte cost. 5 novembre 1996, n. 385, cit.

favorevole ad una piena giurisdizione contabile sui magistrati è stata poi confermata anche dalle Sezioni unite della Cassazione (3). Invero, nei confronti dei magistrati ordinari e speciali sono molteplici le forme di responsabilità che possono essere fatte valere, senza andare a violare l'indipendenza e l'imparzialità a questi garantita dal dettato costituzionale.

3. *Il residuale ambito della giurisdizione contabile nei confronti dei magistrati*

Appurata pertanto la possibile assoggettabilità della magistratura al giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, la questione oggetto di analisi attiene ai profili di compatibilità della responsabilità ex l. n. 20/1994 per i magistrati rispetto al portato normativo di cui alla l. n. 117/1988 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), dopo la novella della l. n. 18/2015. Quest'ultima ha infatti statuito che, a seguito di una condanna dello Stato a risarcire il terzo per danni arrecati dal magistrato, il conseguente giudizio di rivalsa dello Stato nei confronti del suddetto magistrato è attribuito alla cognizione del giudice ordinario (artt. 7 e 8 l. n. 117/1988).

Si è posto quindi il problema circa la possibile proponibilità di una concorrente azione di rivalsa innanzi alla Corte dei conti nei confronti del magistrato autore di un danno erariale, convenuto altresì nel giudizio di rivalsa di fronte al giudice ordinario. Dopo vari arresti giurisprudenziali, la giurisprudenza ha ritenuto che, pur sussistendo la compatibilità dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio (sia civile, che penale, ma anche amministrativa), l'attribuzione alla Corte dei conti – da parte dell'art. 103, c. 2 Cost., – della giurisdizione in materia di contabilità pubblica non ha carattere assoluto, ma solo generale; pertanto, l'attribuzione della giurisdizione in relazione alle fattispecie di responsabilità amministrativa richiede una valutazione del legislatore ordinario. Di conseguenza, in virtù di quanto disposto dalla l. n. 117/1988, l'attività giudiziaria svolta da un magistrato è insindacabile in sede di rivalsa giuscontabile poiché devoluta, invece, alla giurisdizione ordinaria.

Tuttavia, se la l. n. 117/1988 così come novellata nel 2015, devolve al giudice ordinario i giudizi di rivalsa per danno patrimoniale indiretto, non esclude che per le restanti ipotesi si possa rispendere la giurisdizione della Corte dei conti. In assenza di una puntuale disciplina, sulla questione si è espressa, a volte in modo altalenante (4), la Cassazione, confermando

(3) Cass., S.U., 27 maggio 2009, n. 12248, in *Foro it.*, 2010, I, 962, con nota di G. D'Auria, e in questa *Rivista*, 2009, 3, 214.

(4) In senso conforme alla massima, v. Cass., S.U., ord. 24 marzo 2006, n. 6582, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Responsabilità contabile e amministrativa*, n. 567, in *Foro it.*, 2006, I, 3282, e in questa *Rivista*, 2006, 2, 249, che ammette la cognizione del giudice contabile in materia di responsabilità amministrativa

per tali ipotesi residuali la competenza del giudice contabile.

Tale corollario viene confermato anche dai giudici di legittimità della pronuncia in commento: la circostanza che l'art. 7 della l. n. 117/1988 devolva alla giurisdizione ordinaria l'azione di rivalsa indiretta non esclude la possibilità che si instaurino dinanzi alla Corte dei conti altri giudizi, secondo la disciplina del diritto comune della responsabilità amministrativa, nei confronti del magistrato che abbia arrecato ingiustamente danni erariali allo Stato. In tutte le restanti ipotesi in cui sussiste un danno erariale, ben si può riespandere la generale giurisdizione contabile. A parere dei giudici, questa conclusione è suffragata anche dalla presenza di una clausola di salvezza di cui all'art. 2, c. 3-bis, l. n. 117/1988 (inserito dalla l. n. 18/2015) con cui il legislatore ha specificato che la responsabilità civile verso terzi non esaurisce i profili di responsabilità in capo al magistrato nel caso di danno all'erario.

Senza alcuna pretesa di esaustività, sono ipotizzabili altri casi in cui, sempre in via residuale, può ritenersi sussistente la giurisdizione contabile; si fa riferimento, in primo luogo, all'ipotesi di danno diretto arrecato dal magistrato alla propria o ad altra amministrazione (poiché la l. n. 117/1988 attribuisce al giudice ordinario la cognizione dei soli danni patrimoniali indiretti) e, in secondo luogo, alle azioni di rivalsa in caso di danno patrimoniale indiretto frutto di condotte del magistrato configuranti reato (5).

4. Danno erariale da disservizio

Premessa, quindi, la configurabilità in astratto della giurisdizione della Corte dei conti nella materia de qua, i giudici di legittimità approfondiscono l'esame della questione prendendo in considerazione la tipologia di danno erariale concretamente contestata nella vicenda, ossia la particolare figura di danno da disservizio (6). In via preliminare si osserva che il danno da disservizio viene considerato dagli interpreti una categoria aperta, oggetto di differente qualificazione da parte della stessa giurisprudenza contabile, tanto da essere una "categoria descrittiva di vari fenomeni patologici (7)", a conferma dell'atipicità che caratterizza gli illeciti contabili. Il danno da disservizio si atteggia quale danno di chiusura, che si presta a tutelare valori di difficile apprezzamento economico. Tra gli elementi caratterizzanti la fattispecie si evidenzia

dei magistrati in presenza di un fatto costituente reato; v. anche Cass., S.U., ord. 2 novembre 2011, n. 22688, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Responsabilità contabile e amministrativa*, n. 59.

(5) In questo caso, è la stessa l. n. 117/1988, all'art. 13, c. 2, a devolvere alla Corte dei conti l'azione di "recupero".

(6) Per un approfondimento v. M. Nunziata, *Il danno da disservizio*, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, Milano, 2022, 251 ss.

(7) V. V. Tenore, *La nuova Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2022.

l'inefficienza nell'espletamento di un'attività propria della pubblica amministrazione, secondo standard qualitativi inferiori a quanto richiesto che comporta, pertanto, un'insoddisfazione dei terzi. Rientra nella categoria anche l'ipotesi di danno che non si traduca in un disservizio, ma in un'assenza totale del servizio, c.d. *aliud pro alio*. In sintesi, si vanno a ricomprendere nella macrocategoria "disservizio" differenti tipologie di illecito, in linea di massima tutte caratterizzate dalla diminuzione di rendimento dell'azione amministrativa (8).

Questa l'interpretazione anche della pronuncia in epigrafe, ove il danno da disservizio si configura come una distorsione dell'azione pubblica rispetto al fine cui l'azione stessa deve essere indirizzata. L'eterogeneità della categoria ha portato la giurisprudenza contabile a tentare di tipizzare alcune ipotesi, molto spesso legate a condotte penalmente rilevanti (in particolare, in presenza di fatti corruttivi o concusivi) (9).

Nella pronuncia qui in commento a venire in rilievo è la figura del danno da disservizio concretizzantesi nel ritardo nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali. Si pone anche in questo caso la questione se tale tipo di danno sia idoneo a radicare la cognizione del giudice contabile. Sul punto, i giudici ritengono, in estratto configurabile la giurisdizione della Corte dei conti per il giudizio di rivalsa avente ad oggetto i danni risarciti dallo Stato in caso di irragionevole durata del processo *ex l. n. 89/2001*, con una precisazione: nel giudizio di rivalsa a differenza dell'azione risarcitoria di titolarità dello Stato, il giudice contabile è chiamato a svolgere una valutazione ulteriore circa l'elemento soggettivo che deve connotare la condotta (dolo o colpa grave). Viene, in sintesi, riaffermato il principio di indipendenza del processo contabile rispetto a quello ordinario di equa riparazione, ove però la Corte dei conti deve valutare senza automatismi il comportamento del magistrato alla luce del contesto specifico (e.g. le plurime funzioni esercitate dal magistrato, il carico di lavoro, la carenza di organico). Residua naturalmente la summenzionata responsabilità civile *ex l. n. 117/1988* ai sensi dell'art. 3 che prevede il ritardo tra le fattispecie di diniego di giustizia; di talché, chi ha subito il danno *ex art. 3* può agire *ex art.*

(8) V., *ex multis*, Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 12 agosto 2022, n. 142.

(9) Circa la configurabilità del danno da disservizio, in cui le condotte esaminate possiedono altresì rilevanza penale, da ultimo v. Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 21 marzo 2022, n. 12, in questa *Rivista*, 2022, 2, 228; Sez. giur. reg. Lombardia, 1 febbraio 2022, n. 21; Sez. giur. reg. Piemonte, 16 giugno 2021, n. 203; Sez. I centr. app., 18 febbraio 2021, n. 35, *ibidem*, 1, 151; Sez. giur. reg. Toscana, 22 maggio 2019, n. 214; Sez. giur. reg. Veneto, 30 agosto 2017, n. 76 e 6 luglio 2017, n. 76; a prescindere da profili prettamente penalistici della condotta esaminata dai giudici contabili, v. invece Corte conti, Sez. II centr. app. 28 ottobre 2021, n. 379; Sez. giur. reg. Lazio, 12 agosto 2021, n. 657; Sez. I centr. app., 13 aprile 2021, n. 126; Sez. app. reg. Siciliana, 18 marzo 2021, n. 50.

2 contro lo Stato per il risarcimento dei danni (patrimoniali e non). Ed è in questa ipotesi – nel caso in cui venga riconosciuto al terzo il risarcimento – che riemerge l’obbligo del presidente del Consiglio dei ministri di esercitare innanzi al giudice ordinaria l’azione di rivalsa nei confronti del magistrato (10).

5. La soluzione adottata dalle S.U.: la responsabilità disciplinare dei magistrati

Ciò premesso, nel caso sottoposto all’attenzione del Sezioni Unite non emerge un’azione di rivalsa per danni risarciti dallo Stato a terzi, né un’azione risarcitoria per fatti derivanti da reato. Nel caso in oggetto la responsabilità amministrativo-contabile nasce da un danno da negligente attività lavorativa, dovuta al disservizio da ritardo nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali. Di talché, la Corte adita ha ritenuto che tali condotte (i.e. deposito in ritardo dei provvedimenti) diano luogo alla figura dell’illecito disciplinare, di competenza dell’organo di valutazione autonomo (per i magistrati ordinari, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, per quelli amministrativi, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa).

Si rileva, quindi, un’altra differenza rispetto ai pubblici funzionari: la responsabilità disciplinare dei magistrati non può essere qualificata come mera responsabilità verso l’ordine di appartenenza poiché posta a garanzia di una generalità di soggetti, i consociati, per le puntali funzioni che la magistratura stessa è chiamata a svolgere a presidio di diritti e interessi legittimi. A differenza dei pubblici funzionari, la responsabilità disciplinare dei giudici non trova mero fondamento nel rapporto di superiorità dell’amministrazione di appartenenza, bensì si pone quale garanzia dell’intero sistema, con particolare riferimento – nel caso di specie – al principio del giusto processo.

Le argomentazioni della Corte di cassazione si spingono oltre, andando a delineare le circostanze, non ricorrenti nel caso *de quo*, in cui il “ritardo” possiede un *quid pluris* rispetto al mero illecito disciplinare. Affinché, unitamente alla responsabilità disciplinare, si abbia un danno erariale da disservizio devono essere presenti, alternativamente, altri due elementi: o un danno aggiuntivo di carattere patrimoniale derivante dalla condanna dello Stato (o per il pagamento dell’indennizzo per equa riparazione per irragionevole durata del processo o risarcimento per diniego di giustizia), o l’assenza di un nesso tra il potere esercitato e il fine per il quale quel potere era stato attribuito, che evidenzia rilevanza penale (11) o sia espressione di un

(10) Sulla responsabilità per fatti costituenti reati del magistrato nell’ipotesi di ritardo nel deposito dei provvedimenti, v. da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 8870.

(11) Sul punto, circa la piena compatibilità e cumulabilità tra sanzione penale e sanzione contabile (con conseguente mancata violazione del principio del *ne bis in idem*, quando per gli stessi fatti oggetto di un giudizio penale venga incardinato

mancato totale svolgimento dell’attività lavorativa. Tale scelta interpretativa appare suffragata tanto dalla giurisprudenza contabile (v. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 10 giugno 2016, n. 95 in questa *Rivista*, 2016, 3, 252) quanto da quella ordinaria di legittimità (v. Cass., S.U., 11 settembre 2018, n. 22083). In coerenza con tale impostazione le Sezioni unite della Cassazione pervengono alla conclusione che l’interpretazione adottata dai giudici contabili nei primi due gradi abbia illegittimamente esteso il perimetro delle responsabilità amministrativo-contabile per danno da disservizio ad una fattispecie di mera responsabilità disciplinare, andando a creare una fattispecie di responsabilità erariale – che investe il medesimo interesse tutelato con i mezzi disciplinari – con evidente superamento dei limiti giurisdizionali spettanti alla Corte nelle materie di contabilità pubblica.

6. Considerazioni conclusive: la responsabilità disciplinare dei magistrati speciali e ne bis in idem

La sentenza in commento ha il pregio di svolgere una ricognizione circa temi apparentemente distanti ma in realtà interdipendenti tra loro: la responsabilità dei magistrati, il concetto di danno da disservizio e il perimetro di competenza dei giudici contabili.

Seppur accennato nel corpo dell’ordinanza, questa offre uno spunto di riflessione sulla responsabilità disciplinare degli appartenenti alle diverse magistrature. Invero, con riferimento all’azione disciplinare, si evidenzia una carenza nel dettato normativo, o meglio un vero gap legislativo tra magistrati ordinari e speciali (sia amministrativi che contabili). Infatti, il portatore legislativo sull’azione disciplinare nelle magistrature speciali è assai scarso rispetto a quello che connota la magistratura ordinaria, disciplinata dal d.lgs. n. 109/2006 che all’art. 30 esclude esplicitamente l’applicazione del relativo regime alle magistrature speciali. Nel silenzio del legislatore, le carenze normative (anche rispetto alla l. n. 186/1982 e l. n. 117/1988) sono state oggetto di interventi da parte degli organi di autogoverno (Consigli di presidenza del Tar-CdS e della Corte dei conti) (12).

Sul punto, è auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Un’ultima considerazione – a prescindere dagli approdi della pronuncia in epigrafe che ha escluso la giurisdizione contabile nel caso *de quo* – riguarda il possibile cumulo di sanzioni amministrativo-contabile con sanzioni penali o anche disciplinari. Una problematica che, a prescindere dalle singole casistiche analizzate, non possiede una soluzione univoca; è infatti

un giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti) v. Corte Edu, Sez. II, 13 maggio 2014, caso n. 20148/09, *Rigolio c. Italia*, in <www.rivistacorteconti.it>, 1/luglio 2014, recepita dal giudice nazionale con Sez. riun. giur., 18 giugno 2015, n. 28, in questa *Rivista*, 2015, 3-4, 278.

(12) Sul punto cfr. V. Tenore, *Sulla necessità di una riforma del regime disciplinare nelle magistrature speciali*, in questa *Rivista*, 2022, 4, 22.

evidente come la configurabilità di più responsabilità ponga un problema di *ne bis in idem*, qualora le stesse presentino – sotto il profilo sostanziale – natura penale, alla luce dei criteri definiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (13); dall'altro canto, come confermato anche nella pronuncia in epigrafe, tale cumulo sembrerebbe giustificato sull'assunto che “reazioni ordinamentali diverse trovino fondamento in presupposti differenti (14)”; Sul punto, i giudici di legittimità in questa pronuncia sembrano confermare tale concetto di autonomia funzionale dei diversi giudizi, sempre nel rispetto del principio di legalità e preso atto delle peculiarità di ogni singola fattispecie.

VITTORIA ZUCCARI

4835 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 16 febbraio 2023; Pres. (f.f.) Virgilio, Rel. Scarpa, P.M. Mistri (concl. conf.); *Omissis*.
Cassa con rinvio App. Roma, 21 marzo 2016, n. 1883.

Processo civile – Prove – Principio di non dispersione – Documenti – Produzione in giudizio – Modalità cartacea o telematica – Differenza – Insussistenza – Fonte di conoscenza – Fatto storico.

C.c., art. 2697; c.p.c., artt. 115, 345.

Processo civile – Giudizio di appello – Contumacia – Fascicolo di parte ritirato e non restituito – Prova documentale ritualmente prodotta in primo grado – Valutazione.

C.p.c., artt. 115, 345; c.p.c., art. 76 disp. att.

Processo civile – Giudizio di appello – Atto di appello o comparsa di costituzione – Fatto rappresentato nel documento cartaceo prodotto in primo grado – Valutazione.

C.p.c., artt. 115, 345.

Il principio di non dispersione della prova, operante anche per i documenti, prodotti in giudizio sia con modalità cartacea, sia telematica, comporta che il fatto storico in essi rappresentato si ha per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice nei diversi gradi di giudizio.

Nell'ipotesi in cui la parte interessata ne faccia specifica richiesta nei propri scritti difensivi e non sia più disponibile nel fascicolo di parte (perché ritirato e non restituito o in caso di contumacia nel giudizio di secondo grado), la prova documentale, ritualmente prodotta in primo grado e su cui si fondano le domande o le eccezioni riproposte in sede di appello, è valutata dal giudice mediante il deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp.

(13) Si fa riferimento ai tre criteri – la qualificazione giuridica della misura, la natura della misura e la natura e il grado di severità della “sanzione” – sanciti nel noto caso *Engel c. Paesi Bassi*, v. Corte Edu, 8 giugno 1976, n. 5100/71, *Engel e altri c. Olanda*, in *Foro it.*, 1977, IV, 1.

(14) Cfr. V. Tenore, *La nuova Corte dei conti*, cit., 121 ss.

att. c.p.c., oppure apprezzandone il contenuto trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo, ovvero, mediante l'ordine alla parte interessata di produrla in copia o in originale.

Qualora la parte interessata abbia allegato nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione il fatto rappresentato dal documento cartaceo prodotto in primo grado, del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte non lo abbia offerto in comunicazione nel giudizio di secondo grado, il giudice può ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini allegati nell'atto difensivo. (1)

Ragioni della decisione – 1. L'unico motivo del ricorso di *Omissis* denuncia la violazione degli artt. 342 c.p.c., 2697 c.c. e 115 c.p.c. I ricorrenti principali assumono che, alla stregua dei principi enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 delle Sezioni unite, era l'appellante *Omissis* s.r.l. onerata di dimostrare la fondatezza del proprio gravame e di produrre perciò i documenti occorrenti per la decisione.

L'unico motivo del ricorso incidentale della *Omissis* s.r.l. denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 96 c.p.c. e la conseguente contraddittoria motivazione, esponendo che la domanda risarcitoria per responsabilità aggravata meritava accoglimento in quanto si è in presenza di un “abuso del processo” da parte degli attori.

2. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022, pronunciata dalla seconda Sezione civile, ha premesso che la questione delle conseguenze della mancata disponibilità da parte del giudice d'appello dei documenti posti a base della decisione di primo grado è propria delle sole prove precostituite, giacché i restanti atti di istruzione sono inseriti nel fascicolo d'ufficio (art. 168, c. 2, c.p.c.). I documenti, viceversa, sono inseriti in una sezione separata del fascicolo di parte (art. 74, c. 1, disp. att. c.p.c.), il quale può essere ritirato (secondo le modalità indicate dall'art. 169 c.p.c. – e cioè con autorizzazione del giudice o comunque al momento della rimessione della causa in decisione – e dall'art. 77 disp. att. c.p.c.). Le parti o i loro difensori possono peraltro esaminare i documenti inseriti nei fascicoli delle altre parti e farsene rilasciare copia (art. 76 disp. att. c.p.c.).

2.1. La seconda Sezione civile richiama i principi enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 di queste Sezioni unite.

La sentenza 23 dicembre 2005, n. 28498, in particolare, considerava che, a seguito del processo legislativo di evoluzione dell'appello, lo stesso non rappresenta più, come nel sistema del codice di rito del 1865, il “mezzo” per “passare da uno all'altro esame della causa” e non può quindi limitarsi, al fine di ottenere la riforma, ad una denuncia generica

(1) Segue la nota di B. Cossu, *Il principio di non “dispersione” della prova documentale nei gradi del processo civile*.

dell'ingiustizia dei capi appellati della sentenza di primo grado, dovendo piuttosto puntualizzarsi all'interno dei capi di sentenza destinati ad essere confermati o riformati, ma "comunque" sostituiti dalla sentenza di secondo grado. Nel rinnovato contesto sistematico, l'onere probatorio dell'appellante non deve, perciò, essere individuato "con esclusivo e retrospettivo riferimento alla posizione da lui assunta nel giudizio di primo grado, con la conseguenza che se in quel giudizio l'appellante aveva assunto la qualità di convenuto, il suo onere probatorio rimarrebbe integro, anche nella successiva fase di gravame, quanto a tutti i fatti impeditivi o estintivi del diritto fatto valere dall'attore". Al contrario, affermava la sentenza n. 28498/2005, "essendo l'appellante tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, il cui riesame è chiesto per ottenere la riforma del capo decisivo appellato, l'appello da lui proposto, in mancanza di tale dimostrazione deve essere, in base ai principi, respinto, con conseguente conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale". Dovendosi conciliare tale interpretazione con la disciplina che regola il ritiro del fascicolo di parte e con il principio di "acquisizione" delle prove, le Sezioni unite raccomandarono di non intendere "con eccessiva larghezza" la facoltà offerta dagli artt. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c., in quanto "la mancata restituzione del fascicolo, in violazione dei doveri di lealtà e di probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., potrebbe porre la controparte nell'impossibilità di fornire quelle prove che in precedenza, alla stregua delle risultanze desumibili dal fascicolo avversario, dovevano ritenersi superflue". Ciò giustificherebbe la "imposizione, a carico della parte che nel corso del processo chieda il ritiro del proprio fascicolo, dell'onere di depositare copia dei documenti probatori che in esso siano inseriti", così da "far salva la piena attuazione del principio di acquisizione delle prove".

La sentenza 8 febbraio 2013, n. 3033, ritenne, anche per "ragioni di continuità dell'applicazione giurisprudenziale e di affidabilità della funzione nomofilattica", di mantenere fermo il principio enunciato nella sentenza n. 28498/2005, alla luce altresì della fisiologia del giudizio di appello risultante dal sopravvenuto intervento riformatore operato dal d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012. Costituendo il processo d'appello "una seconda e solo eventuale fase" del giudizio di merito, il ruolo dell'appellante sarebbe quello di "parte processualmente attrice (quale che sia stata la sua posizione nel giudizio di primo grado, che l'ha vista totalmente o parzialmente soccombente)", perciò tenuta "ad approntare ogni mezzo processuale posto a sua disposizione dall'ordinamento (così, dunque e segnatamente, ad avvalersi della facoltà prevista dall'art. 76 disp. att. c.p.c. di ottenere dalla cancelleria copia dei documenti prodotti dalle altre parti) ed indipendentemente dalla, più o meno prevedibile, condotta processuale della

controparte, al fine di dimostrare l'ingiustizia o l'invalidità della sentenza impugnata". Se, quindi, "l'appellante assuma che l'errore del primo giudice si annidi nell'interpretazione o valutazione di un documento, il cui preciso contenuto testuale non risulti dalla sentenza impugnata, ovvero, pacificamente, dagli atti delle parti", sarebbe suo onere "metterlo a disposizione del giudice di appello, perché possa procedere al richiesto riesame anche nei casi in cui lo stesso sia stato in precedenza prodotto dalla controparte, risultata vincitrice in primo grado". Secondo tale ricostruzione, troverebbero così applicazione i criteri di riparto dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., "ma non nella tradizionale ottica sostanziale, bensì sotto il profilo processuale, in virtù del quale è l'appellante, in quanto attore nell'invocata *revisio*, a dover dimostrare il fondamento della propria domanda, deducendo l'ingiustizia o invalidità della decisione assunta dal primo giudice, onde superare la presunzione di legittimità che l'assiste".

La sentenza n. 3033/2013 precisava altresì che, quando si assume che la prova, una volta entrata nel processo, vi permane e può essere utilizzata anche dalla parte diversa da quella che l'ha prodotta, il principio cosiddetto "di immanenza della prova" va inteso con riferimento non al documento materialmente incorporante la prova, bensì all'efficacia spiegata dal mezzo istruttorio, virtualmente a disposizione di ciascuna delle parti, delle quali, tuttavia, quella che ne invochi una diversa valutazione da parte del giudice del grado successivo non è esonerata dall'attivarsi perché lo stesso possa concretamente procedere a richiesto riesame. Di tal che, per quanto riguarda le prove documentali, materializzate nelle produzioni di parte, nei casi in cui il giudice di appello, per l'inerzia della parte interessata e tenuta alla relativa allegazione, non sia stato in grado di riesaminarle, le stesse, ancorché non materialmente più presenti in atti (per la contumacia dell'appellato o per l'insindacabile scelta del medesimo di non più produrle), continuano tuttavia a spiegare la loro efficacia, nel senso loro attribuito nella sentenza emessa dal primo giudice, la cui presunzione di legittimità non risulta superata per fatto ascrivibile all'appellante. Questi, rimasto inerte, pur disponendo di un adeguato mezzo processuale (la richiesta di cui all'art. 76 disp. att. c.p.c.) per prevenire la sopra esposta situazione di carenza documentale, deve, pertanto, considerarsi soccombente, in virtù del principio *actore non probante, reus absolvitur*.

2.2. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 della seconda Sezione civile segnala, poi, che i due precedenti del 2005 e del 2013 sono stati oggetto "di critiche accese da parte della maggioritaria dottrina", che così riassume:

"- seguendo le Sezioni unite, la sentenza di primo grado determinerebbe una presunzione legale relativa circa l'esistenza del fatto accertato, presunzione che potrebbe essere superata solo attraverso la prova contraria della parte appellante, indipendentemente dai criteri di riparto dell'onere della prova in primo grado,

dando una valenza processuale al principio di cui all'art. 2697 c.c., invece tradizionalmente volto a disciplinare l'onere sostanziale della prova;

- l'appello (specie quello per motivi di merito), nonostante le evoluzioni subite, continua ad essere espressione dello schema teorico del gravame, non degli atti di impugnazione, come d'altro canto riconoscono le stesse sezioni unite;

- oggetto del giudizio è quindi il rapporto sostanziale controverso, devoluto al giudice superiore attraverso i motivi specifici di impugnazione, che non costituiscono l'oggetto del giudizio di appello, ma sono il mezzo tramite il quale si individua la parte del rapporto sostanziale devoluta al giudice superiore, nonché le questioni di fatto e di diritto tramite il cui riesame il giudice d'appello conoscerà il rapporto sostanziale;

- le Sezioni unite scambiano la distinzione tra appello come *novum iudicium* e appello come *revisio prioris instantiae* con la distinzione tra appello come gravame, avente pur sempre ad oggetto il rapporto sostanziale controverso, e appello come impugnazione, avente ad oggetto i motivi specifici di impugnazione;

- problemi suscitati superati ove il legislatore disponesse che i documenti prodotti dalle parti debbano essere inseriti nel fascicolo d'ufficio e non nel fascicolo di parte”.

2.3. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 registra che le sezioni semplici, dopo alcune iniziali pronunce discordi, hanno condiviso i principi di diritto enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 di queste Sezioni unite. Vengono tuttavia specialmente rimarcate nell'ordinanza di rimessione Cass., Sez. lav., 22 gennaio 2013, n. 1462, e Cass., Sez. 1, 19 giugno 2019, n. 16506.

La sentenza n. 1462/2013 si distinguerebbe per aver chiarito che l'interpretazione dettata dalla pronuncia del 2005 delle Sezioni unite non avrebbe implicato “una sorta di inversione dell'onere della prova nel giudizio di appello” né una sorta di presunzione legale relativa circa l'esistenza dei fatti accertati in prime cure, ma semplicemente l'onere dell'appellante di attivarsi ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c. per farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti e ciò al fine di conferire specificità ai motivi d'appello *ex art.* 342 c.p.c. La stessa sentenza n. 1462/2013 aggiunse che “l'appellante ha anche la possibilità di chiedere *ex art.* 210 c.p.c. che il giudice ordini all'appellato non costituito l'esibizione dei documenti già contenuti nella produzione ritirata”, a ciò non ostando il divieto di nuovi mezzi di prova in appello, “poiché in siffatta evenienza non di prove nuove si tratta, bensì di prove già acquisite agli atti di causa e ad essa immanenti, rispetto alle quali l'iniziativa dell'appellante è meramente recuperatoria”.

La sentenza n. 16506/2019 viene invece menzionata nell'ordinanza interlocutoria “in un'ottica di superamento della distinzione tra fascicolo di parte e fascicolo d'ufficio”, per aver essa affermato che “i fascicoli di parte che sono presenti in quello di ufficio costi-

tuiscono parte integrante di esso, ai sensi dell'art. 72, c. 2, disp. att. c.p.c., fintanto che rimangono ivi depositati, perché non ritirati, ai sensi dell'art. 77 disp. att. c.p.c.”, con la conseguenza che “qualora venga richiesta la trasmissione del fascicolo d'ufficio *ex art.* 126 disp. att. c.p.c., la trasmissione dovrà riguardare il fascicolo d'ufficio, unitamente a quelli di parte ove non ritirati”.

2.4. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 passa da ultimo ad interrogarsi sulle ripercussioni che per le questioni in esame possono derivare dalla introduzione del cosiddetto “processo civile telematico”, nel quale si ha soltanto un unico fascicolo digitale.

I riferimenti normativi sulla disciplina del fascicolo informatico e, per quel che qui più rileva, del deposito con modalità telematiche dei documenti nel processo civile, sono contenuti nell'art. 12 del d.p.r. 13 febbraio 2001, n. 123, nell'art. 9 del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, nell'art. 16-*bis* del d.l. n. 179/2012, convertito dalla l. n. 221/2012, e, da ultimo, negli artt. 87 e 196-*quater* disp. att. c.p.c., inseriti dal d.lgs. n. 149/2022, secondo il regime transitorio dettato dall'art. 35 dello stesso decreto. L'introduzione del fascicolo informatico, sulla base di tali disposizioni, non ha comunque eliminato l'obbligo di formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo, né la possibilità che il giudice autorizzi o ordini il deposito di copia cartacea dei documenti per ragioni specifiche. I documenti informatici da raccogliere nel fascicolo informatico del processo sono privi di elementi attivi e hanno i formati previsti dalle specifiche tecniche stabilite, vengono trasmessi da parte dei soggetti abilitati e degli utenti mediante indirizzo di posta elettronica certificata e si intendono depositati nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna.

Osserva la seconda Sezione civile che, con la formazione del fascicolo informatico, il quale raccoglie tutti i documenti, si dovrebbe avere l'accantonamento della distinzione tra il fascicolo d'ufficio e il fascicolo di parte presente nelle norme del codice di rito e delle sue disposizioni di attuazione, neppure essendo contemplata la possibilità di ritiro delle produzioni documentali, le quali vengono, pertanto, telematicamente apprese dal giudice di appello con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento processuale dell'appellato.

2.4.1. Si consideri, incidentalmente, che l'inserimento e la conservazione nel fascicolo d'ufficio dei documenti prodotti dalle parti sono, peraltro, già previsti dall'art. 320, c. 5, c.p.c. per il procedimento davanti al giudice di pace.

2.5. Poiché l'articolato regime normativo di progressiva introduzione del deposito con modalità telematiche dei documenti nel processo civile e le relative discipline transitorie rendono frequente che all'interno del medesimo giudizio tuttora pendente si abbiano documenti prodotti in formato informatico ed in formato cartaceo, ovvero soltanto in formato cartaceo, l'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 auspica un

ripensamento dell'orientamento segnato dalle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013.

La seconda Sezione civile suggerisce non di abbandonare il criterio secondo cui l'appellante è tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, ma di valorizzare quanto affermato almeno nella pronuncia del 2005, “circa la necessità, a tutela dell'interesse al corretto esercizio dell'attività giurisdizionale e del principio di acquisizione delle prove, di subordinare il ritiro del fascicolo di parte al deposito dei documenti probatori in esso inseriti”, ricavando tale precetto dalla previsione dell'art. 77 disp. att. c.p.c.; o, altrimenti, riconoscendo al giudice d'appello la facoltà di ordinare alla parte il deposito dei documenti che ritenga necessari al fine della decisione, sul modello di quanto, ad esempio, consentito dall'art. 123-*bis* disp. att. c.p.c. per l'impugnazione proposta contro una sentenza non definitiva.

2.6. In conclusione, l'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 rimette alle Sezioni unite di pronunciare su tali questioni:

a) - se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.;

b) - se ciò determini il superamento della posizione interpretativa, fatta propria con le pronunce delle Sezioni unite n. 28498/2005 e n. 3033/2013, secondo cui l'appellante “subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice d'appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare”;

c) - se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel cosiddetto fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte.

3. Il Pubblico ministero, nelle conclusioni scritte motivate, osserva che “in relazione alla fattispecie concreta, i quesiti rimessi alle Sezioni unite appaiono privi di rilevanza in sé, per quanto riguarda il processo telematico, che non è quello messo in atto nel processo a quo”, e che comunque l'impugnata sentenza non ha osservato i principi affermati nelle pronunce delle Sezioni unite n. 28498/2005 e n. 3033/2013, essendosi posta “in pieno contrasto con il principio di presunzione di legittimità della decisione di prime cure e con quello di acquisizione probatoria”. Il Pubblico ministero ha perciò concluso chiedendo di accogliere il ricorso principale, con assorbimento del ricorso incidentale, e di affermare i seguenti principi di diritto:

“il fascicolo cartaceo deve considerarsi fattispecie diversa da quella del fascicolo informatico e la disciplina che regola il deposito, l'accesso ed il ritiro del primo, in quanto basata sul presupposto della materialità dello stesso, risulta incompatibile con quella dettata in relazione al secondo che, all'opposto, si fonda sulla sua dematerializzazione, conseguendone che, in tema di processo civile telematico, l'adozione del fascicolo informatico, che, da un lato raccoglie in forma dematerializzata gli atti e i documenti da chiunque formati nel processo, e dall'altro è sempre accessibile dalle parti e dal giudice, che possono in qualunque momento estrarne copia informatica, ha comportato in via generale l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c., salvo restando, comunque, l'obbligo per le cancellerie di formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo, ai sensi dell'art. 12, c. 3, d.p.r. n. 123/2001, ed ai sensi dell'art. 9, c. 3, d.m. n. 44/2011, e dell'art. 22, c. 5, del codice dell'amministrazione digitale;

in base al principio di acquisizione probatoria, il giudice di appello, alla cui cancelleria non siano stati trasferiti i fascicoli di parte formati in modalità cartacea nel precedente grado del giudizio, non potrà decidere assumendo come non prodotti i mezzi istruttori in essi contenuti e che siano stati ammessi in primo grado; tuttavia, qualora, in ragione della mancata disponibilità dei medesimi, egli dovesse ritenere di non poter valutare la fondatezza dei motivi di gravame, considerando che l'appello è un giudizio revisionale finalizzato alla riforma della decisione di primo grado ed essendo quest'ultima sostenuta da una presunzione di legittimità, dovrà confermare la sentenza di prime cure”.

Nella memoria presentata ai sensi dell'art. 378 c.p.c., la controricorrente *Omissis* s.r.l. evidenzia la non pertinenza delle questioni sollevate nell'ordinanza di remissione alle Sezioni unite, giacché il proprio appello non era fondato sui documenti esibiti *ex adverso*, né lamentava alcun errore del primo giudice nell'interpretazione e valutazione degli stessi, in quanto sia il decreto prefettizio sia la relazione del geometra *Omissis* erano “irrelevanti ai fini della decisione”.

4. Va premesso che, ad avviso di queste Sezioni unite, nonostante l'inapplicabilità nel giudizio in esame della disciplina attinente al fascicolo informatico, non può pervenirsi a diverse conclusioni in ordine all'attuale operatività del principio dispositivo e del principio di “acquisizione probatoria”, come correlati ai meccanismi di produzione e di ritiro dei documenti.

Le questioni sollevate nell'ordinanza interlocutoria della seconda sezione civile coinvolgono le esigenze, proprie del sistema delle prove, attinenti ai poteri della parte, nonché le garanzie della tutela del contraddittorio e del diritto di difesa (allorché, conseguentemente alla produzione avversaria, sorge l'interesse dei contendenti ad avvalersi di una prova contraria, ovvero anche dello stesso documento esibito dalla controparte), e la conformazione legislativa del bilanciamento

di tali esigenze e garanzie non potrebbe intendersi ragionevolmente differenziata, sulla base di inconvenienti di fatto, a seconda che i documenti siano stati prodotti con modalità telematiche o, piuttosto, in formato cartaceo, sicché l'impossibilità tecnica di procedere nel processo telematico al ritiro del singolo documento o dell'intero fascicolo finisca in concreto per modulare con diversa intensità rispetto al processo cartaceo l'effettività, appunto, del principio dispositivo e del principio di acquisizione.

4.1. Ai quesiti posti dall'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 occorre, allora, dar risposta non pervenendo necessariamente all'esito interpretativo di intendere abrogata tacitamente la distinzione codicistica tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte (il cui impianto rimane, del resto, confermato anche dopo la riforma introdotta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, equiparandosi, nel novellato art. 36 disp. att. c.p.c., la tenuta e conservazione del fascicolo informatico alla tenuta e conservazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo e continuandosi a prevedere, con gli artt. 165 e 166 c.p.c. e 74 disp. att. c.p.c., che i documenti offerti in comunicazione siano contenuti nel fascicolo di parte, nonostante il modificato art. 87 disp. att. c.p.c. faccia rinvio all'art. 196-*quater* per le modalità di produzione dei documenti), né "superando" le sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, quanto piuttosto ampliando, nel nuovo quadro di sistema delineatosi, gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali e gli strumenti, che già tali sentenze contemplavano, idonei a consentire al giudice d'appello la ricostruzione della portata dimostrativa di tali prove, indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto, in funzione di una concezione del processo che "fa leva sul valore della giustizia della decisione" (Cass., S.U., 7 maggio 2013, n. 10531).

5. Queste Sezioni unite, ancora con la sentenza 10 luglio 2015, n. 14475, nell'escludere la "novità", agli effetti dell'art. 345, c. 3, c.p.c., dei documenti posti a sostegno della domanda di decreto ingiuntivo, non prodotti nel giudizio di opposizione e poi allegati all'atto di appello, hanno avuto occasione di riaffermare che "i principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata implicano [...] che le prove acquisite al processo lo siano in via definitiva. Tali prove non devono essere disperse. Ciò vale anche per i documenti: una volta prodotti ed acquisiti ritualmente al processo, devono essere conservati alla cognizione del giudice". La sentenza n. 14475/2015 elaborò, pertanto, il principio "di non dispersione della prova", precisando, nella specie, che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la parte opposta non è libera di ritirare i documenti su cui era fondata l'intimazione di pagamento, dovendo esservi autorizzata a norma dell'art. 169 c.p.c., e che il "giudice nel decidere dovrà disporre di tutto il materiale probatorio".

5.1. L'acquisizione della prova documentale "precostituita" come fonte di informazione del giudizio avviene per il tramite delle regole sulla produzione e

sull'inserimento nei fascicoli processuali, le quali sono essenzialmente finalizzate a garantire il diritto di difesa ed il contraddittorio in favore della controparte. Il diritto al giusto processo impone di verificare che il procedimento di acquisizione delle prove sia stato complessivamente equo (Cedu, *Elsholz c. Germania* [GC], 13 luglio 2000, n. 25735/94, par. 66; *Devinar c. Slovenia*, 22 maggio 2018, n. 28621/15, par. 45; *Bliücher c. Repubblica ceca*, 11 gennaio 2005, n. 58580/00, par. 65).

Il documento ritualmente prodotto fornisce, così, una rappresentazione immediata e permanente del fatto di causa, in quanto il diritto delle parti al procedimento istruttorio di fissazione dei fatti controversi non implica poi una loro volontà costitutiva dell'effetto probatorio del materiale raccolto.

La teorizzazione del descritto principio di "non dispersione (o di acquisizione) della prova" porta, dunque, a considerare che, una volta prodotto in una fase o in un grado di un processo unitario un documento, lo stesso, in quanto "conosciuto" e perciò definitivamente acquisito alla causa, se sia successivamente ritirato e poi ancora allegato, dalla stessa parte che se ne fosse originariamente avvalsa o da altra parte, non può considerarsi "nuovo", né in primo grado, agli effetti delle preclusioni istruttorie, né in appello, ai sensi dell'art. 345, c. 3, c.p.c., né nel giudizio in cassazione, con riguardo al divieto di cui all'art. 372 c.p.c.

Se l'acquisizione della valenza probatoria del documento esibito (ovvero la sua natura di fonte di conoscenza per il giudice e di fissazione formale della verità legale circa l'esistenza o l'inesistenza dei fatti controversi) non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, essa neppure può dipendere dalle successive scelte processuali della parte che lo abbia inizialmente prodotto.

Il fatto storico rappresentato dal documento prodotto si ha per dimostrato, essendo stato ultimato il procedimento strumentale che assicura l'acquisizione processuale della fonte di conoscenza, e ciò pone fuori causa l'art. 2697 c.c.: questa norma onera la parte di dimostrare gli accadimenti che concretizzano la fattispecie astratta di legge, dalla cui applicazione essa voglia ricavare effetti per sé favorevoli, ed offre al giudice una via d'uscita ove di tali accadimenti da assumere in sentenza sia mancata la prova.

5.2. La definitività dell'acquisizione processuale del documento prodotto, inteso come fonte di conoscenza del fatto, nel passaggio dal giudizio di primo grado al giudizio d'appello, perché possa poi influire altresì sull'attività logica del giudice dell'impugnazione e sul risultato decisionale che discende da questa attività, deve trovare un coordinamento con la regola della formazione progressiva della cosa giudicata e con l'effetto devolutivo dell'impugnazione di merito. Affinché il fatto dimostrato dal documento prodotto in primo grado possa essere compreso nell'attività logica del giudice dell'appello e nella sentenza che ne deriva, esso non va, dunque, nuovamente "provato" dalla parte che ne

invochi il riesame, quanto allegato, e cioè dedotto in un enunciato descrittivo contenuto all'interno di un atto difensivo.

6. A proposito del riesame della controversia di cui è ritualmente investito il giudice di secondo grado, l'evoluzione giurisprudenziale è ferma ai principi dettati nella sentenza di queste Sezioni unite 16 novembre 2017, n. 27199, secondo cui gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo risultante dal d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, restando tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, che l'atto di gravame debba rivestire particolari forme sacramentali o contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado.

Sempre nell'ottica di delimitare l'ambito della devoluzione al giudice di appello rispetto al *thema probandum* e al *thema decidendum* del giudizio di primo grado, la sentenza di queste Sezioni unite 21 marzo 2019, n. 7940, ha affermato che le parti, nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza.

6.1. Quanto chiarito dalle sentenze n. 27199/2017 e n. 7940/2019 conferma che l'ambito della cognizione del giudice d'appello è definito dai motivi di impugnazione formulati e dalle domande ed eccezioni riproposte, e non consiste, perciò (salvo che per le questioni rilevabili d'ufficio), in una rinnovata pronuncia sulla domanda giudiziale e sulla intera situazione sostanziale oggetto del giudizio di primo grado.

Combinando gli effetti dell'acquisizione probatoria dei documenti prodotti e dei limiti devolutivi dell'impugnazione segnati dagli artt. 342 e 346 c.p.c., restano validi i principi più volte enunciati nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui il giudice d'appello ha il potere-dovere di esaminare i documenti ritualmente prodotti in primo grado nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza nei propri scritti difensivi, mediante richiamo di essi nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto dei documenti acquisiti giustifichi le rispettive deduzioni (Cass., Sez. I, 29 gennaio 2019, n. 2461; Cass., Sez. III, 7 aprile 2009, n. 8377; Cass., Sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20287; Cass., Sez. I, 24 dicembre 2004, n. 23976; Cass., Sez. lav., 6 luglio 2004, n. 12351; Cass.,

Sez. I, 29 maggio 2003, n. 8599; Cass., Sez. III, 6 aprile 2001, n. 5149; Cass., Sez. II, 16 agosto 1990, n. 8304).

6.2. Affinché il giudice di appello possa procedere all'autonomo e diretto esame del documento già prodotto in formato cartaceo nel giudizio di primo grado, onde dare risposta ai motivi di impugnazione o alle domande ed eccezioni riproposte su di esso fondate, il documento può essere sottoposto alla sua attenzione, ove non più disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva offerto in comunicazione (perché ritirato e non restituito, o perché questa è rimasta contumace in secondo grado), mediante deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp. att. c.p.c., semmai, come sosteneva la sentenza n. 28498/2005, sulla base dell'ordine in tal senso imposto dal giudice all'atto del ritiro effettuato avvalendosi della facoltà di cui agli artt. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c.

Il giudice di appello può inoltre porre a fondamento della propria decisione il documento prodotto in formato cartaceo non rinvenibile nei fascicoli di parte apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo.

Dovendosi negare, inoltre, che la permanente portata dimostrativa nel giudizio di appello di uno o di determinati documenti acquisiti in primo grado discenda dalla scelta delle parti di volersi avvalere del relativo effetto probatorio, può ritenersi consentito al giudice di secondo grado, eventualmente aperto un preventivo contraddittorio, di ordinare la produzione dei medesimi documenti, in copia o in originale, se lo ritiene necessario, a modello di quanto del resto stabilito dall'art. 123-*bis* disp. att. c.p.c. per l'impugnazione di sentenza non definitiva, valutando la mancata esibizione, senza giustificato motivo, come comportamento contrario al dovere di lealtà e probità.

Allorché, poi, la parte interessata abbia ottemperato all'onere processuale a suo carico di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del documento cartaceo prodotto in primo grado (e dunque del relativo fatto secondario dedotto in funzione di prova), del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte neppure abbia provveduto ad offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, sarà quest'ultima a subire le conseguenze di tale comportamento processuale, potendo il giudice, il quale ha comunque il dovere di ricomporre il contenuto di una rappresentazione già stabilmente acquisita al processo, ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo.

7. Possono pertanto enunciarsi i seguenti principi di diritto. Il principio di "non dispersione (o di acquisizione) della prova", operante anche per i documenti – prodotti sia con modalità telematiche che in formato cartaceo –, comporta che il fatto storico in essi rappresentato si ha per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice e spiegando

un'efficacia che non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, né può dipendere dalle successive scelte difensive della parte che li abbia inizialmente offerti in comunicazione.

Il giudice d'appello ha il potere-dovere di esaminare un documento ritualmente prodotto in primo grado nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza nei propri scritti difensivi, mediante richiamo di esso nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto del documento acquisito giustifichi le rispettive deduzioni.

Affinché il giudice di appello possa procedere all'autonomo e diretto esame del documento già prodotto in formato cartaceo nel giudizio di primo grado, onde dare risposta ai motivi di impugnazione o alle domande ed eccezioni riproposte su di esso fondati, il documento può essere sottoposto alla sua attenzione, ove non più disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva offerto in comunicazione (perché ritirato e non restituito, o perché questa è rimasta contumace in secondo grado), mediante deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp. att. c.p.c. Il giudice di appello può inoltre porre a fondamento della propria decisione il documento prodotto in formato cartaceo non rinvenibile nei fascicoli di parte apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo, ovvero, se lo ritiene necessario, può ordinare alla parte interessata di produrre, in copia o in originale, determinati documenti acquisiti in primo grado.

Allorché la parte abbia ottemperato all'onere processuale di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del fatto rappresentato dal documento cartaceo prodotto in primo grado, del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte neppure abbia provveduto ad offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, sarà quest'ultima a subire le conseguenze di tale comportamento processuale, potendo il giudice, il quale ha comunque il dovere di ricomporre il contenuto di una rappresentazione già stabilmente acquisita al processo, ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo.

8. Alla stregua del sistema delineato da tali principi, che peraltro sviluppano i principi già dettati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, il ricorso proposto da *Omissis* risulta evidentemente fondato.

8.1. La Corte di Roma, con la sentenza impugnata, ha accolto l'appello spiegato dalla *Omissis* s.r.l., rigettando la domanda degli attori (volta ad accertare la proprietà demaniale o la destinazione al pubblico transito del tratto di via *Omissis*, nonché ad ordinare alla convenuta di rimuovere il cancello e la catena ivi apposti), in quanto gli appellati non avevano prodotto nel giudizio di gravame i documenti su cui il Tribunale aveva fondato la propria pronuncia, ovvero "il de-

creto prefettizio del 16 gennaio 1952 e la relazione del geometra *Omissis*, nonché gli altri documenti richiamati dagli appellati" nelle loro difese, che "la parte aveva l'onere di depositare".

Questa motivazione rivela la pertinenza delle questioni affrontate nell'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 della seconda Sezione civile.

8.2. Così ragionando, la Corte d'appello di Roma: ha in sostanza ritenuto che oggetto dell'impugnazione fosse la domanda giudiziale proposta dagli attori, vittoriosi in primo grado, e non le censure formulate dalla soccombente *Omissis* s.r.l., le quali imponevano comunque il riesame dei documenti posti a fondamento della decisione del Tribunale, considerando al contrario sufficienti le mere difese opposte dall'appellante ai fatti, principali e secondari, costituenti le ragioni dell'avversa pretesa accolta nella sentenza gravata; non ha quindi considerato che i fatti storici dimostrati dai documenti prodotti in primo grado ed acquisiti come fonti di conoscenza erano stati apprezzati nella pronuncia impugnata, la cui presunzione di legittimità non può dirsi superata dalla mancata allegazione del fascicolo delle parti appellate che li conteneva; non ha adempiuto al proprio dovere di ricomporre altrimenti il contenuto della rappresentazione dei fatti già stabilmente acquisita al processo, sulla base di quanto comunque risulti da provvedimenti o atti del processo.

9. Rimane assorbito dall'accoglimento del ricorso principale il ricorso incidentale della *Omissis* s.r.l., attenendo esso alla configurabilità della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. degli attori, e dunque a statuizione che, per il suo carattere accessorio, viene comunque travolta dalla disposta cassazione della sentenza impugnata.

10. Conseguono l'accoglimento del ricorso principale, l'assorbimento del ricorso incidentale e la cassazione della sentenza impugnata in ragione della censura accolta, con rinvio dalla causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, che deciderà uniformandosi ai principi di diritto enunciati e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche alla pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

P.q.m., la Corte accoglie il ricorso principale, dichiara assorbito il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, anche per la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

Il principio di non "dispersione" della prova documentale nei gradi del processo civile

Sommario: 1. *Il caso*. – 2. *L'ordinanza di rimessione e le questioni di diritto*. – 3. *La soluzione delle Sezioni unite*.

1. Il caso

I condomini di un'immobile chiesero al Tribunale civile di accertare che il tratto di strada sul quale il

condominio aveva un accesso secondario, utilizzato sino a quando la parte convenuta ne aveva precluso l'uso, è una via aperta al transito, essendo un bene demaniale del comune, di disporre la rimozione del cancello e della catena e di ogni altro mezzo idoneo a diminuirne la fruizione del libero passaggio, e, in subordine, di accertare l'esistenza di una servitù di passaggio. Il giudice di primo grado accolse la domanda attorea, condannando la parte convenuta a rimuovere la catena e il cancello, evidenziando che la parte di strada contesa, essendo stata espropriata, era stata acquisita al patrimonio del comune. La parte convenuta impugnò la decisione, contestando l'individuazione del tratto di strada oggetto di lite, oltre che la riconducibilità di tale area alla presunzione di demanialità prevista dall'art. 22 l. n. 2248/1865, allegato F. La Corte di appello accolse il gravame sulla base della considerazione che gli appellati non avevano prodotto nel giudizio di gravame il fascicolo di primo grado, nel quale erano verosimilmente contenuti i documenti in forza del quale era stata accolta dal giudice di primo grado la domanda proposta. Ricorrono per cassazione i condomini, deducendo che sarebbe stato onere dell'appellante dimostrare la fondatezza del gravame e produrre i documenti occorrenti per la decisione.

2. L'ordinanza di rimessione e le questioni di diritto

La seconda Sezione della Corte di cassazione, investita della questione, con ordinanza interlocutoria n. 14534 del 9 maggio 2022 (1), ha evidenziato che la questione di massima di particolare rilevanza rimessa al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite riguarda le conseguenze della mancata disponibilità da parte del giudice di appello delle prove documentali poste dal giudice di primo grado a fondamento della propria decisione, non riprodotte in appello.

Nell'ordinanza interlocutoria la seconda Sezione ha precisato che la questione proposta non riguarda le prove che si formano nel processo, trattandosi di atti di istruzione che vengono inseriti dal cancelliere nel fascicolo d'ufficio (art. 168, c. 2, c.p.c.), quanto piut-

(1) Con la predetta ordinanza la seconda Sezione ha rimesso gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite della questione di massima ritenuta di particolare importanza, chiedendo di valutare quale incidenza abbia sui principi enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 l'introduzione del fascicolo telematico del processo e se tale eventuale incidenza non giustifichi l'opportunità di superare anche per i documenti analogici la conclusione secondo cui grava sull'appellante l'onere di produrre o ripristinare in appello i documenti già prodotti in primo grado, subendo, egli, altrimenti, le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte. In dottrina, la sentenza n. 3033/2013 è stata annotata da P. Pirruccio, *Una soluzione frutto di creazione pretoria che non rispetta il dovere di lealtà e probità*, in *Guida dir.*, 2013, 10, 58; R. Poli, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1186; G. Travaglino, *La produzione di documenti in appello*, in *Corriere merito*, 2013, 639.

tosto delle prove precostituite che sono inserite nel fascicolo di parte per il quale è previsto sia il ritiro (art. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c.) sia la possibilità per la controparte, oltre che di esaminare gli atti ed i documenti inseriti, anche di “*farsene rilasciare copia dal cancelliere, osservare le leggi sul bollo*” (art. 76 disp. att. c.p.c.). La seconda Sezione ha, inoltre, fatto presente che le Sezioni unite sono già intervenute nel 2005 e nel 2013 sulla predetta questione, affermando che “*è onere dell'appellante, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale, produrre o ripristinare in appello se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali egli basa il proprio gravame o comunque attivarsi, anche avvalendosi della facoltà, ex art. 76 disp. att. c.p.c. di farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti, perché questi documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello, per cui egli subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte (sia questa costituita o sia invece rimasta contumace) quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha avuto la possibilità di esaminare*”.

La ragione per la quale la seconda Sezione ha ritenuto di dover rimettere gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite è stata individuata nelle novità derivanti dall'introduzione del processo civile telematico. In particolare, è stato messo in evidenza come il fascicolo informatico, tenuto conto dell'art. 11 delle specifiche tecniche previste dall'art. 34, c. 1, d.m. giustizia n. 44/2011, “*raccoglie i documenti (atti, allegati, ricevute di posta elettronica certificata) da chiunque formati, nonché le copie informatiche dei documenti; raccoglie, altresì le copie informatiche dei medesimi atti quando siano stati depositati su supporto cartaceo*”. La distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte previsto nel codice di rito e nelle disposizioni di attuazione, ad avviso della sezione remittente, dovrebbe ritenersi superata, con la conseguenza che “*non essendo contemplata la possibilità di ritiro dei documenti informatici, questi vengono telematicamente appresi – con piena attuazione del principio di immanenza delle prove – dal giudice di secondo grado con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento dell'appellato*”.

La seconda Sezione, dopo aver rilevato il mancato superamento del sistema cartaceo e la circostanza che in molti giudizi di primo grado vi è una modalità mista (cartacea e telematica) di deposito delle prove precostituite, ha posto le seguenti questioni: “- *se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.; - se ciò determini il superamento della posizione interpretativa, fatta propria da questa Corte con le pronunzia*

delle Sezioni unite n. 28498/2005 e n. 3033/2013, secondo cui l'appellante subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare; - se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel c.d. fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte”.

3. La soluzione delle Sezioni unite

Le Sezioni unite hanno, in primo luogo, chiarito che nell'ambito del sistema delle prove, nel quale sono temperate diverse esigenze, quali i poteri delle parti, le garanzie di tutela del contraddittorio e del diritto di difesa, l'operatività del principio dispositivo e di acquisizione probatoria non può trovare una diversa soluzione interpretativa a seconda delle modalità (telematica o cartacea) di produzione dei documenti.

Hanno, altresì, premesso che, nel dare risposta ai quesiti interpretativi posti nell'ordinanza interlocutoria, non si deve necessariamente pervenire a ritenere tacitamente abrogata la distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte, né ritenere superati i principi espressi nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, “quanto piuttosto ampliando, nel nuovo quadro di sistema delineatosi, gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali e gli strumenti, che già tali sentenze contemplavano, idonei a consentire al giudice di appello la ricostruzione della portata dimostrativa di tali prove, indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto”.

Richiamando il principio di non dispersione della prova (2) secondo il quale tutti i documenti ritualmente acquisiti al processo devono essere conservati alla cognizione del giudice, le Sezioni unite hanno evidenziato che: 1) le prove documentali, essendo prove preconstituite, vengono acquisite al processo mediante le regole sulla produzione e sull'inserimento nei fascicoli processuali al fine di garantire il diritto di difesa e il contraddittorio in favore della controparte; 2) il documento ritualmente prodotto fornisce una rappresentazione immediata e permanente del fatto di causa; 3) una volta prodotto in una fase o in un grado del processo, il documento deve ritenersi definitivamente acquisito, anche se successivamente ritirato e poi nuovamente allegato e non può considerarsi nuovo, né in primo grado, agli effetti delle preclusioni istruttorie, né in appello, né nel giudizio in cassazione.

Al fine di contemperare le conseguenze sopraindicate del principio di non dispersione della prova con la

regola della formazione progressiva della cosa giudicata e con l'effetto devolutivo dell'impugnazione di merito, le Sezioni unite hanno precisato che il fatto dimostrato dal documento prodotto in primo grado non va “nuovamente provato dalla parte che ne invochi il riesame, quanto allegato, e cioè dedotto in un enunciato descrittivo contenuto all'interno di un atto difensivo”.

Nella sentenza in commento le Sezioni unite hanno, altresì, ricordato che, tenuto conto della natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello e dell'interpretazione giurisprudenziale di tale principio, il giudice deve esaminare i documenti ritualmente prodotti in primo grado nel caso in cui la parte interessata lo richieda nei propri scritti difensivi, “mediante il richiamo di essi nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto dei documenti acquisiti giustifichi le rispettive deduzioni”.

Dopo la ricostruzione dei principi giurisprudenziali già elaborati in materia di prove documentali ed il richiamo alla disciplina del giudizio di appello di cui agli artt. 342 e 434 c.p.c., confermando quanto in premessa le Sezioni unite avevano affermato in relazione al rapporto tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte e all'individuazione di una soluzione interpretativa in continuità con i precedenti giurisprudenziali di cui alle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, sono state indicate le diverse modalità con le quali la prova documentale, ritualmente prodotta nel giudizio di primo grado, deve essere sottoposta alle valutazioni del giudice di appello.

Se il documento non è contenuto nel fascicolo di parte, perché ritirato e non restituito, o in caso di contumacia in secondo grado, le possibilità sono le seguenti: a) deposito della copia rilasciata alle altre parti ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c.; b) apprezzamento del contenuto del documento non rinvenibile nei fascicoli di parte, apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo; c) ordine del giudice di appello di produrre i documenti in copia o in originale.

Le Sezioni unite hanno, infine, precisato che se la parte interessata abbia allegato nell'atto di appello o nella memoria di costituzione il fatto storico contenuto nel documento prodotto nel giudizio di primo grado che la controparte non ha però offerto in comunicazione nel successivo grado di giudizio, il giudice può ritenere provato il fatto storico nei termini rappresentati nell'atto difensivo.

BENEDETTA COSSU

(2) Si tratta di un principio elaborato dalle Sezioni unite nella sentenza 10 luglio 2015, n. 14475, nel quale è stata esclusa la “novità” dei documenti posti a fondamento della domanda per decreto ingiuntivo, non prodotti nel giudizio di opposizione, poi allegati all'atto di appello.

1936 – Corte di cassazione, Sezione III civile; sentenza 23 gennaio 2023; Pres. Travaglino, Rel. Rossetti, P.M. Troncone (concl. conf.); *Omissis* s.p.a. c. M.C. Cassa con rinvio App. Milano, 23 aprile 2019, n. 1792.

Sanità pubblica – Consenso informato – Responsabilità della struttura sanitaria – Informazione trattamento sanitario alternativo – Omissione – Danno alla salute – Onere della prova – Nesso causale – Presunzioni.

Cost., artt. 2, 13, 32; l. 22 dicembre 2017, n. 219, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, art. 1.

Deve essere cassata la sentenza con cui il giudice di merito ha condannato la struttura sanitaria a risarcire il paziente a seguito di omessa informazione da parte del chirurgo dell'esistenza di una tecnica alternativa che avrebbe evitato gli esiti negativi e permanenti, tuttavia imprevedibili, in concreto verificatisi in conseguenza dell'intervento eseguito diligentemente dal chirurgo, atteso che, per affermare che l'omessa informazione fu causa materiale dell'evento di danno, la Corte d'appello avrebbe dovuto ricostruire il nesso di condizionamento tra l'omessa informazione e il danno patito con un giudizio controfattuale (in motivazione, si precisa che occorre rimettere al giudizio di rinvio affinché si accerti, con giudizio di probabilità logica, se possa ritenersi plausibile che una esaustiva informazione del paziente lo avrebbe indotto a rifiutare la tecnica proposta dal chirurgo e a pretendere che l'intervento avvenisse con la tecnica alternativa). (1)

Ragioni della decisione – 1. Premessa. Preliminarmente questa Corte osserva che la morte della parte non produce effetti sul giudizio di legittimità. Il principio dell'impulso officioso nel processo di cassazione impedisce infatti l'applicazione in questa sede delle regole sulla interruzione del processo.

2. Il primo motivo di ricorso

Col primo motivo la società ricorrente prospetta congiuntamente sia il vizio di violazione di legge, in relazione agli artt. 115, 116, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., sia di omesso esame di un fatto decisivo ex art. 360, n. 5, c.p.c.

Al di là di tali riferimenti normativi, non del tutto pertinenti rispetto al contenuto della censura, nella illustrazione del motivo è prospettata una tesi così riassumibile:

a) la Corte d'appello ha accertato che sulla necessità per il paziente di sottoporsi all'intervento si era formato il giudicato, poiché nessuna delle parti aveva

impugnato la relativa statuizione del tribunale ritenne necessario l'intervento;

b) la Corte d'appello ha ammesso che l'intervento di rimozione dell'aneurisma fu eseguito diligentemente, e ha ravvisato la colpa del chirurgo non già nell'imperita esecuzione della rimozione dell'aneurisma, ma nel non avere informato il paziente che esisteva un'altra tecnica operatoria (*Evar* invece che *Open*);

c) il non avere informato il paziente di questa alternativa non poteva ritenersi "causa" del danno, perché la scelta e l'esecuzione della tecnica *Open* non fu di per sé colposa. Infatti, il paziente, anche se fosse stato informato, non l'avrebbe scelta, dal momento che il chirurgo cui si era rivolto era un esperto della tecnica *Open*.

2.2. Il controricorrente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso ex 348-ter, c. 5, c.p.c. L'eccezione è infondata: infatti il motivo solo nominalmente invoca una censura di omesso esame di fatti decisivi, ma nella sostanza lamenta:

- la violazione dell'art. 1176 c.c., per avere la Corte d'appello condannato l'ospedale al risarcimento, senza averne accertato una condotta colposa;

- l'irrelevanza causale della condotta di omessa informazione, in quanto il rischio verificatosi dipese da una patologia congenita ignorata dallo stesso paziente. Se anche il paziente fosse stato informato non avrebbe avuto alcun motivo per scegliere la tecnica *Evar*.

2.3. Nel merito, la censura è fondata.

La sentenza impugnata ha infatti violato i principi stabiliti da questa Corte in materia di nesso causale tra condotta colposa ed evento di danno (e cioè la c.d. "causalità materiale").

La Corte d'appello, infatti:

- ha ritenuto che si era formato il giudicato interno sulla correttezza della tecnica chirurgica prescelta;

- ha ammesso che le complicanze seguite all'intervento erano "imprevedibili";

- ha ritenuto tuttavia che il medico fosse lo stesso in colpa, per non avere prospettato al paziente l'esistenza d'una tecnica operatoria alternativa.

2.4. La Corte d'appello, così ragionando, ha mostrato dunque di ritenere che l'unica condotta colposa ascrivibile al medico fosse l'omessa informazione del paziente sulle alternative terapeutiche.

Se l'omessa informazione fu l'unica condotta colposa tenuta dal medico, per condannare la struttura sanitaria al risarcimento del danno sarebbe stato necessario accertare l'esistenza d'un valido nesso di causa tra la suddetta omissione e il danno.

Per affermare che l'omessa informazione fu causa materiale dell'evento di danno la Corte d'appello avrebbe dovuto ricostruire il nesso di condizionamento tra l'omessa informazione e l'evento di danno con un giudizio controfattuale: vale a dire ipotizzando cosa sarebbe accaduto se il medico avesse compiuto l'azione che invece mancò.

(1) Segue la nota di C. Orsini, *Consenso informato e omessa informazione: impossibilità di configurare un danno alla salute risarcibile in re ipsa e necessità della causalità materiale, quale punto fermo nel paradigma della responsabilità medica.*

Nel caso specifico, dunque, il giudice di merito avrebbe dovuto accertare, con giudizio di probabilità logica, quali scelte avrebbe compiuto il paziente, se fosse stato correttamente informato della possibilità di scegliere tra tecnica “*Open*” e tecnica “*Evar*”.

2.5. La Corte d’appello ha tuttavia omissa tale giudizio, limitandosi ad affermare che la tecnica *Evar* avrebbe evitato l’evento, e che di conseguenza la condotta omissiva del medico fu causa del danno.

In questo modo è mancato nella sentenza impugnata l’accertamento della causalità della colpa, ossia dello specifico nesso causale tra la violazione della regola cautelare e l’evento dannoso.

La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio, affinché il giudice di rinvio accerti con giudizio controfattuale se possa ritenersi plausibile, in base al criterio della preponderanza dell’evidenza, che una esaustiva informazione del paziente avrebbe indotto quest’ultimo a pretendere che l’intervento avvenisse con tecnica “*Evar*”.

3. Secondo motivo

Col secondo motivo la società ricorrente lamenta, ai sensi dell’art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione degli artt. 1176, 1218, 1225, c.c.

Nella illustrazione del motivo è sviluppata una tesi così riassumibile:

- la Corte d’appello ha accertato in punto di fatto che le complicanze seguite all’intervento non furono dovute ad una erronea esecuzione di quest’ultimo da parte del chirurgo, ma furono dovute alle pregresse condizioni di salute del paziente;

- ha altresì accertato in punto di fatto che le suddette complicanze non erano prevedibili da parte del chirurgo, né evitabili;

- la Corte d’appello, pertanto, accogliendo la domanda del paziente, ha addebitato alla struttura sanitaria la responsabilità di un evento dannoso non prevedibile né evitabile.

3.1. Il motivo resta assorbito dall’accoglimento del primo motivo.

4. Terzo motivo

Col terzo motivo la società ricorrente lamenta la violazione degli artt. 40, 41 e 45, c.p.

Nella illustrazione del motivo si sostiene che:

- l’intervento di rimozione dell’aneurisma dell’aorta addominale fu eseguito correttamente, come accertato dalla stessa Corte d’appello;

- le complicanze insorte dopo l’intervento non erano dovute ad un’imperita esecuzione di quest’ultimo;

- la Corte d’appello aveva pertanto violato le norme sulla causalità materiale, per avere ritenuto sussistente il nesso tra l’intervento e il danno, nonostante avesse accertato che quest’ultimo era inevitabile e non prevedibile.

4.1. Anche questo motivo resta assorbito dall’accoglimento del primo.

5. In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso, restano assorbiti gli altri. La sentenza impugnata è cassata con rinvio alla Corte d’appello di Milano, che in diversa composizione accerterà se ed in che misura sussista il nesso di causa tra il fatto colposo del medico (l’omessa informazione al paziente sull’alternativa operatoria) e l’evento di danno (le complicanze postoperatorie e la conseguente fibrosi delle anse intestinali).

P.q.m., la Corte di cassazione, accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbiti gli altri. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d’appello di Milano, in diversa composizione, che dovrà provvedere alla liquidazione delle spese anche del presente giudizio di legittimità.

Consenso informato e omessa informazione: impossibilità di configurare un danno alla salute risarcibile *in re ipsa* e necessità della causalità materiale, quale punto fermo nel paradigma della responsabilità medica

Nella sentenza in epigrafe la Corte di cassazione affronta il tema del consenso informato con riferimento al rapporto di causalità tra un particolare fatto omissivo, ovvero la mancata rappresentazione al paziente di possibili alternative terapeutiche rispetto al trattamento praticato dal sanitario, e l’evento dannoso.

Il giudice di legittimità si è pronunciato sul ricorso promosso avverso la sentenza resa dalla Corte d’appello di Milano con cui una struttura sanitaria veniva condannata al risarcimento del danno sofferto da un paziente in conseguenza dell’esecuzione di un intervento chirurgico di rimozione dell’aneurisma all’aorta addominale, eseguito con una particolare tecnica (c.d. *Open*) per la quale il chirurgo aveva optato, senza informare il paziente dell’esistenza di una seconda tecnica (endovascolare c.d. *Evar*) meno obsoleta.

Il giudice di merito si era pronunciato in favore della condanna, confermando gli esiti del giudizio di primo grado, dopo aver, tuttavia, accertato che l’intervento era stato eseguito diligentemente dal sanitario, nella piena osservanza delle regole dell’*ars medica*, e ravvisando la colpa del chirurgo non già nell’imperita rimozione dell’aneurisma ma nel non aver informato il paziente che esisteva una tecnica chirurgica alternativa.

La Corte d’appello ammetteva, altresì, che il danno permanente riportato dal paziente era stato il risultato di complicanze imprevedibili, che però non si sarebbero manifestate se l’intervento chirurgico fosse stato eseguito con la tecnica endovascolare.

La Corte di cassazione rileva che, stando agli esiti ai quali è giunto il giudice di merito, l’omessa informazione fu l’unica colpa imputabile al sanitario, e, pertanto, la condanna della struttura sanitaria al risarcimento del danno alla salute riportato dal paziente,

come disposta e motivata, difetta dei principi stabiliti dalla Corte stessa in materia di nesso causale tra condotta ed evento.

La massima si pone nel solco di una giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di cassazione laddove enuncia che l'omessa o lacunosa informazione del paziente può essere ritenuta causa dell'evento di danno alla salute solo dopo che sia stata accertata la sussistenza di uno degli elementi costitutivi del diritto del danneggiato al risarcimento: la causalità materiale tra la condotta colposa, data dalla violazione della regola cautelare, e l'evento dannoso (cfr. Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7516, in *Foro it.*, 2018, I, 2401; 11 novembre 2019, n. 28985, in *Guida dir.*, 2019, 32, 49).

La regola cautelare cui fare riferimento, come noto, è prevista dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219, che disciplina la materia dell'informativa preventiva ai trattamenti sanitari e, in particolare, dall'art. 1 rubricato, per l'appunto, "consenso informato".

Tale articolo, nel ribadire i principi di diritto richiamati dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. e sanciti, altresì, dalla Carta di Nizza, a tutela del diritto alla libertà di autodeterminazione, prevede l'obbligo dei sanitari di acquisire dal paziente un consenso informato e libero in merito alle sue condizioni di salute, alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici, alle possibili alternative e alle conseguenze di un eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.

L'art. 1 della l. n. 219 cit., al c. 9, stabilisce che alla medesima regola cautelare soggiace la struttura sanitaria, che è tenuta a garantire l'attuazione dei principi richiamati dalla legge stessa.

La Corte di cassazione precisa, altresì, nella sentenza oggetto di disamina, che per poter accertare l'idoneità causale della condotta omissiva del sanitario rispetto all'evento di danno il giudice di merito avrebbe dovuto ricostruire il nesso di condizionamento tra l'omessa informazione e il danno alla salute patito con un giudizio controfattuale: ossia accertando, con giudizio di probabilità logica, quali scelte avrebbe compiuto il paziente se fosse stato correttamente informato della possibilità di scegliere tra le due tecniche di intervento.

Come noto, negli illeciti omissivi, per l'accertamento della causalità materiale, si applica un principio fondamentale in base al quale è necessario procedere ad una indagine controfattuale e chiedersi quale sarebbe stato, presumibilmente, il corso degli eventi se fosse stato realizzato il comportamento della cui omissione si tratta.

Tale regola, come confermato dalla Corte di cassazione, si applica anche alle ipotesi di omessa o lacunosa informazione del sanitario nei confronti del paziente.

In tal caso il giudizio controfattuale è funzionale a determinare, con giudizio di probabilità logica, quale

sarebbe stata la scelta del paziente se correttamente informato.

Pertanto, la massima rappresenta l'occasione per la Corte di cassazione per ribadire quanto già affermato in altre sentenze, ovvero che l'omessa o lacunosa informazione imputabile al sanitario, pur costituendo illecito civile, in quanto viola la regola cautelare posta a tutela del diritto alla libera autodeterminazione, non fa sorgere con un perfetto automatismo il diritto del paziente al risarcimento del danno alla salute conseguente al trattamento terapeutico del sanitario, anche quando quest'ultimo abbia agito con diligenza.

Al riguardo la Corte di cassazione ha affermato che "la riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che quel consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo alla unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente" (così Cass., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847).

Tale diritto è richiamato dal citato art. 1, c. 1, l. n. 219/2017, che configura il consenso informato al trattamento sanitario come espressione della libertà di autodeterminazione del singolo, ancorata ai principi fondamentali previsti dagli articoli della Costituzione ivi richiamati, e come punto di incontro costante fra la stessa libertà e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico in un tempo dilatato di comunicazione fra medico e paziente che, ai sensi dell'art. 1, c. 8, costituisce tempo di cura.

Secondo un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, il danno all'autodeterminazione è da ritenersi autonomo e indipendente rispetto al danno alla salute.

A riguardo la Corte di cassazione ha affermato che: "l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente [...]. Trattasi di due distinti diritti.

Il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico (cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438) e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente (v. Cass., 6 giugno 2014, n. 12830) [...].

Il trattamento medico terapeutico ha viceversa riguardo alla tutela del (diverso) diritto fondamentale alla salute (art. 32, c. 2, Cost.).

L'autonoma rilevanza della condotta di adempimento della dovuta prestazione medica ne impone pertanto l'autonoma valutazione rispetto alla vicenda dell'acquisizione del consenso informato" (Cass, Sez.

III, ord. 25 giugno 2021, in questa *Rivista*, 2021, 4, 218, con nota di A.M. Quaglini).

Tuttavia, la Corte di cassazione ha precisato, anche in recenti sentenze (v. Cass., Sez. III, 5 settembre 2022, n. 26104), che, sebbene l'inadempimento dell'obbligo di acquisire un adeguato consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico, non è possibile escludere ogni interferenza tra i due illeciti nella produzione del medesimo danno, e ciò in ragione del fatto che il rapporto tra medico e paziente è dotato di una sua peculiare complessità, in quanto si articola in obbligazioni plurime e tra di loro connesse e strumentali al perseguimento della tutela alla salute del soggetto.

È invece possibile che il consenso informato si inserisca tra i fattori causali che concorrono a determinare il pregiudizio alla salute.

Pertanto, l'omessa informativa imputabile al sanitario è di per sé dotata di un'astratta capacità plurioffensiva idonea a ledere non solo il diritto all'autodeterminazione ma anche il diritto alla salute (cfr. Cass., Sez. III, 11 novembre 2009, n. 28985, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 478).

Proprio sul presupposto del riconoscimento di una plurioffensività dell'omissione informativa nel rapporto tra medico e paziente, la Corte di cassazione può concludere, nella sentenza in commento, disponendo rinvio alla Corte d'appello di Milano affinché accerti, se e in che misura, sussista un nesso causale tra l'omessa informazione del paziente sull'alternativa terapeutica e il danno alla salute.

Così facendo la Cassazione nega la possibilità di configurare un danno alla salute risarcibile *in re ipsa* per la mera omessa informazione.

La sentenza di cui si tratta costituisce, ancora una volta, l'occasione per ribadire che, in materia di consenso informato, gli interventi della giurisprudenza hanno assunto una fondamentale funzione di sistemazione e di chiarificazione su tematiche delicate come quelle prese in esame.

L'attenzione degli interpreti è sempre più spesso richiamata da casi giurisprudenziali nei quali emerge, con particolare evidenza, l'uso del consenso informato come espediente nelle mani del paziente per mettere in discussione gli interventi dei sanitari, con il rischio imminente di sfociare in un "relativismo terapeutico" (v. Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 72).

Sul punto è possibile considerare il ruolo sempre più incisivo e determinante che ha assunto la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione nel delimitare e distinguere le ipotesi di pretesa legittima da quelle di abuso.

Funzionale a tracciare tale distinguo è spesso il richiamo che la Corte fa ai giudici di merito rispetto alla necessità dell'accertamento di un nesso causale tra l'omessa e lacunosa informativa e il danno alla salute lamentato.

Tale costante richiamo ha consentito al giudice nomofilattico, come nel caso in disamina, di reinserire il consenso informato all'interno del rapporto complesso medico-paziente e di sanzionare l'omissione dell'obbligo informativo per il danno alla salute solo dopo averla valutata secondo il paradigma della responsabilità.

CRISTINA ORSINI

* * *

CONSIGLIO DI STATO

966 – Consiglio di Stato, Sezione II; sentenza 27 gennaio 2023; Pres. Forlenza, Est. D’Alessandri; K.R. e altro c. Comune di Torgiano.

Conferma Tar Umbria, Sez. I, 12 dicembre 2021, n. 844.

Urbanistica – Comune – Segnalazione certificata di inizio di attività – Difformità delle opere rispetto agli strumenti urbanistici – Diniego di accertamento di conformità delle opere – Legittimità – Doppia conformità dell’intervento urbanistico sia al momento della realizzazione che della presentazione della domanda di concessione in sanatoria – Necessità – Fattispecie.

D.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 36; l. reg. Umbria 21 gennaio 2015, n. 1, t.u. governo del territorio e materie correlate, art. 154.

Responsabilità civile – Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Provvedimenti amministrativi – Doveri di collaborazione e buona fede – Responsabilità da comportamento scorretto – Sussistenza.

C.c., art. 1147; l. 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, art. 1.

Ai fini del rilascio di un provvedimento in sanatoria, è necessaria la doppia conformità dell’intervento alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, che al momento della presentazione della domanda, pertanto è legittimo il provvedimento che nega l’accertamento di conformità di opere edilizie eseguite in condizione di abusività al momento di presentazione della domanda (nella specie, un comune aveva adottato un provvedimento di diniego su una Scia, in sanatoria, in quanto gli interventi proposti, al momento della proposizione della domanda non risultavano conformi con le disposizioni e gli allineamenti del piano attuativo approvato).

La pubblica amministrazione, anche nello svolgimento dell’attività autoritativa, è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l’invalidità e l’eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell’interesse legittimo), le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, l’eventuale violazione di tali norme fa nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull’interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell’altrui scorrettezza. (1)

(1) Segue la nota di S. Calzetta, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione.*

Diritto – 1. L’appello si palesa infondato.

Il Tar ha già rilevato, pur ritenendo di soprassedere in ordine ai possibili effetti processuali, che le parti ricorrenti hanno impugnato in primo grado le ordinanze di demolizione n. 29 dell’1 aprile 2019 e n. 32 del 3 aprile 2019 e il provvedimento di annullamento d’ufficio della concessione edilizia n. 171/1992 sia nel ricorso di cui al R.G. n. 27/2021 che in quello di cui al R.G. n. 75/2021. Questo crea alcuni discrasie ripetitive anche nella formulazione dei motivi di appello, tra cui quelle inerenti alle censure sull’irricevibilità per tardività e quelle afferenti al mancato scrutinio in primo grado di alcuni motivi di ricorso. (*Omissis*)

3. Nel merito, le censure sono infondate.

3.1. In sostanza, l’appello è incentrato sulla supposta erronella imputabilità agli appellanti e al loro *dante causa* della non conformità delle opere con lo strumento urbanistico, costituito dal piano attuativo, in quanto dovuta a un suo disallineamento con il frazionamento catastale, che ha dato luogo agli atti gravati e, in particolare (considerata l’irricevibilità delle impugnative avverso diversi provvedimenti impugnati), all’atto di annullamento in autotutela della concessione edilizia n. 155/1997 inerente alla realizzazione dell’edificio, e al provvedimento negativo sulla segnalazione certificata di inizio attività di cui alla pratica S.21/2020.

Quanto a quest’ultimo provvedimento si tratta, come indicato nella sentenza impugnata, dell’atto negativo adottato dal comune sulla segnalazione certificata di inizio attività di cui alla pratica S.21/2020 (accertamento di conformità di opere di recinzione), con cui è stato disposto il divieto di prosecuzione dell’attività e la rimozione degli eventuali effetti dannosi prodotti, con archiviazione della pratica; provvedimento adottato con un richiamo alle motivazioni contenute nella comunicazione di avvio del procedimento, con le quali era stata evidenziata l’assenza delle condizioni per il rilascio della Scia prot. n. 1415/2020 in sanatoria, in quanto gli interventi proposti non risultavano conformi con le disposizioni e gli allineamenti del piano attuativo approvato, in particolare per quanto concerne la porzione terminale della recinzione.

Sostengono gli appellanti che le difformità rispetto agli strumenti urbanistici che hanno portato all’adozione degli atti gravati sarebbero imputabili al comune e, in particolare, deriverebbero da una discrasia tra gli atti di frazionamento catastale e elaborati grafici del piano di lottizzazione, di cui il comune sarebbe stato da tempo a conoscenza e rispetto ai quali non si sarebbe attivato per risolvere la suddetta anomalia.

In sostanza, secondo gli appellanti, dai documenti prodotti in primo grado, sarebbe stato possibile evincere che agli stessi non sarebbe ascrivibile alcuna responsabilità, nemmeno per negligenza, nella conduzione delle pratiche edilizie in questione.

Il comune non sarebbe rimasto estraneo all'accatastamento perché avrebbe avuto modo sia nelle fasi preliminari alla sottoscrizione della convenzione di lottizzazione, sia, infine con la sottoscrizione della medesima, di intervenire per sanare la situazione.

Inoltre, il diniego della Scia in sanatoria di cui è causa, sarebbe conseguenza del comportamento omissivo e negligente dell'amministrazione resistente.

Il collegio, in proposito, concorda con la valutazione della sentenza di primo grado.

In particolare, la motivazione del provvedimento, che in sostanza ha denegato l'accertamento di conformità delle opere, è motivato dalla loro condizione di abusività, in quanto gli interventi in questione non risultano conformi agli strumenti urbanistici, e in particolare alle disposizioni ed agli allineamenti del piano attuativo approvato.

Tale circostanza non appare messa in discussione dagli appellanti, che tendono solo a porre la responsabilità di tale non rispondenza in capo al comune.

In tale situazione è evidente, in ogni caso, l'assenza delle condizioni per un provvedimento di sanatoria, che richiede la doppia conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, che al momento della presentazione della domanda (art. 36 del d.p.r. n. 380/2001; art. 154 della l. reg. n. 1/2015).

Nel caso di specie è, per quanto anzidetto, pacifica l'assenza della conformità sia al momento della realizzazione delle opere sia al momento della Scia in sanatoria.

In tale contesto, peraltro, l'eventuale responsabilità del comune per il mancato esercizio dei suoi poteri di vigilanza o per l'inerzia lamentata dagli appellanti, non potrebbe avere effetti vizianti sulla legittimità dell'atto (non potendosi la sanatoria comunque perfezionare in assenza dei suoi presupposti oggettivi), ma eventualmente – e lo si afferma in via del tutto ipotetica – dare luogo a una responsabilità a fini risarcitori (non azionata in questa sede), in ossequio al principio di dissociazione tra le cosiddette regole di validità dell'atto, incentrate sulla normativa di carattere pubblicistico e la lesione di interessi legittimi, e le regole di responsabilità dell'amministrazione, basate sulla violazione dei diritti soggettivi derivanti dalla violazione del canone che impone un comportamento improntato alla correttezza e buona fede da parte dell'amministrazione.

Ciò anche in ragione del principio, affermato anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2018, n. 5 – espresso in tema di responsabilità precontrattuale ma cui può riconoscersi valenza più generale – secondo cui anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme

generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

Tale distinzione tra regole di validità e di responsabilità – ravvisabile anche nell'ordinamento civilistico in riferimento alla materia contrattuale – può risultare a volte “sfumata” e fonte di “sovrapposizioni” nell'ambito del diritto amministrativo, stante l'esistenza di norme che danno rilievo all'affidamento anche in termini di possibile vizio di legittimità dell'atto.

Esemplificative del rilievo conferito nell'attuale ordinamento amministrativo al legittimo affidamento si possono, a titolo di esempio, citare l'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (nella versione successiva alle modifiche dell'art. 1 della l. 11 febbraio 2015, n. 15) che assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume sicuro rilievo la tutela dell'affidamento legittimo; l'art. 21-*nonies*, c. 1, l. n. 241/1990, che, nel disciplinare il potere di autotutela, contempla la necessità da parte della pubblica amministrazione di considerare in sede motivazionale, l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica; nonché, in modo palese, il c. 2-*bis* dell'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, ai sensi del quale “i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”.

Il dovere di comportamento di buona fede da parte dell'amministrazione può giustificare, dunque, il formarsi di legittime aspettative in capo al privato, che possono essere frustrate anche da provvedimenti legittimi, ancorché fonte di possibile responsabilità. Peraltro, tale dovere di collaborazione e buona fede è bilaterale, ponendosi un obbligo di diligenza in capo al privato, il cui affidamento, come meglio specificato in seguito, deve risultare incolpevole.

In altri termini, quindi, alla luce della suddetta distinzione tra regole di validità e di responsabilità (pienamente confermata anche dalla decisione dell'Ad. plen. 29 novembre 2021, n. 21), in ogni caso anche l'eventuale comportamento negligente dell'amministrazione non comporterebbe *ex se* l'erroneità delle conclusioni tratte dalla sentenza gravata.

Infatti, l'assenza dei presupposti per la sanatoria legittima pienamente il provvedimento negativo adottato in ordine alla presentata Scia, indipendentemente dal profilo della “correttezza” dell'operato dell'amministrazione, inerente al comportamento secondo regole di buona fede oggettiva, che può semmai rilevare, qualora ne ricorrano i presupposti, sotto il

profilo della violazione delle regole di responsabilità, senza che ciò, tuttavia, renda illegittimo l'atto.

Peraltro, tale eventuale profilo di responsabilità – solo in astratto richiamato – non fa parte, comunque, del *petitum* della presente controversia.

In ogni caso, il collegio non esclude che la non conformità degli interventi urbanistici inerenti alla recinzione – come anche all'immobile oggetto dell'annullamento d'ufficio della concessione edilizia n. 155/1997 – possa derivare dalla “*errata delimitazione, in sede di frazionamento, dei confini catastali tra le particelle*” che ha comportato “*la non rispondenza degli elaborati grafici allegati all'istanza di concessione edilizia rispetto allo stato di fatto ed agli elaborati del piano attuativo*”.

Tuttavia, al riguardo, seppure, come indicato dagli appellanti, il frazionamento è stato operato nel 1985 – prima della stipula della convenzione di lottizzazione – il geom. P. non risulta aver operato per conto del comune e il mero richiamo nella convenzione di lottizzazione (allegata agli atti del giudizio) delle risultanze catastali non comporta l'imputabilità del comune di discrasie nelle stesse.

Né dall'esame degli atti risulta l'asserita sicura risalente conoscenza da parte del comune di questa situazione.

A tal proposito la citata istanza non rituale del 30 novembre 1994 di modifica della lottizzazione in sede di variante, che secondo gli appellanti avrebbe dovuto rendere edotto il medesimo comune della situazione, si sostanzia in una stringata richiesta, senza specifiche indicazioni, di inserimento nell'ambito della fase di elaborazione della variante di lottizzazione di una modifica evidenziata in una tavola allegata, di per sé inidonea a rendere edotto il comune della situazione che ha dato luogo al giudizio.

Nello stesso senso a rendere illegittimo il provvedimento sulla Scia non sarebbe sufficiente il ventilato legittimo affidamento invocato dagli appellanti.

Tanto più che, secondo quanto verrà meglio di seguito indicato in sede di scrutinio della censura avverso l'annullamento d'ufficio della concessione edilizia n. 155/1997, tale legittimo affidamento non è configurabile.

3.2. Quanto all'impugnativa dell'atto di annullamento in autotutela della concessione edilizia n. 155/1997, le parti appellanti anche in questo caso ritengono l'atto illegittimo in quanto la situazione di non conformità agli strumenti urbanistici che ha portato all'annullamento sarebbe in ultima analisi imputabile al medesimo comune, trattandosi di difformità da sempre note all'ente locale che non si sarebbe mai attivato per elidere l'anomalia e anzi avrebbe contribuito nel crearla.

Anche in questo caso il collegio concorda con le conclusioni della sentenza gravata secondo cui “*È dalla errata delimitazione, in sede di frazionamento, dei confini catastali tra le particelle che si è determinata la non rispondenza degli elaborati grafici allegati*

all'istanza di concessione edilizia rispetto allo stato di fatto ed agli elaborati del piano attuativo”.

Gli elaborati grafici sulla base dei quali è stata rilasciata la concessione edilizia, seppure possono corrispondere ai dati catastali, non sono conformi agli elaborati del piano attuativo e, in questo senso, risulta pacifica la difformità della concessione edilizia n. 155/1997 rispetto allo strumento di pianificazione urbanistica.

Della difformità delle opere rispetto agli strumenti urbanistici erano e sono ben consci gli appellanti, tanto è vero che hanno presentato, in data 25 giugno 2019, un'istanza di permesso di costruire volta ad ottenere la sanatoria edilizia per le difformità relative all'area di sedime su cui sorge l'edificio oggetto di ordinanza n. 32 del 3 aprile 2019, senza peraltro impugnare il rigetto della stessa intervenuto con provvedimento del 30 ottobre 2020, a seguito del mancato riscontro a una istanza di chiarimenti.

La concessione edilizia è stata rilasciata sulla base dei grafici e delle dichiarazioni allegate dagli appellanti e, pertanto, le conseguenze negative della non conformità al vero dei suddetti atti non possono che ricadere su chi li ha prodotti.

Anche in questo caso, inoltre, quello che rileva è l'assenza delle condizioni di conformità con gli strumenti urbanistici necessaria al rilascio della concessione edilizia e, al tempo stesso, la circostanza che la stessa sia stata rilasciata sulla base di documentazione fornita dagli appellanti, attestante una conformità in realtà inesistente.

Inoltre, per ciò che concerne l'invocato legittimo affidamento maturato sulla stabilità della concessione edilizia, e più in generale sulla situazione di fatto creata, a parere del collegio nessun legittimo affidamento è invocabile nel caso di specie.

Si devono, infatti, puntualizzare le caratteristiche che deve avere l'aspettativa del privato alla “stabilità” degli atti dell'amministrazione, affinché possa configurarsi un legittimo affidamento.

A quest'ultimo riguardo è necessario che l'affidamento da parte del privato sia incolpevole (Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21).

Così come in materia urbanistica, in relazione all'annullamento di un permesso di costruire, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (29 novembre 2021, n. 19) ha, da un lato, indicato che la presunzione di legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale il confidare nella correttezza del suo operato costituiscono in capo al privato una situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno; dall'altro, ha ribadito che l'affidamento tutelabile deve essere ragionevole, oltretutto incolpevole.

Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, e in cui il privato abbia senza colpa confidato.

La tutela di tale situazione soggettiva si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere e che dunque postulano che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustificano.

Secondo una regola di carattere generale in ambito civile la buona fede "non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave" (art. 1147, c. 2, c.c.), di modo che un affidamento incolpevole non è predicabile innanzitutto nel caso in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. In conformità alla regola civilistica ora richiamata altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario.

In sostanza, nel caso di esercizio del potere di autotutela, la causa di illegittimità o irregolarità che ha portato all'esercizio del suddetto potere non deve essere nota o, comunque, conoscibile sulla base dell'ordinaria diligenza dal privato che confida nella stabilità degli atti posti in essere dall'amministrazione.

Tale principio è ben applicabile al caso in esame, sia per quanto riguarda la situazione che ha cagionato il rigetto dell'istanza di accertamento di conformità, sia per la censura riguardante il provvedimento di annullamento in autotutela della concessione edilizia n. 155/1997.

La discrasia, anche per quanto anzidetto, non si palesa imputabile all'amministrazione e ben gli appellanti e i loro aventi causa potevano essere edotti della stessa, qualora avessero agito secondo diligenza.

Inoltre, al momento dell'acquisto del terreno (21 febbraio 1995), come indicato dalle stesse parti appellanti, la situazione sarebbe stata già nota al *dante causa* (riportano in merito la richiesta non rituale del 30 novembre 1994 di variante di lottizzazione) e gli acquirenti, quindi, non potevano fondare alcun legittimo affidamento e avrebbero potuto conoscere, usando l'ordinaria diligenza, la discrasia che ha portato all'annullamento del titolo abilitativo edilizio.

Risulta determinante, in ogni caso, la circostanza che gli odierni appellanti ben conoscevano la situazione al momento in cui hanno presentato l'istanza di concessione edilizia.

Gli stessi hanno infatti ammesso che in sede di richiesta della concessione edilizia n. 155/1997 il geometra G., da loro incaricato, avrebbe evidenziato le diverse situazioni venutesi a creare: a) quella sul terreno; b) quella catastale; c) quella risultante dai dati della lottizzazione.

Inoltre, in sede di appello i ricorrenti deducono come, in realtà, l'immobile avrebbe subito solo una modesta traslazione dell'area di sedime in sede realizzativa.

Il collegio rileva, innanzitutto, come risulti certa la non conformità urbanistica delle opere e, in ogni caso, lo stesso immobile è oggetto di una ordinanza di demolizione non impugnata.

Inoltre, il collegio ritiene di condividere la motivazione della sentenza gravata secondo cui con il provvedimento qui impugnato l'amministrazione comunale ha rilevato che l'edificio non risulta posto a distanza regolamentare dalla strada di lottizzazione, traslata a monte di circa m. 2,50;

"la difformità appena indicata costituisce il frutto di una non veritiera rappresentazione dello stato dei luoghi contenuta nella documentazione grafica allegata ai fini dell'ottenimento del permesso di costruire n. 155/1997" e che, peraltro, nella "documentazione a corredo dell'istanza di permesso in sanatoria, i ricorrenti non hanno fornito chiarimenti sulla questione della distanza dal confine del lotto, pur a fronte dell'esplicita richiesta formulata in tal senso dall'amministrazione".

Le parti appellanti, infine, hanno contestato come inaccettabile *"la parte della sentenza gravata ove si sostiene che gli attuali appellanti si sarebbero doluti solo della debolezza o assenza della motivazione da parte della pubblica amministrazione nel revocare dopo 25 anni la Ce n. 155/1997 ma non della tardività del provvedimento! Gli attuali appellanti, allora ricorrenti, proprio sul presupposto del legittimo affidamento formatosi dopo 25 anni sulla scorta della buona fede da essi sempre manifestata, hanno lamentato la revoca del provvedimento in assenza – dopo tanto tempo – di una motivazione valida e che non fosse tautologica! È tautologica, infatti, ed inconsistente la motivazione della sentenza ora impugnata sul punto dell'affidamento per lungo decorso del tempo (v. punto 23.1, pp. 17-18), secondo cui gli attuali appellanti avrebbero lamentato, per l'appunto, non tanto il decorso del tempo, quanto la carenza di una motivazione rafforzata da parte della pubblica amministrazione 8) Niente di più lontano dal vero: la lettura del ricorso, chiara ed inequivocabile, sia dal punto di vista di una sua interpretazione letterale che sistematica, rende inequivocabile la denuncia di illegittimità sotto vari profili: del merito, del legittimo affidamento per il decorso del tempo, nonché della mancanza della necessaria motivazione rafforzata; e del fatto che questa motivazione, a fronte dell'aspettativa ultraventennale consolidata (per colpevole inerzia della pubblica amministrazione anche a seguito delle molteplici segnalazioni) non c'è stata, né che può ravvedersi in questa l'interesse di altri privati, atteso che vi si deve ravvisare – al contrario – solo un superiore interesse pubblico che, in un'area interamente privata e senza strutture pubbliche od altro non è proprio ravvisabile!"*

La censura è generica, riproponendo in sostanza i motivi di primo grado senza specificare quali sarebbero state le incongruenze della sentenza impugnata su questo aspetto, sul quale essa ha compiutamente motivato.

La sentenza gravata, con correttezza ed esaustività, sul punto ha motivato il rigetto con le seguenti argomentazioni: gli appellanti *"deducono che l'annullamento d'ufficio della concessione edilizia sa-*

rebbe illegittimo perché il lungo lasso di tempo tra la realizzazione dell'abuso e la sua contestazione e repressione avrebbe imposto all'amministrazione una motivazione 'rafforzata' circa la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse all'irrogazione della sanzione demolitoria.

Il collegio richiama i principi espressi in riferimento alla questione dei presupposti dell'esercizio dell'annullamento in autotutela dei titoli edilizi illegittimi dall'Adunanza plenaria (Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8), secondo la quale, premesso che l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole, deve ritenersi:

«i) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro;

ii) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del ius poenitendi);

iii) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte».

Nel caso di specie, alla luce della base della documentazione in atti, il Comune di Torgiano è venuto a conoscenza delle circostanze poste a fondamento dell'atto di autotutela attraverso gli accertamenti istruttori eseguiti a partire dal mese di settembre 2018 su sollecitazione del sig. M.

Più in particolare, la questione relativa alla distanza tra l'edificio degli odierni ricorrenti e il limite del lotto (coincidente con l'angolo della "racchetta stradale") ha costituito l'aspetto più controverso nel procedimento avviato con la presentazione, da parte degli stessi ricorrenti, dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria del 25 giugno 2019. Negli elaborati allegati alla stessa domanda il valore della suddetta distanza non risultava indicato, tanto da indurre il Comune di Torgiano, con nota del 15 aprile 2020 a chiedere chiarimenti sul punto e a sospendere il pro-

cedimento. Secondo quanto riferito dal comune, l'invito rimaneva senza riscontro degli interessati, mentre dalla misurazione effettuata sull'elaborato prodotto dagli stessi risulta che, effettivamente, la distanza tra il fabbricato e il confine del lotto è pari a m. 4,70, e dunque inferiore a quella minima consentita [...]. I ricorrenti non si dolgono della intemperività dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione resistente, quanto, piuttosto, del mancato assolvimento dell'obbligo di "motivazione rafforzata" sulla stessa amministrazione gravante in ragione del lungo tempo trascorso dal rilascio del titolo poi annullato.

Il collegio, richiamando il principio espresso dall'Adunanza plenaria in ordine alla inconfigurabilità di una posizione di legittimo affidamento quando l'annullamento d'ufficio muova dalla non veritiera (o reticente) prospettazione, da parte del privato, delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo, non condivide le doglianze dei ricorrenti.

Il provvedimento di annullamento risulta motivato con riferimento alla non conformità della distanza dell'edificio rispetto alla viabilità di lottizzazione a fondo cieco.

Inoltre, nella motivazione del provvedimento si dà conto del tempo trascorso dal rilascio del titolo edilizio e dell'interesse dei suoi titolari, ma si tiene conto anche dell'interesse dei controinteressati (come sopra riferito, gli accertamenti dell'amministrazione erano stati sollecitati dal sig. M., il quale aveva rappresentato le difficoltà nell'accesso al proprio lotto causate dalla mancata realizzazione della strada di lottizzazione) e si ritiene comunque preminente ed attuale l'interesse pubblico al ripristino della corretta e funzionale pianificazione urbanistica.

Pur nella sinteticità dei riferimenti contenuti nella motivazione, dunque, deve ritenersi che il provvedimento di annullamento dia comunque conto, per giustificare la rimozione della concessione edilizia illegittima, della necessità del ripristino della viabilità della lottizzazione e degli accessi agli altri lotti».

4) Per le suseposte ragioni l'appello va rigettato.

La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 gennaio 2015, n. 5 nonché Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242), e le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663 e per il Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2022, n. 339), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e

comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le specifiche circostanze inerenti al ricorso in esame costituiscono elementi che militano per l'applicazione dell'art. 92 c.p.c., come richiamato espressamente dall'art. 26, c. 1, c.p.a. e depongono per la compensazione delle spese del grado di giudizio di appello tra le parti.

P.q.m., il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. II, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

La responsabilità civile della pubblica amministrazione

Il Consiglio di Stato con la sentenza in esame, chiamato a pronunciarsi su una decisione del Tar Umbria, nel confermare l'orientamento espresso dal giudice di prime cure, offre lo spunto per interessanti riflessioni non soltanto in materia urbanistica (in particolare, per aver ribadito il principio della doppia conformità dell'intervento urbanistico sia al momento della realizzazione che della presentazione della domanda di concessione in sanatoria), ma anche in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie il principio affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2018, n. 5 – espresso in tema di responsabilità precontrattuale ma cui può riconoscersi valenza più generale – viene esteso anche all'attività autoritativa della pubblica amministrazione, nella quale essa è tenuta a rispettare oltre *“alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza”*.

La discussa questione sulla natura giuridica della responsabilità civile della pubblica amministrazione per quanto riguarda l'attività provvedimentale ha subito una importante svolta a partire dalla storica pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, in cui la Corte Suprema, oltre ad aver sancito per la prima volta la risarcibilità del danno derivante da lesione di interesse legittimo, ha inquadrato la connessa responsabilità dell'ente pubblico sotto l'egida dell'art. 2043 c.c. Secondo tale indirizzo giurisprudenziale consolidato, la responsabilità non è ritenuta correlata alla sola illegittimità del provvedimento, ma ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento dell'elemento soggettivo e della con-

notazione dell'azione amministrativa come fonte di danno ingiusto.

In giurisprudenza si possono, tuttavia, cogliere alcuni orientamenti discordanti rispetto alla tesi prevalente, in cui è applicata la tesi della responsabilità da *“contatto sociale qualificato”* tra privato e pubblica amministrazione, instauratosi con l'avvio del procedimento amministrativo. Nelle applicazioni di tale teoria il tratto peculiare della responsabilità viene colto nel fatto che il comportamento illecito si inserisce nell'ambito di un procedimento amministrativo in cui l'amministrazione deve osservare regole predefinite, procedurali e sostanziali, che determinano le modalità di svolgimento della sua stessa azione. Il fondamento giuridico a sostegno di detta impostazione è *“rintracciabile”*, quindi, nella legge sul procedimento amministrativo che determinerebbe, ai sensi dell'art. 1173 c.c., il sorgere di obblighi di protezione in capo all'amministrazione, la cui violazione dà luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento. La relazione che si instaura tra il privato e l'amministrazione nel corso del procedimento è idonea di per sé a fondare un rapporto generatore di obblighi, il cui inadempimento configura un autonomo titolo dell'obbligazione risarcitoria. Tale rapporto tra privato e pubblica amministrazione è mutato nel tempo: la pubblica amministrazione, da organo caratterizzato da una posizione di supremazia rispetto al privato, è divenuto un organo che, in ossequio al principio di buona amministrazione, si pone al servizio del cittadino stesso.

Per ulteriore impostazione, la responsabilità della pubblica amministrazione andrebbe qualificata come responsabilità precontrattuale: il rapporto tra privato ed amministrazione sarebbe paragonabile a quello intercorrente tra le parti durante le trattative per la stipulazione di un contratto, da cui discenderebbe per entrambi il dovere di comportarsi secondo buona fede. L'istituto della responsabilità precontrattuale ha impegnato la giurisprudenza soprattutto nell'ambito degli appalti pubblici i cui contrasti giurisprudenziali hanno trovato, parziale soluzione nella citata Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2018, n. 5.

Non sono mancate, infine, pronunce nel senso di una responsabilità speciale in capo alla pubblica amministrazione in caso di attività provvedimentale illegittima, sulla scorta di una natura assolutamente *sui generis* della stessa destinata a partecipare di volta in volta alle peculiarità proprie sia della responsabilità contrattuale, sia di quella extracontrattuale.

Centrale nella pronuncia in commento appare il principio secondo il quale le norme generali dell'ordinamento civile, che impongono di agire con lealtà e correttezza, diffusamente applicate nella responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, sono state ritenute applicabili in alcuni casi (a partire della famosa Ad. plen. n. 5/2018) anche allo svolgimento dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione, aprendo la strada ad un'ulteriore forma di responsabilità della pubblica amministrazione.

ne per “*comportamento scorretto*”. L’orientamento è stato inaugurato con tre ordinanze gemelle: Cass., S.U., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596. Le prime due in materia di concessione edilizia e l’ultima in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. In particolare, le ordinanze hanno avuto ad oggetto azioni risarcitorie nei confronti di una pubblica amministrazione, intentate da soggetti che avevano beneficiato degli effetti favorevoli di un provvedimento, poi annullati. Secondo la Cassazione sussisterebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo se il ricorrente volesse dolersi dell’illegittimità dei danni derivanti da un qualche atto della pubblica amministrazione, ma una volta intervenuto legittimamente l’annullamento del provvedimento può rilevare esclusivamente una diversa situazione, sulla quale fondare il risarcimento del danno, imputabile ad una condotta scorretta dell’amministrazione, consistita nell’emissione di atti favorevoli, poi annullati e che è configurabile come situazione giudica di diritto soggettivo (cfr. Cass., S.U., 22 gennaio 2015, n. 1162; 4 settembre 2015, n. 17586; Sez. I, 18 marzo 2016, n. 5443; 22 maggio 2017, n. 12799; 22 giugno 2017, n. 15640. Più recentemente anche Cass., S.U., 8 marzo 2019, n. 6885.)

Sotto l’influsso del diritto comunitario che ha riconosciuto rilevanza al principio di buona fede e di affidamento anche nell’ambito del diritto amministrativo, attualmente la dottrina non pone in dubbio né l’applicazione del principio di buona fede al diritto amministrativo, né il riconoscimento della tutela dell’affidamento del cittadino anche nei confronti delle istituzioni pubbliche. Affidamento che, come ribadito anche nella sentenza in commento, deve risultare incolpevole (si vedano, altresì, le pronunce del Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21). Nel caso di specie viene esplicitamente richiamato l’art. 1147, c. 2, c.c., secondo il quale, in base ad una regola di carattere generale in ambito civile, la buona fede non giova “*se l’ignoranza dipende da colpa grave*”. Pertanto, un affidamento incolpevole non è predicabile innanzitutto nel caso in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l’amministrazione ad emanare il provvedimento; altrettanto è a dirsi se l’illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario.

“In sostanza, nel caso di esercizio del potere di autotutela, la causa di illegittimità o irregolarità che ha portato all’esercizio del suddetto potere non deve essere nota o, comunque, conoscibile sulla base dell’ordinaria diligenza dal privato che confida nella stabilità degli atti posti in essere dall’amministrazione”.

SILVIA CALZETTA

1312 – Consiglio di Stato, Sezione III; sentenza 7 febbraio 2023; Pres. Maruotti, Est. Fedullo; A.S. e altri c. Ministero dell’interno e altri.

Conferma Tar Molise, Sez. I, 18 maggio 2017, n. 186.

Contabilità regionale e degli enti locali – Comune – Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti – Controllo di legalità finanziaria – Comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria – Pronuncia specifica – Caratteristiche.

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, art. 148-bis; l. 23 dicembre 2005, n. 266, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006), art. 1, cc. 166 ss.

Nell’ambito del controllo di legalità finanziaria introdotto a partire dal 2006 nei confronti degli enti locali, la “specifica pronuncia” con cui le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti accertano “comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità”, in vista dell’adozione da parte dell’ente locale sottoposto a controllo di idonee misure correttive, ha carattere conclusivo del relativo procedimento, pur costituendo – in ragione della finalità collaborativa e non meramente sanzionatoria del controllo in questione – il segmento di un rapporto continuativo tra l’ente medesimo e la magistratura contabile. (1)

(1) Sui caratteri delle pronunce rese dalle sezioni regionali nell’esercizio del controllo di legalità finanziaria

I. - Con deliberazione n. 66/2012 la Sezione di controllo molisana accertava il mancato rispetto per l’anno 2010, da parte del Comune di Isernia, dell’allora patto di stabilità interno (da ultimo disciplinato dall’art. 31 l. 12 novembre 2011, n. 183, come successivamente modificato dall’art. 1, cc. 428-477, l. 24 dicembre 2012, n. 228), segnalando al consiglio comunale i comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria rilevati, per le valutazioni di competenza e le idonee misure correttive da adottare negli esercizi finanziari successivi, ai sensi dell’art. 1, c. 168, l. n. 266/2005.

Con delibera del luglio 2012 il commissario prefettizio di Isernia prendeva atto e faceva propri i rilievi formulati dal giudice contabile con la citata deliberazione n. 66/2012; in particolare, provvedeva a riapprovare il rendiconto di gestione dell’anno 2010 e a riformulare (trasmettendola al Mef) la certificazione inerente al patto di stabilità interno per l’anno 2010, attestandone il mancato rispetto.

Con decreto del Ministero dell’interno dell’agosto 2013 veniva irrogata la sanzione connessa con l’accertato mancato rispetto del patto di stabilità interno.

Alcuni ex amministratori ed elettori del Comune di Isernia ricorrevano innanzi al Tribunale amministrativo regionale, chiedendo l’annullamento della deliberazione della Sezione molisana e della successiva delibera commissariale nonché (con ricorso per motivi aggiunti) del decreto ministeriale di irrogazione della sanzione.

L’adito tribunale:

- con sentenza non definitiva (novembre 2014), dichiarava improcedibile il ricorso principale, dando atto, da un lato, della rinuncia da parte dei ricorrenti ai motivi concernenti la deliberazione n. 66/2012 e, dall’altro lato, del superamento della delibera commissariale (censurata nella parte in cui non prevedeva

va l'invio da parte del comune di tutta la documentazione tecnica ritenuta necessaria per una compiuta istruttoria dall'avvenuto invio della medesima documentazione, a cura dei ricorrenti e su impulso (ordinanza cautelare) del medesimo tribunale;

- con sentenza definitiva (maggio 2017), rigettava i motivi di censura intesi a sostenere che, dopo l'invio dei documenti e delle osservazioni alla Sezione di controllo molisana, la deliberazione n. 66/2012 non sarebbe più stata idonea a giustificare la sanzione applicata dal ministero, avendo il predetto deposito determinato la riapertura del procedimento di controllo da parte della Corte dei conti; con la conseguenza che l'assenza di pronuncia specifica di quest'ultima in merito ai chiarimenti forniti sarebbe stata equivalente a un riscontro positivo sulla gestione finanziaria e contabile del comune nell'anno di riferimento, facendo venir meno il presupposto giustificativo della sanzione applicata.

II. - Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'appello proposto avverso la sentenza da ultimo citata, confermandone l'impianto argomentativo.

In particolare, il giudice amministrativo ha chiarito che la "specifica pronuncia" (ex art. 1, cc. 166 ss., l. n. 266/2005 e art. 148-bis Tuel) – con cui il giudice contabile accerta comportamenti contrari alla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti dall'allora vigente patto di stabilità interno, in vista dell'adozione di idonee misure correttive da parte dell'ente controllato – chiude il relativo procedimento: "ciò sebbene, in ragione della finalità collaborativa – e non meramente sanzionatoria – del controllo in questione, in quanto essenzialmente proteso al superamento delle irregolarità riscontrate e al ripristino di un sistema di corretta gestione contabile-finanziaria dell'ente, in un'ottica di salvaguardia dei complessivi equilibri economico-finanziari della Repubblica, esso, sebbene riferito ad una specifica annualità, costituisce solo il segmento di un rapporto tra l'ente controllato e l'organo di supervisione contabile che, per garantire l'efficienza e l'efficacia del controllo, ha necessariamente carattere continuativo, costituendo parte integrante dello stesso la verifica dell'avvenuta effettiva attuazione delle richieste misure correttive e del riallineamento della gestione dell'ente a criteri di correttezza contabile e regolarità economico-finanziaria".

In linea con tale conclusione, il Consiglio di Stato ha respinto la deduzione intesa a far discendere l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio ministeriale dal silenzio-assenso formatosi all'esito del procedimento di controllo della sezione regionale della Corte dei conti, per effetto del mancato riscontro dato da quest'ultima alle osservazioni prodotte dai ricorrenti in ossequio all'ordinanza cautelare del Tar molisano.

Secondo il giudice amministrativo, «In primo luogo, anche ammettendo l'inquadramento amministrativo "puro" dell'attività di controllo della Corte dei conti che la deduzione presuppone, deve osservarsi che l'istituto invocato si attaglia ai "procedimenti ad istanza di parte", quale non può essere considerato quello in esame, che costituisce espressione della funzione obbligatoria di controllo riservata al suddetto Organo dello Stato-comunità"; inoltre, "fa difetto nella specie lo stesso presupposto del "silenzio", strutturalmente necessario per configurare l'effetto legale di "accoglimento", in quanto, essendosi il procedimento di controllo definito con la deliberazione n. 66/2012, la più pertinente qualificazione del risultato giuridico astrattamente discendente dal deposito documentale effettuato dai ricorrenti sulla scorta dell'ordinanza cautelare [...] sarebbe, come affermato dal Tar (e contestato dagli appellanti), quello dell'eventuale "riesame" del suddetto provvedimento conclusivo, il cui svolgimento tuttavia, anche rimanendo nel solco di una qualificazione meramente amministrativa dell'attività di

controllo della Corte dei conti, ha carattere notoriamente facoltativo».

III. - Sulla natura delle pronunce rese dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti nell'esercizio dei poteri ex art. 148-bis Tuel (introdotto dal d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213), v. Corte cost. n. 18/2019 (in questa *Rivista*, 2019, 1, 212, con nota di C. Forte, M. Pieroni, *Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 2019*), che segna un importante passaggio, realizzando l'assimilazione della funzione di controllo in esame al sindacato giurisdizionale.

Nel risolvere in senso positivo la questione della legittimazione delle sezioni regionali di controllo a sollevare questione di legittimità costituzionale nell'ambito della pronuncia sul piano di riequilibrio finanziario pluriennale (art. 243-bis ss. Tuel), il giudice delle leggi, ha affermato quanto segue.

"Sull'ascrivibilità del sindacato sui bilanci degli enti territoriali alla categoria del controllo di legittimità, l'orientamento di questa Corte è costante (*ex plurimis*, sent. n. 40 e n. 39/2014, n. 60/2013) fin dalle riforme introdotte dal citato d.l. n. 174/2012".

Come evidenziato nelle richiamate pronunce, la sua disciplina risponde all'esigenza di renderlo funzionale al rispetto dei vincoli nazionali ed europei e di ricondurlo al vaglio unitario di una magistratura specializzata, in modo da affrancarlo da ogni possibile contaminazione di interessi che privilegiano, non di rado, la sopravvivenza di situazioni patologiche rispetto al trasparente ripristino degli equilibri di bilancio e della sana gestione finanziaria, elementi questi ultimi che la nuova formulazione dell'art. 97, c. 1, Cost. collega alla garanzia di legalità, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa.

La forma della sentenza (articolata in motivazione in diritto e dispositivo) con cui si configurano le deliberazioni di controllo sulla legittimità dei bilanci e delle gestioni finanziarie a rischio di dissesto – e la sottoposizione di tali deliberazioni alla giurisdizione esclusiva delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione – determinano un'integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica, ove sono custoditi interessi costituzionalmente rilevanti, sia adespoti (e quindi di difficile giustiziabilità), sia inerenti alle specifiche situazioni soggettive la cui tutela è affidata, *ratione materiae*, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile (artt. 11, c. 6, lett. a ed e, e 172 ss., d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante "Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'art. 20 della l. 7 agosto 2015, n. 124").

Peraltro, il controllo di legittimità-regolarità sui bilanci presenta – rispetto al controllo sugli atti – un ulteriore carattere che lo avvicina ancor più al sindacato giurisdizionale.

Infatti, mentre le pronunce di controllo di legittimità sugli atti possono essere in qualche modo disattese dal Governo, ricorrendo alla registrazione con riserva, e dagli stessi giudici delle altre magistrature, nei confronti sia degli atti che hanno ottenuto la registrazione, sia delle situazioni generate dal diniego di visto, l'accertamento effettuato nell'esercizio di questo sindacato di legittimità sui bilanci "fa stato" nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei conti, Sezioni riunite in speciale composizione. Quello così instaurato è – come detto – un giudizio a istanza di parte, riservato alla giurisdizione esclusiva della magistratura contabile, caratterizzato dalla presenza del Procuratore generale della Corte dei conti in rappresentanza degli interessi adespoti di natura finanziaria, che costituisce l'unica sede in cui possono essere fatti valere gli interessi dell'amministrazione sottoposta al controllo e degli altri sog-

Fatto e diritto –1. I signori *Omissis*, in qualità di ex amministratori e cittadini-elettori del Comune di Isernia, hanno adito il Tar per il Molise al fine di chiedere l’annullamento della delibera 28 marzo 2012 n. 66, con la quale la Sezione di controllo della Corte dei conti di Campobasso ha accertato il mancato rispetto, da parte del suddetto comune, del patto di stabilità interno per l’anno 2010, segnalando al Consiglio comunale i comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria rilevati, per le valutazioni di competenza e le idonee misure correttive da adottare negli esercizi finanziari successivi, ai sensi dell’art. 1, c. 168, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (“*disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2006*”), ai sensi del quale “*le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, qualora accertino, anche sulla base delle relazioni di cui al c. 166, comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto, adottano specifica pronuncia e vigilano sull’adozione da parte dell’ente locale delle necessarie misure correttive e sul rispetto dei vincoli e limitazioni posti in caso di mancato rispetto delle regole del patto di stabilità interno*”.

Essi hanno impugnato anche, con il ricorso introduttivo del giudizio, la delibera del commissario prefettizio del Comune di Isernia n. 8 del 16 luglio 2012, avente ad oggetto la presa d’atto ed il recepimento della suddetta pronuncia, nella parte in cui non ha invitato all’organo di controllo le pertinenti osservazioni e la documentazione tecnica ritenuta necessaria per una compiuta istruttoria, prestando in tal modo acq-

getti che si ritengano direttamente incisi dalla pronuncia della sezione regionale di controllo.

Dunque, in aggiunta ai caratteri che furono ritenuti sufficienti dalla sentenza n. 226/1976 di questa Corte per sollevare l’incidente di costituzionalità nell’esercizio del controllo di legittimità sugli atti di Governo, il controllo che viene all’esame in questa sede è munito di una definitività che non è reversibile se non a opera della stessa magistratura dalla quale il provvedimento promana.

In sostanza, il sistema giustiziale inerente al controllo di legittimità sui bilanci si connota di norme sostanziali, procedurali e processuali che, attraverso reciproche interconnessioni, mirano, da un lato, a supportare gli enti locali impossibilitati a riequilibrare i propri bilanci attraverso le procedure ordinarie, offrendo un’alternativa alla dichiarazione di dissesto e, dall’altro, ad assicurare la necessaria vigilanza-ingerenza, tanto nella fase di approvazione, quanto in quella attuativa”.

IV. - In argomento v. S.A. Dorigo, *Il controllo di legalità finanziaria sui bilanci di previsione e sui rendiconti degli enti locali*, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smirolfo (a cura di), *La Corte dei conti – Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè Francis Levebvre, 2022, 1299 ss.; T. Tessaro, *I controlli della Corte dei conti sui bilanci armonizzati degli enti locali e del Servizio sanitario nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2022, 379 ss.; F. Petronio, *I controlli sulle autonomie e la tendenza alla giurisdizionalizzazione del controllo*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 56 ss.; O. Caleo, *La giustiziabilità delle delibere di controllo della Corte dei conti: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *Azienditalia*, 2019, 10, 1378 ss. e 11, 1511 ss. [G. NATALI]

scenza ai rilievi concernenti le segnalate irregolarità finanziarie.

2. Con l’ordinanza 23 novembre 2012, n. 168, il Tar ha accolto in parte la domanda cautelare formulata insieme al ricorso, disponendo, a cura dei ricorrenti, la trasmissione alla competente Sezione regionale di Controllo della Corte dei conti “delle osservazioni e dei documenti”.

3. Gli esponenti hanno provveduto all’adempimento depositando in data 20 dicembre 2012 le osservazioni e le controdeduzioni ai rilievi mossi dalla Corte dei conti, con la citata deliberazione n. 66/2012.

4. Con successivi motivi aggiunti, i ricorrenti hanno impugnato il d.m. 29 agosto 2013, recante l’applicazione della sanzione di euro 507.179,37 a carico del Comune di Isernia in conseguenza del mancato rispetto del patto di stabilità interno per l’anno 2010.

5. Con la sentenza non definitiva n. 617 del 13 novembre 2014, il Tar ha dichiarato improcedibile il ricorso principale, dando atto, da un lato, della avvenuta rinuncia da parte dei ricorrenti ai motivi concernenti la determinazione della Corte dei conti n. 66/2012, dall’altro lato, del fatto che la deliberazione commissariale n. 8/2012, censurata nella parte in cui non prevedeva l’invio da parte del comune di tutta la documentazione tecnica ritenuta necessaria per una compiuta istruttoria, era stata superata dall’avvenuto invio della medesima documentazione, a cura dei ricorrenti e su impulso (cautelare) del medesimo Tribunale.

Quanto ai motivi aggiunti, il Tar, con la predetta sentenza, ha disposto istruttoria chiedendo ai Ministeri intimati: a) copia del decreto del 29 agosto 2013 con gli estremi della sua notificazione o comunicazione al comune; b) documentati chiarimenti in ordine alla sua eventuale esecuzione o sostituzione con altro provvedimento adottato previa valutazione della documentazione depositata su impulso del Tribunale; c) ogni altro documento o notizia ritenuti utili ai fini della decisione.

6. Al suddetto incombente l’amministrazione ha dato seguito mediante la produzione documentale del 19 febbraio 2015.

7. Con la sentenza n. 186 del 18 maggio 2017, oggetto del presente giudizio di appello, il Tar per il Molise, previa reiezione dell’eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla difesa erariale, ha esaminato, con esito complessivamente reiettivo, i motivi di censura intesi a sostenere che, dopo l’invio dei documenti e delle osservazioni alla Sezione di Controllo della Corte dei conti, avvenuto in data 20 dicembre 2012 in esecuzione dell’ordinanza cautelare n. 168/2012, la deliberazione n. 66/2012 non sarebbe più stata idonea a giustificare la sanzione applicata dal ministero, avendo il predetto deposito determinato la riapertura del procedimento di controllo da parte della Corte dei Conti, laddove l’assenza di pronuncia specifica di

quest'ultima in merito ai chiarimenti forniti equivarrebbe a riscontro positivo sulla gestione finanziaria e contabile del comune nell'anno di riferimento, con il conseguente venir meno del presupposto giustificativo della sanzione applicata.

Il Tar ha osservato, in senso contrario, che “nessuna norma di legge consente di riconoscere al silenzio serbato dalla sezione di controllo sulla documentazione inviata dei ricorrenti il valore di riscontro favorevole sulla gestione finanziaria contabile oggetto di verifica, con conseguente caducazione del presupposto giustificativo della sanzione applicata, tenuto altresì conto che l'art. 20 della l. n. 241/1990, invocato dai ricorrenti, si applica ai procedimenti amministrativi in senso stretto tra i quali non sono annoverabili quelli di controllo sulla regolarità contabile e finanziaria riservati alla competenza esclusiva della Corte dei conti. È piuttosto vero il contrario, nel senso che, in assenza di un obbligo di riesame in capo alla sezione di controllo della Corte dei conti, alla luce della documentazione e dei chiarimenti sopravvenuti, la deliberazione n. 66/2012 resta valida ed efficace e con essa la legittimità del decreto ministeriale del 29 agosto 2013 che ne rappresenta un mero atto consequenziale e vincolato. Del resto né i ricorrenti né il Ministero dell'Interno – a seguito dei chiarimenti richiesti dal Tar con la sentenza non definitiva n. 617/2014 – hanno potuto depositare documentazione attestante anche solo l'avvio del procedimento di riesame dell'iter di certificazione al rendiconto di bilancio riferito alla annualità in contestazione sicché la deliberazione n. 66/2012 deve ritenersi allo stato definitiva – in mancanza di contestazione dinanzi alle sezioni riunite della Corte dei conti ex art. 243-quater del d.lgs. n. 267/2000 – mentre la sanzione applicata costituisce atto dovuto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, c. 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149”.

8. La sentenza suindicata costituisce oggetto dei motivi di appello formulati dagli originari ricorrenti – sebbene l'appellante sig. Omissis vi abbia successivamente rinunciato, con dichiarazione depositata in data 26 agosto 2021 – ed al cui accoglimento si oppongono le amministrazioni appellate, le quali hanno contribuito al dibattito processuale anche attraverso la produzione delle relazioni predisposte per il primo ed il secondo grado di giudizio dall'ufficio legale e documentazione della Corte dei conti.

9. Le censure intese a conseguire la riforma della sentenza appellata possono essere riassunte nei termini che seguono. Dopo un'ampia premessa intesa a dimostrare l'insussistenza dei profili di irregolarità della gestione finanziaria e di mancato rispetto del patto di stabilità costituenti oggetto dei rilievi formulati dalla Sezione di controllo della Corte dei conti con la delibera n. 66/2012, deducono in primo luogo gli appellanti che la delibera del commissario prefettizio n. 8/2012, nell'accettare i suddetti rilievi, non ha considerato che, con la pronuncia dell'organo di controllo, si era esaurita solo la prima delle fasi della procedura disciplinata dall'art. 6, c. 2, d.lgs. 6 dicembre 2011, n.

149: la prima fase, infatti, ha ad oggetto l'accertamento della presenza di gravi anomalie nella gestione finanziaria e la individuazione di idonee misure correttive, la seconda, invece, mira a verificare se l'ente abbia adottato le suddette misure entro il termine assegnato, al fine di stabilire se le stesse siano idonee a porre rimedio alla situazione di irregolarità e di squilibrio finanziario ovvero sia necessario formulare “un giudizio prognostico sulla situazione di potenziale dissesto”, in vista della eventuale trasmissione degli atti al prefetto ed alla conferenza permanente di cui all'art. 5 l. 9 febbraio 2009, n. 42.

Deducono quindi gli appellanti che, avendo la Corte dei conti, con la predetta deliberazione n. 66/2012, segnalato al consiglio comunale “le gravi irregolarità rilevate ed i comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria, per le valutazioni di competenza”, il commissario avrebbe dovuto – dopo aver acquisito i chiarimenti interni degli uffici contabili e dei revisori dei conti – controdedurre e rimettere la documentazione in possesso alla Corte dei conti.

Avendo quindi lo stesso Tar, con l'ordinanza n. 168/2012, imposto ai ricorrenti di depositare gli atti in questione alla Corte dei conti – adempimento cui i medesimi hanno effettivamente provveduto – deducono gli appellanti che essi non avevano più interesse a procedere avverso la determinazione della Corte dei conti n. 66/2012, tanto che il medesimo Tar, con la sentenza n. 617/2014, ha dichiarato l'improcedibilità in parte qua del ricorso.

Espongono altresì gli appellanti che il termine entro il quale la Corte dei conti deve completare il controllo è previsto nel massimo di un anno dalle linee guida del 16 maggio 2011, n. 5 (“modalità e strumenti della fase istruttoria”, punto 4.19), laddove prevedono che “Di regola, il compimento dell'istruttoria e il deposito della bozza di relazione intervengono entro un anno dall'assegnazione dell'indagine. Il termine può essere differito, sentito il presidente, ove sussistano fondate ed obiettive ragioni”.

Essi affermano quindi che manca allo stato, né può essere più adottata in ragione del decorso del suddetto termine, una specifica pronuncia (negativa) della Corte dei conti, la quale si rende necessaria solo allorché siano accertati comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti dal patto di stabilità interno.

Espongono ancora gli appellanti che dai parametri ai quali, ai sensi dell'art. 7, c. 5, l. n. 131/2003, deve ispirarsi il medesimo controllo (a. rispetto degli equilibri di bilancio, in relazione al patto di stabilità ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza all'Ue; b. perseguimento degli obiettivi posti dalle leggi statali o regionali di principio e di programma; c. sana gestione finanziaria degli enti locali) discende la necessità di un termine entro il quale esso deve esplicarsi, proprio al fine di consentire tempestivamente l'applicazione da parte dell'ente locale di misure correttive ove siano riscontrate anomalie e irregolarità.

Essi richiamano altresì, a supporto della loro posizione, il disposto dell'art. 148-bis Tuel, ai sensi del quale *“le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti esaminano i bilanci preventivi e i rendiconti consuntivi degli enti locali ai sensi dell'art. 1, cc. 166 ss., l. 23 dicembre 2005, n. 266, per la verifica del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'art. 119, c. 6, Cost., della sostenibilità dell'indebitamento, dell'assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti”*, mentre l'accertamento di irregolarità comporta *“per gli enti interessati l'obbligo di adottare, entro sessanta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia di accertamento, i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio. Tali provvedimenti sono trasmessi alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti che li verificano nel termine di trenta giorni dal ricevimento”*.

Deducono quindi gli appellanti che nel caso di specie, a seguito della riattivazione del procedimento su impulso del Tar (cfr. ordinanza cautelare n. 168/2012), la Sezione di controllo della Corte dei conti non ha richiesto alcun ulteriore provvedimento (o chiarimento) all'ente per rimuovere le irregolarità e ripristinare gli equilibri di bilancio, ritenendo evidentemente esaustivi quelli trasmessi.

Evidenziano inoltre gli appellanti che, ai sensi dell'art. 7, c. 7, l. 5 giugno 2003, n. 131, il controllo è finalizzato all'adozione di effettive misure correttive da parte degli enti interessati, essendo un provvedimento negativo esplicito della Corte dei conti necessario solo quando la Sezione accerti la sussistenza *“di squilibri economico-finanziari, della mancata copertura di spese, della violazione di norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria, o del mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno”*, laddove, in caso di mancata trasmissione dei provvedimenti correttivi o di esito negativo della valutazione, *“è preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria”*.

Deducono quindi gli appellanti che l'esito *“positivo”* (tacito) del controllo in esame ha determinato la caducazione della sanzione disposta con il decreto ministeriale impugnato innanzi al Tar con i motivi aggiunti, il quale si rivela quindi illegittimo per assenza di presupposti: né, essi proseguono, potrebbe più averci un esito negativo del controllo di gestione, essendo spirato il relativo termine procedimentale, come innanzi evidenziato.

Essi contestano poi, sulla base delle predette argomentazioni, l'affermazione del Tar secondo cui non sussisterebbe alcun obbligo di riesame da parte della Corte dei conti, essendo configurabile, piuttosto che un *“riesame”*, la mera prosecuzione del procedimento

già avviato, cui ha dato impulso il medesimo Tar con la citata ordinanza n. 168/2012.

Allegano ancora gli appellanti che l'art. 20, ultimo comma, l. n. 241/1990 rinvia alle disposizioni che stabiliscono regole equipollenti sul silenzio assenso, comprese le norme interne innanzi menzionate, ed affermano che il procedimento di *“controllo”* innanzi alla Corte dei conti, pur essendo di competenza esclusiva della stessa, è pur sempre un procedimento amministrativo che deve svolgersi secondo le pertinenti regole di settore.

Deducono inoltre gli appellanti che la determina della Corte dei conti n. 66/2012 poteva essere ritenuta definitiva solo per effetto della illegittima delibera commissariale n. 8/2012, ma, una volta che la sua efficacia è stata sospesa e si è consentito la continuazione dell'iter del controllo, la stessa non è più valida, né efficace né vincolante, con la conseguente insussistenza del potere sanzionatorio del Ministero, essendo la sanzione intervenuta solo in quanto il comune si era *“adeguato”* alla determina della Corte dei conti ma la stessa, per effetto degli ulteriori eventi innanzi descritti, *“o è decaduta o è illegittima”*.

Infine, gli appellanti contestano la statuizione di condanna degli stessi alla refusione delle spese a favore del Ministero dell'Interno recata dalla sentenza appellata, siccome contrastante con la compensazione disposta nei confronti delle altre parti in ragione della *“novità della questione”*.

10. Ritiene la Sezione che l'appello non sia fondato, oltre a presentare i profili di inammissibilità che si evidenzieranno più avanti.

11. Come si evince dall'esposizione che precede, all'origine della vicenda che viene oggi all'esame del collegio è la delib. n. 66/2012 del 3 maggio 2012, resa all'esito dell'adunanza del 28 marzo 2012, con la quale la Sezione regionale di controllo per il Molise della Corte dei conti ha esercitato il potere di controllo di cui all'art. 1, cc. 166 ss., l. 23 dicembre 2005, n. 266 (*“disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2006”*), relativamente al rendiconto 2010 del Comune di Isernia.

Tali disposizioni prevedono che: *“Ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria trasmettono alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo”* (c. 166); *“La Corte dei conti definisce unitariamente criteri e linee guida cui debbono attenersi gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria nella predisposizione della relazione di cui al c. 166, che, in ogni caso, deve dare conto del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'art. 119, ultimo comma, Cost., e di ogni grave irregolarità con-*

tabile e finanziaria in ordine alle quali l'amministrazione non abbia adottato le misure correttive segnalate dall'organo di revisione" (c. 167); "Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, qualora accertino, anche sulla base delle relazioni di cui al c. 166, comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto, adottano specifica pronuncia e vigilano sull'adozione da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive e sul rispetto dei vincoli e limitazioni posti in caso di mancato rispetto delle regole del patto di stabilità interno" (c. 168, vigente *ratione temporis*).

11. In effetti, con la citata deliberazione, l'organo di controllo ha rilevato "alcune irregolarità o criticità che interessano distinte aree gestionali" (tra le quali: "mancata adozione da parte dell'ente di misure correttive più volte sollecitate con deliberazioni di questa sezione", "ritardata approvazione del rendiconto dell'esercizio 2010", mancata predisposizione del "rapporto relativo all'analisi e revisione delle procedure di spesa previsto dall'art. 9 d.l. n. 78/2009", ecc.), nonché, per quanto più direttamente attiene al presente giudizio, il fatto che, come certificato dallo stesso organo interno di revisione in sede di parere sullo schema di rendiconto 2010, l'ente locale non aveva rispettato gli obiettivi del patto di stabilità interno per l'anno 2010 stabiliti dall'art. 77-bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008, in contrasto con la certificazione attestante il rispetto del patto trasmessa dal comune al Ministero dell'economia in data 29 marzo 2011.

1344 – Consiglio di Stato, Sezione VII; sentenza 7 febbraio 2023; Pres. Lipari, Est. De Berardinis; *Omissis* c. Presidenza del Consiglio dei ministri e altri. *Riforma Tar Omissis*.

Corte dei conti – Consigliere di nomina regionale – Anzianità di servizio quadriennale – Trattamento economico equiparato a quello di presidente di sezione – Spettanza.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; l. 5 agosto 1998, n. 303, nomina di professori universitari e di avvocati all'ufficio di consigliere di Cassazione, in attuazione dell'art. 106, c. 3, Cost., art. 5, c. 2; l. 23 dicembre 2000, n. 388, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001), art. 50, c. 4; l. 5 giugno 2003, n. 131, disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 7, cc. 7 e 8-bis.

Al consigliere della Corte dei conti di designazione regionale spetta il trattamento economico corrispondente alla qualifica di presidente di sezione in ragione della maturazione di quattro anni di anzianità di servizio nella qualifica di consigliere, atteso che è equiparato ad ogni effetto, per la durata dell'incarico,

agli altri consiglieri di diversa provenienza (concorsuale o governativa); infatti, l'attribuzione del trattamento economico "presidenziale" che viene attribuito al quarto anno di anzianità nella qualifica di consigliere e che rimane intangibile, è indipendente dal raggiungimento dell'anzianità di otto anni che potrebbe, per vari motivi, non essere conseguita e che costituisce condizione necessaria per partecipare alla procedura comparativa per ottenere la qualifica di presidente di sezione. (1)

Diritto – Viene in decisione l'appello contro la sentenza del Tar *Omissis*, che ha respinto il ricorso proposto dall'odierno appellante per l'accertamento del diritto al trattamento economico di presidente di sezione della Corte dei conti con decorrenza dal - *omissis*.

Come più sopra ricordato, il ricorrente ha supportato la propria pretesa facendo valere la sua qualifica di componente della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la - *Omissis* - designato dal Consiglio delle autonomie locali e nominato con d.p.r. del - *omissis* -, e assumendo che il suddetto trattamento gli sarebbe spettato per avere egli maturato un'anzianità di servizio di quattro anni nella qualifica di consigliere della Corte dei conti.

Ha invocato a proprio favore il combinato disposto degli artt. 7, c. 8-bis, l. n. 131/2003, 5, c. 2, l. n. 303/1998 e 50, c. 4, l. n. 388/2000, nonché degli artt. 4 e 5 della l. n. 425/1984.

Il Tar ha respinto la domanda del ricorrente, dopo avere richiamato sia il contesto normativo di riferimento, sia l'evoluzione del trattamento economico attribuito allo stesso dopo la presa di servizio presso la Corte dei conti, e dopo aver respinto in via pregiudiziale l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalle resistenti, attesa la riconducibilità della cau-

(1) Il Consiglio di Stato in riforma della pronuncia del Tar *Omissis* ha riconosciuto al componente della Corte dei conti nominato ai sensi dell'art 7, c. 8-bis, l. n. 131/2003 il diritto al trattamento economico c.d. presidenziale in quanto lo stesso è equiparato ad ogni effetto per la durata dell'incarico, in virtù della disposizione appena richiamata, agli altri consiglieri di diversa provenienza (concorsuale o governativa).

Esiste una scissione logica e cronologica tra l'attribuzione del trattamento economico "presidenziale" che viene attribuito al quarto anno di anzianità nella carica di consigliere e che rimane intangibile, una volta conseguito, perché indipendente dal raggiungimento dell'anzianità di otto anni che potrebbe per motivi anagrafici o per altri motivi non essere conseguita e che costituisce condizione necessaria per partecipare alla procedura comparativa per ottenere la qualifica di presidente di sezione.

Il combinato disposto dell'art. 50, c. 4, l. n. 388/2000 e dell'art. 5, c. 2, l. n. 303/1998 ha determinato la riduzione a quattro anni dell'anzianità effettiva nella qualifica necessaria per ottenere il (solo) trattamento economico correlato alle funzioni superiori e ciò perché per i magistrati contabili (e amministrativi) non vi sono - diversamente dagli ordinari - sbarramenti procedurali che condizionino l'attribuzione del nuovo trattamento economico (cfr. Cons. Stato, Sez. I, 5 giugno 2002, n. 1389). [L. BURTI]

sa ad una controversia attinente al rapporto di lavoro intercorrente tra il consigliere e la predetta Corte.

Secondo la sentenza, il meccanismo di operatività della maggiorazione economica per cui è causa (la quale retroagisce a decorrere dal compimento di quattro anni nella qualifica di consigliere) dimostra l'inapplicabilità della maggiorazione medesima ai componenti designati dai consigli regionali o dai consigli delle autonomie locali.

La retroattività, infatti, implica che il termine finale (*dies a quo*, da cui si torna indietro al momento anteriore che funge da *dies ad quem*) venga necessariamente raggiunto, ma nel caso di specie il *dies a quo* coincide con il compimento degli otto anni nella qualifica di consigliere e tale limite temporale non può essere raggiunto dal ricorrente, il quale, in base all'art. 7, c. 8-*bis*, l. n. 131/2003, è stato nominato componente della sezione di controllo con durata dell'incarico pari a cinque anni e non è riconfermabile. Al ricorrente, pertanto, non è sufficiente il raggiungimento di quattro anni di anzianità nella qualifica di consigliere, in quanto la limitazione *ex lege* della durata dell'incarico a cinque anni gli impedisce di raggiungere il predetto *dies a quo* (otto anni), funzionale all'operatività del descritto meccanismo retroattivo.

Da ultimo, il Tar ha escluso che il ricorrente potesse invocare, a proprio sostegno, la circostanza che, mentre per i magistrati della Corte di cassazione il conseguimento della qualifica superiore – e il beneficio economico che vi si accompagna (con effetti economici che retroagiscono al compimento del quarto anno dalla nomina) – presuppongono l'esito positivo della valutazione di idoneità da parte del Csm compiuta al termine di otto anni dalla nomina, una simile valutazione di idoneità manca per i consiglieri della Corte dei conti. Dall'assenza di tale momento valutativo non può desumersi, infatti, che il trattamento economico della qualifica presidenziale possa automaticamente riconoscersi al compimento dei primi quattro anni nella qualifica di consigliere, in quanto ciò determinerebbe un computo del termine contrario alla sua natura retroattiva (*id est*: non vi sarebbe alcuna retroattività del trattamento economico dall'ottavo al quarto anno nella qualifica di consigliere).

Il tutto, in coerenza con la disciplina di cui all'art. 4, c. 10, l. n. 425/1984, che richiede una permanenza di otto anni nella qualifica precedente per il consigliere della Corte dei conti, il quale ambisca al conseguimento di quella superiore, mentre il meccanismo retroattivo introdotto dalla l. n. 388/2000 opera a soli fini stipendiali.

Con l'unico motivo di gravame l'appellante lamenta che il Tar avrebbe oltanto la lettera dell'art. 7, c. 8-*bis*, della l. n. 131/2003, secondo cui il componente della Corte dei conti designato dalle regioni ha uno *status* equiparato “a tutti gli effetti”, per la durata dell'incarico, a quello dei consiglieri della Corte dei conti: tale equiparazione non potrebbe che comportare l'attribuzione al componente di designazione regionale dello stesso trattamento economico dopo quattro

anni, per non determinare una disparità di trattamento rispetto agli altri consiglieri (di estrazione concorsuale o governativa), ai quali la maggiorazione è attribuita immediatamente al compimento del quarto anno nella qualifica e non al compimento dell'ottavo anno con effetti retroattivi al quarto (come avviene per i giudici della Corte di cassazione, per i quali il beneficio è legato al conseguimento di una valutazione positiva che non è, invece, prevista per i consiglieri della Corte dei conti).

Il Tar sarebbe, quindi, incorso in un errore nel voler prescindere dall'interpretazione letterale della norma, in violazione anche dell'art. 12 delle preleggi. Avrebbe, inoltre, equivocato sull'attribuzione del trattamento economico al quarto anno, che non avrebbe natura di anticipazione del trattamento stipendiale, ma di suo riconoscimento, appunto, al quarto anno.

D'altro canto – aggiunge l'appellante – se il meccanismo di maggiorazione stipendiale operasse nel modo descritto dalla sentenza impugnata, i consiglieri della Corte dei conti di nomina governativa nominati a un'età tale (per esempio a 63 anni) da non consentire loro una permanenza per otto anni nella qualifica di consigliere, non dovrebbero poter conseguire al quarto anno di anzianità nella qualifica il trattamento economico corrispondente a presidente di sezione, ma ciò non si verificherebbe nella prassi.

La sentenza appellata non avrebbe considerato l'abrogazione *in parte qua* della l. n. 425/1984 (il cui art. 4 ha previsto per i consiglieri la permanenza di otto anni per il conseguimento del trattamento economico di presidente di sezione) ad opera del combinato disposto degli artt. 5 l. n. 303/1998 e 50 l. n. 388/2000: in base a quest'ultimo, in particolare, i consiglieri della Corte dei conti otterrebbero il trattamento da presidente di sezione ai soli fini stipendiali (e dunque non ai fini del conseguimento della qualifica) dopo quattro anni e non dopo otto anni.

Da ultimo l'appellante sottolinea come a favore della tesi per cui i consiglieri della Corte dei conti conseguirebbero il trattamento economico in questione al quarto anno di permanenza nella qualifica ed a prescindere dal raggiungimento degli otto anni di servizio deporrebbero anche i decreti a firma del Presidente della Corte che riconoscono il suddetto trattamento economico, nei quali si legge che il trattamento di presidente di sezione “*deve essere attribuito a decorrere dal compimento del quarto anno di anzianità maturato nell'ultima qualifica*”. La ricostruzione del Tar, invece, condurrebbe all'esito aberrante che qualora un consigliere, dopo aver ottenuto al compimento del quarto anno di anzianità nella qualifica il trattamento economico presidenziale, cessasse dalla carica per dimissioni, decadenza, ecc., senza avere raggiunto gli otto anni di anzianità, dovrebbe restituire la maggiorazione stipendiale conseguita al quarto anno.

La difesa erariale, nella memoria difensiva, sottolinea innanzitutto che l'incarico previsto dall'art. 7, c. 8-*bis*, l. n. 131/2003 (il quale consente che le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti siano inte-

grate da due componenti designati dal Consiglio regionale o dal Consiglio delle autonomie locali) è temporaneo e non rinnovabile e detta limitazione temporale giustificerebbe l'inapplicabilità del trattamento economico *de quo* ai predetti componenti, il presupposto degli otto anni di permanenza nella qualifica essendo di diritto. Per i consiglieri di nomina governativa e per quelli di concorso la conformazione del rapporto è tale da consentire, almeno in astratto, che il citato presupposto di legge sia integrato, mentre ciò non sarebbe possibile per i consiglieri di designazione regionale, per i quali il presupposto non sarebbe realizzabile neppure in astratto, visto che l'incarico ha la durata di cinque anni.

A ulteriore sostegno delle proprie tesi la difesa erariale richiama, poi, il regolamento del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti n. 231 del 5 novembre 2019, in base al quale solo i magistrati assunti per concorso o di nomina governativa possono essere inseriti nel ruolo di anzianità della magistratura contabile e partecipare alle procedure per l'attribuzione delle funzioni di presidente di sezione (art. 35), così escludendone i componenti di designazione regionale.

Con ordinanza n. - *omissis* - del - *omissis* - la Sezione ha chiesto alle amministrazioni appellate di fornire documentati chiarimenti in ordine alle seguenti questioni:

1) se i consiglieri della Corte di conti di nomina governativa nominati a un'età tale (per esempio a 63 anni) da rendere certa *ex ante* l'impossibilità per gli stessi di conseguire l'anzianità di servizio di otto anni nella qualifica di consigliere (a causa del raggiungimento, anteriormente a detta anzianità, dell'età anagrafica per il collocamento a riposo) conseguano o meno (e con quale decorrenza) il trattamento economico corrispondente a presidente di sezione e, in caso positivo, se, una volta collocati a riposo senza avere compiuto otto anni di anzianità nella qualifica di consigliere, vengano o meno chiamati a restituire la maggiorazione stipendiale ottenuta;

2) se i consiglieri della Corte dei conti di qualsiasi provenienza, che abbiano ottenuto il trattamento economico corrispondente a presidente di sezione, ove per qualunque causa (dimissioni, decadenza, ecc.) cessino dal servizio prima di aver compiuto otto anni di anzianità nella qualifica di consigliere vengano o meno chiamati a restituire la maggiorazione stipendiale ottenuta;

3) se la formula contenuta nei decreti di attribuzione del trattamento economico corrispondente a presidente di sezione emanati del Presidente della Corte dei conti, per come riportata a p. 11 del ricorso di primo grado, – secondo cui tale trattamento, “*che dovrebbe essere conseguito dai magistrati contabili decorsi otto anni nella qualifica di consigliere, deve essere attribuito a decorrere dal compimento del quarto anni di anzianità maturato nell'ultima qualifica [...], in applicazione del combinato disposto dei citati artt. 5, c. 2, l. 5 agosto 1998, n. 303 e 50, c. 4, l. 23 dicembre 2000, n. 388*” – debba intendersi nel senso

dell'esistenza di una prassi della pubblica amministrazione basata sull'abrogazione implicita dell'art. 4, c. 10, l. n. 425/1984 (a tenor del quale “*i consiglieri e i vice procuratori generali della Corte dei conti nonché gli avvocati dello Stato alla terza classe di stipendio conseguono, rispettivamente, il trattamento economico della qualifica superiore e la classe di stipendio superiore al compimento dell'anzianità di complessivi sedici anni di carriera o otto anni di qualifica o classe di stipendio*”) ad opera degli artt. 5 l. n. 303/1998 e 50 l. n. 388/2000.

In adempimento di tale incumbente istruttorio le amministrazioni onerate hanno depositato plurimi documenti, compresa una relazione del segretariato generale della Corte dei conti, nella quale è stato precisato quanto segue.

1) Con riguardo al primo quesito, il conferimento del trattamento economico di presidente di sezione non viene subordinato dalla Corte alla preventiva verifica che il magistrato abbia la possibilità, in concreto, di maturare prima della cessazione dal servizio la permanenza nella qualifica di consigliere per otto anni, giacché sia per i consiglieri di nomina governativa che per quelli di concorso si reputa rilevante, ai fini dell'attribuzione del citato trattamento, unicamente la conformazione normativa del rapporto di lavoro, che in entrambi i casi consente, in linea teorica, la permanenza in servizio a tempo indeterminato (quindi per il periodo di otto anni necessario per l'accesso alla qualifica di presidente), e la possibilità dell'attribuzione della qualifica presidenziale: circostanze, queste, non realizzabili per i consiglieri di provenienza regionale, neppure in astratto.

Nell'ambito dell'omogeneizzazione dei trattamenti economici delle magistrature e alla stregua dello spirito perequativo sotteso all'art. 50 della l. n. 388/2000 (che ha riconosciuto ai magistrati contabili che conseguono la qualifica di consigliere il trattamento economico complessivo annuo pari a quello dei magistrati di Cassazione previsto all'art. 5 della l. n. 303/1998), il trattamento economico dei presidenti di sezione *ex art. 5 della l. n. 425/1984*, che è conseguito dai magistrati contabili dopo otto anni di permanenza nella qualifica di consigliere, è ad essi attribuito già al quarto anno di anzianità, come anticipazione di quanto sarebbe spettato all'ottavo anno: ciò, atteso che l'accesso alla qualifica di presidente per la magistratura contabile non è subordinato all'alea del meccanismo di valutazione, che è, invece, requisito indefettibile per i magistrati ordinari al fine di poter accedere al trattamento economico superiore.

Si invoca poi la disciplina prevista per i componenti della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa designati dalla Regione Siciliana, i quali a loro volto non possono maturare il requisito della permanenza nella qualifica di consigliere per un tempo sufficiente a conseguire il trattamento economico di presidente di sezione, avendo un incarico con durata di sei anni e che non è confermabile.

Quanto ai consiglieri di nomina governativa, da un lato prima della riforma del regime pensionistico dei magistrati, non vi era tendenzialmente un problema di maturazione dell'anzianità di servizio di otto anni nella qualifica, essendo il collocamento a riposto previsto al compimento dei 75 anni d'età; dall'altro, nei casi di titolarità di altro trattamento pensionistico al momento della nomina presso la Corte dei conti, opera la disciplina sul tetto massimo retributivo di cui all'art. 13, c. 1, d.l. n. 66/2014, con conseguente mancata fruizione del trattamento economico di presidente di sezione (ove detto limite sia raggiunto).

2) In ordine al secondo quesito, la Corte ha precisato come non si sia mai verificato che magistrati cessati dal servizio prima di avere compiuto otto anni di anzianità nella qualifica di consigliere siano stati chiamati a restituire la maggiorazione stipendiale corrispostagli, perché i magistrati cessati dal servizio nell'ultimo quinquennio prima di aver maturato otto anni di anzianità nella ridetta qualifica non avevano fruito del beneficio economico in discorso, a causa dell'applicazione nei loro confronti del tetto massimo retributivo menzionato al punto precedente.

3) Con riferimento, infine, al terzo quesito, la Corte ha smentito che la formula contenuta nei decreti di attribuzione del trattamento economico di presidente di sezione emessi dal Presidente della Corte stessa possa intendersi come indicativa di una prassi dell'amministrazione fondata sull'abrogazione implicita dell'art. 4, c. 10, l. n. 425/1984 (che ancora l'ottenimento del trattamento *de quo* al compimento dell'anzianità di otto anni nella qualifica) ad opera del combinato disposto degli artt. 5, c. 2, l. n. 303/1998 e 50, c. 4, l. n. 388/2000.

L'attribuzione della maggiorazione stipendiale già al compimento del quarto anno di anzianità nella qualifica di consigliere dipende dal fatto che per i magistrati contabili, diversamente dagli ordinari, non è previsto un meccanismo di valutazione per l'attribuzione della qualifica di presidente: ciò non toglie che la qualifica di presidente può essere attribuita solo dall'ottavo anno di anzianità in quella di consigliere, mentre ad essere anticipato al quarto anno di anzianità nella qualifica di consigliere è il conferimento del trattamento economico.

Invece, per i componenti di designazione regionale (che possono far parte unicamente delle sezioni regionali di controllo) la limitazione temporale dell'incarico (cinque anni non rinnovabili) giustifica l'impossibilità dell'attribuzione della qualifica di presidente, prevista dal regolamento del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, e, pertanto, anche l'inapplicabilità in loro favore del trattamento economico in questione.

In ultima analisi, la *ratio* dell'interpretazione seguita dall'amministrazione è quella di riconoscere il trattamento economico richiesto al quarto anno di permanenza nella qualifica quale anticipazione di una spettanza che i consiglieri di concorso o di nomina governativa potranno, almeno in via teorica, conseguire

al raggiungimento dell'ottavo anno di servizio, quest'ultimo essendo il presupposto di legge: tale presupposto non è realizzabile neppure in linea astratta per i componenti di designazione regionale, che restano in carica cinque anni, meno degli otto necessari per l'attribuzione non solo del trattamento economico, ma della stessa qualifica di presidente. La "*sostanziale differenza strutturale*" delle cariche di consigliere di ruolo e di componente delle sezioni regionali del controllo designato dalle regioni – conclude la relazione del Segretariato generale della Corte – impedisce di rinvenire un'ingiustificata disparità di trattamento tra gli uni e gli altri.

Così riportate le posizioni delle parti, osserva il collegio che l'appello è fondato.

L'art. 7 della l. 5 giugno 2003, n. 131, rubricato "*Attuazione dell'art. 118 Cost. in materia di esercizio delle funzioni amministrative*", al c. 8-bis (aggiunto dall'art. 11, c. 4, l. 4 marzo 2009, n. 15) così recita:

"Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possono essere integrate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, da due componenti designati, salva diversa previsione dello statuto della regione, rispettivamente dal Consiglio regionale e dal Consiglio delle autonomie locali oppure, ove tale organo non sia stato istituito, dal Presidente del consiglio regionale su indicazione delle associazioni rappresentative dei comuni e delle province a livello regionale. I predetti componenti sono scelti tra persone che, per gli studi compiuti e le esperienze professionali acquisite, sono particolarmente esperte nelle materie aziendalistiche, economiche, finanziarie, giuridiche e contabili; i medesimi durano in carica cinque anni e non sono riconfermabili. Lo status dei predetti componenti è equiparato a tutti gli effetti, per la durata dell'incarico, a quello dei consiglieri della Corte dei conti, con oneri finanziari a carico della regione. La nomina è effettuata con decreto del Presidente della Repubblica, con le modalità previste dal secondo comma dell'articolo unico del d.p.r. 8 luglio 1977, n. 385".

Deve allora condividersi anzitutto la censura, dedotta nell'atto di appello e su cui l'appellante torna a insistere nella memoria finale, che poggia sull'interpretazione letterale del citato c. 8-bis, nella parte in cui sancisce l'equiparazione "*a tutti gli effetti*", per la durata dell'incarico, dello status dei componenti di designazione regionale a quello dei magistrati aventi qualifica di consigliere: detta equiparazione di status, proprio perché a tutti gli effetti, non può che riguardare anche il trattamento economico e, dunque, non può che comportare l'estensione integrale ai componenti di provenienza regionale della disciplina sul trattamento economico applicata ai consiglieri, compresa l'erogazione del trattamento superiore a decorrenza dal quarto anno di anzianità nella qualifica.

Come condivisibilmente osserva l'appellante nel replicare, nella memoria finale, ai chiarimenti forniti dalla Corte dei conti nella relazione sopra riportata, la chiarezza del testo normativo non consente di intro-

durre differenziazioni di sorta tra i magistrati della Corte, da un lato, e i componenti designati dalle regioni, dall'altro: tali differenziazioni, quand'anche esistenti (come adombrato nella predetta relazione, in riferimento alla circostanza che i componenti di designazione regionale possono far parte solo delle sezioni regionali di controllo), sono irrilevanti ai fini che qui interessano, del trattamento economico richiesto, vista l'equiparazione stabilita dalla legge.

Né in senso contrario potrebbe argomentarsi, prendendo spunto dalla sentenza appellata, che, poiché l'equiparazione dello *status* a tutti gli effetti vale “*per la durata dell’incarico*” e poiché tale durata, per i componenti di designazione regionale, è di cinque anni non rinnovabili, tale equiparazione non copre per intero il periodo di tempo nella qualifica di consigliere (otto anni) necessario per l'accesso alla qualifica di presidente e, dunque, non permette l'operatività del meccanismo retroattivo previsto per il trattamento economico in questione dall'art. 5, c. 2, l. n. 303/1998, a tenor del quale “*la dichiarazione di idoneità ai fini del conferimento delle funzioni direttive superiori nell’ambito della Corte di cassazione, prevista nell’art. 3, c. 3* (e cioè: la valutazione di idoneità del magistrato con anzianità di otto anni nella qualifica prevista per il conferimento delle citate funzioni direttive), *retroagisce, ai soli effetti economici, a decorrere dal compimento del quarto anno dalla nomina*”.

Sul punto si rammenta che l'estensione, tra gli altri, ai magistrati contabili del trattamento economico di cui all'art. 5 della l. n. 303/1998 è stata operata dall'art. 50, c. 4, l. n. 388/2000 (legge finanziaria 2001).

Tuttavia, che per i magistrati della Corte dei conti operi il meccanismo di retroattività ora riferito è smentito – come osservato dall'appellante in sede di discussione della causa – dalla stessa relazione di chiarimenti trasmessa dal Segretariato generale della medesima Corte, che parla esplicitamente di anticipazione del trattamento al compimento del quarto anno: “*anticipazione*” che, reputa il collegio, è concetto diverso da quello di “*retroattività*”, perché non postula in alcun modo quel raggiungimento dell'ottavo anno di anzianità nella qualifica di consigliere necessario, nel ragionamento del Tar, affinché scatti il meccanismo della retroattività, costituendo esso il *dies a quo* del termine a ritroso attraverso il quale opera il suddetto meccanismo.

La conferma di quanto detto si rinviene nel fatto che l'amministrazione non subordina in alcun modo l'attribuzione del più elevato trattamento economico al raggiungimento dell'ottavo anno di servizio nella qualifica di consigliere e neppure alla possibilità concreta di raggiungere tale soglia di anzianità di servizio, tant'è vero che lo riconosce anche a quei magistrati che, quale che sia la provenienza (di natura concorsuale o di nomina governativa), si trovino nell'impossibilità – già *ex ante* riscontrabile – di maturare otto anni di servizio quali consiglieri, a causa

dell'età anagrafica posseduta all'epoca dell'immissione in servizio.

Del resto il meccanismo della retroattività rinviene la sua *ratio* nell'assoggettamento dei magistrati ordinari (per i quali è stato previsto) alla valutazione di idoneità, necessaria per il conferimento delle funzioni direttive, sicché esso opera ai soli fini economici. Ma una valutazione di tal fatta è del tutto assente per i magistrati contabili (nonché per quelli amministrativi e per gli avvocati dello Stato che pure beneficiano del descritto regime) e questo elemento – al contrario di quanto afferma la sentenza appellata – assume rilevanza, poiché per tali categorie, diversamente che per i magistrati ordinari, la retroattività si prospetta priva della sua ragion d'essere (v. *infra*).

Non può accedersi alla tesi dell'amministrazione, esposta nella memoria difensiva e ribadita nella relazione più volte citata, secondo cui ciò che rileva è la possibilità in astratto del raggiungimento di otto anni di anzianità nella qualifica di consigliere, ipotizzabile per i magistrati di nomina governativa e di provenienza concorsuale quale che sia l'età d'immissione in servizio e non ipotizzabile, invece, per i componenti di provenienza regionale. Si tratterebbe, infatti, di un criterio slegato da qualunque razionalità, non rispondente ad alcun pubblico interesse e che introdurrebbe una differenziazione di trattamento ingiustificata, tale da esporre la normativa di riferimento, se così intesa, a evidenti censure di incostituzionalità, sotto il profilo della violazione del canone della ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*: basti pensare, al riguardo, che a tale stregua un consigliere di ruolo immesso nella qualifica subito prima di 66 anni di età beneficerebbe, al compimento del quarto anno di anzianità nella qualifica, del trattamento economico superiore di cui si discute, ancorché la durata complessiva del servizio da lui prestato non possa raggiungere (data l'età massima di collocamento a riposo) i cinque anni e sia, per l'effetto, inferiore alla durata del servizio prestato dal componente di designazione regionale (il quale, ciononostante, non beneficerebbe di detto trattamento).

Ma soccorre in proposito il noto criterio ermeneutico, seguito dalla costante giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 28 novembre 2003, n. 18200; Cons Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5211; id., Sez. V, 30 ottobre 1997, n. 1207), che sulla falsariga dell'insegnamento della Corte costituzionale prescrive di privilegiare, tra più interpretazioni possibili delle norme giuridiche, quella più conforme alla Costituzione, scartando invece le opzioni ermeneutiche ad essa contrarie.

Come osservato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I, 24 maggio 1988, n. 3610), “*è noto l’insegnamento costante di questa Corte secondo cui, quando di una norma si possono dare due interpretazioni, una conforme ed una contrastante con la Costituzione, deve privilegiarsi la prima, anziché sollevare la questione di illegittimità costituzionale*”: ciò induce a respingere la ricostruzione della normativa di riferimento operata dall'amministrazione nei suoi scritti,

che per i motivi esposti indurrebbe a dubitare della costituzionalità della normativa stessa.

Peraltro, l'assunto dell'amministrazione, secondo cui per i consiglieri nominati a oltre 62 anni di età sussisterebbe la possibilità in astratto del raggiungimento del presupposto degli otto anni di anzianità nella qualifica e ciò sarebbe sufficiente, essendo quello in esame un presupposto di legge, non può dirsi corretto neppure in linea teorica.

A ben vedere, infatti, il presupposto di diritto non sarebbe dato solo dall'art. 4, c. 10, l. n. 425/1984 (dov'è previsto il requisito degli otto anni di anzianità nella qualifica), ma dalla suddetta disposizione in combinato disposto con le altre dell'ordinamento vigente e, per quanto qui rileva, con quelle che hanno fissato a 70 anni di età il limite per il collocamento a riposo dei magistrati (art. 5 r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511; art. 1 d.l. n. 90/2014, convertito dalla l. n. 114/2014, che ha abrogato l'art. 16 del d.lgs. n. 503/1992, che prevedeva per i dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici la facoltà di permanere in servizio oltre il limite di età per il collocamento a riposo per ulteriori due anni, estesa fino ai 75 anni di età per le categorie di cui all'art. 1 l. n. 27/1981). Ma, allora, il presupposto di diritto, inteso nel senso appena visto, non sarebbe configurabile neppure in astratto per i consiglieri nominati oltre il sessantaduesimo anno di età anagrafica, ai quali, nonostante ciò, l'amministrazione riconosce il trattamento stipendiale per cui è causa.

Inoltre, l'interpretazione proposta dall'appellante non trova soltanto un indubbio appiglio sul piano letterale, ma – in ossequio al principio ricavabile dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, che privilegia non il criterio interpretativo letterale, ma quello dell'intenzione del legislatore o *ratio legis* (Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 606; id., Sez. V, 7 ottobre 2013, n. 4920) – è conforme anche al criterio della *ratio legis* sottesa all'art. 7, c. 8-bis, cit.: questa, infatti (come osserva la stessa relazione della Corte), va rinvenuta nell'esigenza di garantire un adeguato raccordo tra i vertici regionali e la Corte dei conti nelle funzioni di controllo, al fine di consentire una maggiore efficienza nello svolgimento dei compiti istituzionali. E a conferma di ciò il collegio evidenzia come la norma in esame prescriba che i componenti di designazione regionale vengano scelti “tra persone che, per gli studi compiuti e le esperienze professionali acquisite, sono particolarmente esperte nelle materie aziendalistiche, economiche, finanziarie, giuridiche e contabili”. Tale obiettivo, però, rischierebbe di essere frustrato, ove l'equiparazione economica ai magistrati contabili fosse non “a tutti gli effetti” – come recita la disposizione – ma escludesse alcuni effetti economici e si producesse così una disparità di trattamento che, per quanto detto, è priva di giustificazione: cioè, tanto più che la relazione della Corte non ha evidenziato, nell'ambito dell'attività svolta dalle sezioni regionali di controllo, alcuna diversità di compiti o funzioni tra i componenti di designazione regionale e gli altri

componenti delle Sezioni, che possa giustificare una differenziazione del trattamento retributivo.

Sempre sul piano della *ratio legis*, va inoltre sottolineato che l'estensione ai magistrati amministrativi e contabili – per il tramite dell'art. 50 della l. n. 388/2000 – della disciplina sull'anticipazione del trattamento economico della qualifica superiore ex art. 5, c. 2, l. n. 303/1998, risponde a finalità perequative, com'è esplicitato dal c. 4 del citato art. 50 (che, infatti, “a fini perequativi” ha attribuito detta estensione “ai magistrati di Cassazione, del Consiglio di Stato, dei Tribunali amministrativi regionali, della Corte dei conti e agli avvocati dello Stato, che non hanno fruito dei riallineamenti stipendiali conseguenti all'applicazione delle norme soppresse dal d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 1992, n. 359”). È estraneo a tale estensione di disciplina l'intento di subordinare, anche per i magistrati amministrativi e contabili, il trattamento economico superiore all'esito positivo della valutazione di idoneità, che condiziona, invece, il meccanismo di retroattività per i magistrati ordinari (nel senso che per questi il trattamento economico retroagisce al quarto anno, una volta ottenuta la valutazione positiva).

In conclusione, l'equiparazione dello *status* dei soggetti che, come l'appellante, sono designati dalla regione (o dal Consiglio delle autonomie locali) “a tutti gli effetti” e “per la durata dell'incarico” allo *status* dei consiglieri di estrazione concorsuale o di nomina governativa, non può che intendersi come equiparazione estesa anche a tutti gli effetti economici che si verificano durante lo svolgimento dell'incarico: essa, pertanto, comprende la maturazione, per l'appellante, al compimento del quarto anno di anzianità nella qualifica di consigliere, del diritto al trattamento stipendiale della qualifica superiore che per gli altri consiglieri della Corte viene “anticipato” al quarto anno di anzianità nella qualifica in modo automatico, dunque in totale sganciamento dal meccanismo di retroattività (il quale presuppone, invece, la valutazione di idoneità, com'è per i magistrati ordinari).

Non colgono nel segno gli ulteriori argomenti difensivi delle amministrazioni appellate.

Si è già osservato che la fallacia dell'argomentazione basata sulla sufficienza della possibilità teorica, per i consiglieri che accedono alla qualifica ad oltre sessantadue anni di età, di raggiungere il numero minimo di anni di servizio nella qualifica (otto) per accedere alla qualifica di presidente, emerge con evidenza dal fatto che per tali consiglieri vi è, come detto, un'impossibilità pratica di integrare tale requisito, considerato il limite massimo dei settanta anni di età previsto dal vigente ordinamento per il collocamento a riposo: orbene, detta constatazione non è scalfita dalla circostanza che in passato l'età pensionabile fosse fissata a 75 anni, ovvero dall'operatività a loro carico del divieto di cumulo tra la pensione già in godimento e la retribuzione spettante per le funzioni di consigliere oltre il tetto massimo stabilito dall'art. 13 del d.l. n. 66/2014 (convertito dal-

la l. n. 89/2014), pari al trattamento economico del Primo presidente della Corte di cassazione.

Inconferente è, poi, l'obiezione che i componenti di designazione regionale, per la durata dell'incarico limitata a cinque anni non rinnovabili, non possono comunque accedere alla qualifica di presidente di sezione, come previsto dal regolamento del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti. Infatti, sul punto ha buon gioco l'appellante nel replicare:

a) che il predetto regolamento non potrebbe incidere su diritti di contenuto patrimoniale sanciti dalla legge;

b) che la procedura per la nomina a presidente è tutt'altra cosa rispetto al conseguimento del relativo trattamento economico, tanto è vero che se il consigliere non viene promosso presidente di sezione (il che può ben avvenire, avendo l'art. 39 del regolamento escluso automatismi), ciò non pregiudica il mantenimento del trattamento economico presidenziale da lui già ottenuto al compimento del quarto anno di anzianità nella qualifica. Come spiegato dal parere della Sezione I di questo Consiglio n. 1389/2002, reso in sede di ricorso straordinario nell'adunanza del 5 giugno 2002, per i magistrati amministrativi e contabili il giudizio di idoneità rileva solo ai fini giuridici per la nomina alle funzioni superiori, sulla base dei posti disponibili, mentre il conseguimento del nuovo trattamento economico avviene automaticamente.

Neppure convince l'obiezione basata sulla disciplina del trattamento economico dei componenti del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana designati dalla regione, poiché per questi l'art. 7 del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (che ne detta la disciplina) si limita a stabilire che *“ai componenti del Consiglio di giustizia amministrativa designati dal presidente della Regione [...], durante il periodo di durata in carica, si applicano le norme concernenti lo stato giuridico e il regime disciplinare dei magistrati del Consiglio di Stato. Ad essi è corrisposto, all'inizio del sessennio, il trattamento economico corrispondente al trattamento iniziale spettante ai magistrati del Consiglio di Stato, ove più favorevole del loro trattamento economico originario”*. Per essi, dunque, non si rinviene quell'equiparazione di *status* *“a tutti gli effetti”*, *“per la durata dell'incarico”*, che, come detto, è contenuta nell'art. 7, c. 8-bis, d.lgs. n. 131/2003.

Da ultimo, non osta alla ricostruzione qui svolta il tenore letterale dell'art. 4, c. 10, l. n. 425/1984, ai sensi del quale *“i consiglieri e i vice procuratori generali della Corte dei conti nonché gli avvocati dello Stato alla terza classe di stipendio conseguono, rispettivamente, il trattamento economico della qualifica superiore e la classe di stipendio superiore al compimento dell'anzianità di complessivi sedici anni di carriera o otto anni di qualifica o classe di stipendio”*. Si deve ritenere, infatti, che il combinato disposto dell'art. 50, c. 4, l. n. 388/2000 e dell'art. 5, c. 2, l. n. 303/1998 abbia inciso su tale comma, comportando la riduzione a quattro anni dell'anzianità effettiva nella qualifica

necessaria per ottenere il (solo) trattamento economico correlato alle funzioni superiori e ciò perché per i magistrati contabili (e amministrativi) non vi sono – diversamente dagli ordinari – sbarramenti procedurali che condizionino l'attribuzione del nuovo trattamento economico (cfr. Cons Stato, Sez. I, parere n. 1389/2002 cit.).

In conclusione, pertanto, l'appello è fondato e deve essere accolto. Ne discende che, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado deve essere accolto.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in solido a carico delle amministrazioni soccombenti nella misura di cui al dispositivo.

P.q.m., il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. VII, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

* * *

RECENSIONI

V. Tenore

Il sistema disciplinare nelle magistrature speciali. Normativa, giurisprudenza, dottrina, regolamenti interni

Presentazione di Filippo Patroni Griffi

Roma, Editoriale Anicia, 2022, pagg. 263.

È da poco stato pubblicato ed è stato presentato alla Corte dei conti il 17 ottobre 2022, alla presenza del Presidente Carlino, del Procuratore generale, del Primo presidente della Corte di cassazione e di autorevoli presidenti di sezione e consiglieri di Stato, il prezioso volume sui sistemi disciplinari nelle magistrature speciali di Vito Tenore, Presidente di sezione della Corte dei conti e studioso di rango, tra i massimi conoscitori della materia disciplinare, che ha negli anni studiato in relazione a vari micro-ordinamenti (lavoro pubblico, lavoro privato, ordini professionali, forze armate e di polizia, professori universitari) e, soprattutto, nelle carriere magistratuali.

L'opera si segnala nel panorama scientifico per l'assoluta originalità del suo oggetto, nonché per la profondità con la quale sono state affrontate delicate tematiche, quali quelle del sistema disciplinare delle magistrature speciali.

La responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari è argomento che da anni è all'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza, anche costituzionale, anche per l'eco mediatico destato da casi famosi. Il tema non è stato, invece, oggetto di altrettanto approfondimento per le magistrature speciali, anche per il minor numero di casi oggetto di interventi sanzionatori e per l'obiettivo minore dimensione contenziosa.

A questa carenza scientifica supplisce lo studio di Tenore, che ben rimarca la lacunosità della normativa primaria sia per i magistrati amministrativi (l. n. 186/1982), sia per quelli contabili (l. n. 117/1988), dopo la statuita testuale inapplicabilità alle magistrature speciali della importante novella al sistema disciplinare per i magistrati ordinari operata dal d.lgs. n. 109/2006 (art. 30).

Il saggio, preceduto da una autorevole presentazione del Giudice costituzionale Filippo Patroni Griffi, prendendo atto delle carenze sostanziali e procedurali dei regimi disciplinari per entrambe le magistrature speciali, a cui hanno sino ad oggi sopperito (con interventi felicemente definiti "*ortopedici*" dall'Autore) dei meri regolamenti dei consigli di presidenza della giustizia amministrativa e contabile analizzati nel capitolo secondo, sottolinea la necessità di una riforma normativa che, in ossequio alla riserva di legge stabilita dagli artt. 101, 104 e 108 Cost., da un lato introduca la tipizzazione degli illeciti, dall'altro individui e chiarisca l'aspetto sanzionatorio e, infine, delinei un procedimento rispettoso dei principi fondamentali della responsabilità disciplinare in generale, trattati nel primo capitolo.

L'Autore, tuttavia, non si limita ad un'approfondita esegesi della normativa vigente e ad un attento esame della disciplina vigente nelle diverse magistrature, ma, in una prospettiva *de iure condendo*, avanza interessanti proposte prendendo lo spunto dai disegni di legge sulla riforma della giustizia. In tal senso, la creazione di un'Alta Corte disciplinare potrebbe rappresentare la giusta occasione per sopperire alle indubbie e pluriennali carenze nella materia disciplinare, banco di prova della tenuta etica dell'Istituzione-Magistratura.

L'opera, dunque, nella sinergia tra essere e divenire, e calata nel contesto odierno di crisi della Magistratura-Istituzione, rappresenta una fondamentale base di partenza conoscitiva per ogni magistrato che voglia essere ben consapevole dei propri doveri, ancor prima che dei propri diritti.

* * *

INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Amministrazione dello Stato e pubblica in genere

Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Controllo della Corte dei conti – Misure auto-corrective adottate dall’amministrazione a seguito delle censure mosse – Esame del Collegio di controllo concomitante (Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, Coll. contr. conc., 18 gennaio 2023, n. 2) 137

“Rapporto Pnrr sull’Agenzia per la cybersicurezza nazionale II semestre 2022” – Corte dei conti – Rapporto al Parlamento (Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, 9 febbraio 2023, n. 5, con nota di P. COSA) 135

v. pure: *Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità civile*

Contabilità regionale e degli enti locali

Comune – Armonizzazione dei bilanci – Avanzo tecnico – Copertura di una quota del maggior disavanzo da riaccertamento straordinario dei residui – Contabilizzazione di un maggior disavanzo di amministrazione – Mancato ripiano delle quote di disavanzo derivante da riaccertamento straordinario (Corte conti, Sez. contr. reg. Sardegna, 16 febbraio 2023, n. 15, con nota di G. NATALI) 158

Comune – Immobile di proprietà comunale – Possibilità di costituire gratuitamente un diritto reale a favore di altra amministrazione – Condizioni (Corte conti, Sez. contr. reg. Basilicata, 7 febbraio 2023, n. 15, con nota di G. NATALI) 167

Comune – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Modalità di rappresentazione contabile delle risorse Pnrr – Applicazione del principio di tracciabilità (Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 23 gennaio 2023, n. 14) 151

Comune – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Vincolo di cassa generale – Modalità di gestione dei pagamenti per singola opera in assenza di uno specifico vincolo (Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 23 gennaio 2023, n. 14) 151

Comune – Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti – Controllo di legalità finanziaria – Comportamenti difforni dalla sana gestione finanziaria – Pronuncia specifica – Caratteristiche (Cons. Stato, Sez. III, 7 febbraio 2023, n. 1312, con nota di G. NATALI) 239

Enti locali – Funzione di controllo di legittimità-regularità finanziaria sui bilanci degli enti locali – Relazione (Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 8 febbraio 2023, n. 23) 152

Enti locali – Piano nazionale di ripresa e resilienza – Indagine sull’utilizzo dei fondi assegnati agli enti territoriali del Piemonte (Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 18, con nota di L. ALESIANI) 154

Regione – Società partecipata – Compensi agli amministratori da altre società a controllo pubblico – Necessità di computo nell’ambito del trattamento economico ai fini della verifica del rispetto del tetto massimo – Sussiste (Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 23 gennaio 2023, n. 14) 170

Corte dei conti

Consigliere di nomina regionale – Anzianità di servizio quadriennale – Trattamento economico equiparato a quello di presidente di sezione – Spettanza (Cons. Stato, Sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1344, con nota di L. BURTI) 244

Schema di norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo recanti modifiche al d.p.r. n. 305/1988 – Richiesta parere (Corte conti, Sez. Sez. riun. cons., 13 febbraio 2023, n. 2, con nota di P. COSA) 129

Società a partecipazione pubblica – Operazioni di costituzione o acquisto di partecipazioni – Consorzi di enti locali – Assoggettamento al controllo ai sensi dell’art. 5 Tusp – Sussiste (Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17) 152

v. pure: *Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Contabilità regionale e degli enti locali – Enti locali*

Dirigenti pubblici

v.: *Giurisdizione e competenza – Responsabilità amministrativa e contabile*

Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria

Consip s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento (Corte conti, Sez. contr. enti, 17 gennaio 2023, n. 1) 138

INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Società italiana per le imprese all'estero s.p.a. (Simest) – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento (Corte conti, Sez. contr. enti, 17 gennaio 2023, n. 3)	140	Procura erariale – Estinzione del giudizio – Esclusione (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 9 gennaio 2023, n. 1)	182
v. pure: <i>Giurisdizione e competenza</i>		Conti giudiziali – Gestione economica di ente locale – Irregolarità – Spese sostenute per produzione e affissione di manifesti funebri – Onere di spesa a carico del pubblico erario – Esclusione – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 9 gennaio 2023, n. 2)	182
Enti locali		Conto delle azioni di proprietà della regione – Obbligo di resa del conto giudiziale – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, ord. 8 febbraio 2023, n. 9)	183
Acquisto e noleggio di beni, servizi e forniture – Procedura di acquisizione extra Consip – Esercizio 2021 – Accertamento criticità nell'ambito del controllo <i>ex art. 1, c. 510, l. n. 208/2015</i> (Corte conti, Sez. contr. reg. Abruzzo, 13 gennaio 2023, n. 1)	143	Conto giudiziale – Soggetto su cui non incombe l'obbligo di gestione contabile e la correlata responsabilità – Irrilevanza giuridica – Configurabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, ord. 8 febbraio 2023, n. 9)	182
Comune – Piano di riequilibrio finanziario pluriennale – Situazione dell'ente – Attualizzazione al momento del giudizio della Corte dei conti – Sussistenza – Verifica puntuale della permanenza delle condizioni originarie di squilibrio – Sussistenza – Specifica contestazione delle risultanze di bilancio – Sussiste (Corte conti, Sez. riun. giur., spec. comp., 24 gennaio 2023, n. 1)	173	Conto giudiziale delle azioni in titolarità della regione – Soggetti obbligati alla resa del conto – Legge regionale – Amministratori e sindaci delle società partecipate – Soggetti che non hanno il maneggio – Soggetti che non esercitano i diritti del socio – Disparità di trattamento rispetto ad agenti contabili di altre amministrazioni – Violazione del principio di eguaglianza – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza e non manifesta infondatezza (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, ord. 8 febbraio 2023, n. 9)	183
Comune – Procedura di riequilibrio finanziario pluriennale – Giudizio in unico grado davanti alle Sezioni riunite – Oggetto – Delimitazione – Accordo tra l'ente locale per il ripiano del disavanzo con il Presidente del Consiglio dei ministri o un suo delegato – Effetti sul piano di riequilibrio – Rimozione – Esclusione (Corte conti, Sez. riun. giur., spec. comp., 14 febbraio 2023, n. 2)	176	Giudizio di conto – Assenza di specifica disposizione di legge – Giurisdizione della Corte dei conti – Sussistenza – Funzione di garanzia della regolarità della gestione contabile e patrimoniale – Deroga per fonte sub-legislativa – Disapplicazione (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, ord. 8 febbraio 2023, n. 9)	183
Comune – Procedura di riequilibrio finanziario pluriennale – Risultato di amministrazione – Anticipazione di liquidità del Fondo per assicurare la liquidità per pagamenti dei debiti certi, liquidi ed esigibili – Natura di mera anticipazione – Obbligo di costituzione come quota accantonata del risultato di amministrazione di un importo pari all'anticipazione – Sussiste (Corte conti, Sez. riun. giur., spec. comp., 24 gennaio 2023, n. 1)	173	Legge regionale – Soggetti che non hanno il maneggio di denaro e valori dell'ente – Sottoposizione a giudizio di conto – Violazione della funzione di garanzia della legalità contabile del giudizio di conto – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza e non manifesta infondatezza (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, ord. 8 febbraio 2023, n. 9)	183
Conferimento di incarichi di lavoro autonomo <i>ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001</i> nell'ambito del Pnrr – Sottoposizione al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti – Esclusione (Corte conti, Sez. contr. reg. Siciliana, 1 febbraio 2023, n. 17, con nota di G. NATALI)	159	Uffici regionali e personale cui affidare la custodia dei beni dell'ente – Legge regionale – Limitazione dell'ambito della giurisdizione contabile – Violazione della competenza legislativa statale esclusiva – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza e non manifesta infondatezza (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, ord. 8 febbraio 2023, n. 9)	183
v. pure: <i>Contabilità regionale e degli enti locali – Urbanistica</i>		v. pure: <i>Giurisdizione e competenza</i>	
Giudizi di conto e per resa del conto			
Conti giudiziali – Concessionario per la riscossione di ente locale – Deposito presso la sezione regionale di controllo o presso la			

INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Giurisdizione e competenza

- Anas s.p.a. – Ente pubblico – Conferimento totalità azioni a Ferrovie dello Stato s.p.a. – Irrelevanza – Azione di responsabilità nei confronti di organi e dipendenti – Giurisdizione contabile – Sussiste (Cass., S.U., ord. 13 gennaio 2023, n. 976, con nota di B. COSSU) 203
- Magistrato amministrativo – Ritardo nel deposito delle sentenze – Azione di responsabilità amministrativa – Danno da disservizio – Giurisdizione della Corte dei conti – Esclusione (Cass., S.U., ord. 25 gennaio 2023, n. 2370, con nota di V. ZUCCARI) 206
- Pensioni militari – Domanda di accertamento della dipendenza da causa di servizio di infermità ai fini del riconoscimento dell'equo indennizzo e di pensione privilegiata ordinaria – Litispendenza – Esclusione – Valore di giudicato esterno della pronuncia del giudice amministrativo nel giudizio davanti alla Corte dei conti – Esclusione – Pregiudizialità della decisione del giudice amministrativo con conseguente sospensione del giudizio contabile – Esclusione (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 25 gennaio 2023, n. 25) 189
- Ufficiale giudiziario dirigente – Qualifica di agente contabile – Sussiste – Verifica dei rapporti di dare e avere – Giudizio di conto – Giurisdizione contabile – Sussiste (Cass., S.U., ord. 1 dicembre 2023, n. 35451, con nota di S. MIRIELLO) 200
- Impiegato regionale e degli enti locali**
v.: *Responsabilità amministrativa e contabile*
- Medici**
v.: *Responsabilità amministrativa e contabile*
- Pensioni civili e militari**
- Accertamento della dipendenza da causa di servizio – Unicità e definitività per tutte le finalità stabilite dalla legge – Unicità della domanda volta all'attribuzione di più benefici – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 25 gennaio 2023, n. 25) 189
- Calcolo dell'onere del riscatto del periodo universitario – Contratto di lavoro a tempo parziale – C.d. quota A – Riferimento alla retribuzione prevista per il contratto a tempo pieno – Sussistenza – Quota C – Retribuzione effettivamente percepita – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 10 gennaio 2023, n. 2) 185
- Dipendenza da causa di servizio di malattie e infermità – Malattia tumorale – Servizio prestato in missioni all'estero in paesi coinvolti in conflitti – Inquinamento ambientale – Prova indiziaria – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 25 gennaio 2023, n. 25) 189
- Onere della prova del nesso causale tra infermità e servizio – Oggetto – Nesso di causalità – Nozione – Criterio probabilistico – Sussistenza – Nozione (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 25 gennaio 2023, n. 25) 189
- Pensionato – Figlio disabile totalmente a carico convivente – Trattamento di famiglia – Assegni per il nucleo familiare – Riconoscimento – Assegno unico e universale – Sostituzione – Decorrenza (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 11 gennaio 2023, n. 2) 188
- Pensione civile – Neutralizzazione – Ultima retribuzione percepita – Minore importo – Applicazione analogica principi già espressi dalla Corte costituzionale – Esclusione – Ragioni – Liquidazione pensione – Base di calcolo – Retribuzione diversa da quella percepita alla data di cessazione – Esclusione (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, ord. 30 gennaio 2023, n. 24) 185
- Pensione civile – Professore – Soppressione scuola – Stato giuridico dei professori e ricercatori universitari – Riliquidazione trattamento pensionistico – Sistema di calcolo retributivo – Retribuzione percepita nell'ultimo anno di lavoro – Neutralizzazione – Questione di legittimità costituzionale – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, ord. 30 gennaio 2023, n. 24) 185
- Pensione militare – Liquidazione con il sistema retributivo – Clausola di salvaguardia art. 54, c. 8, d.p.r. n. 1092/1973 – Applicazione di percentuali differenziate (Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 28 dicembre 2022, n. 19) 190
- Pensioni militari – Ufficiali e sottufficiali dei carabinieri in congedo – Aliquota premiale – Diritto al ricalcolo con applicazione della percentuale di aumento del 3,60 per cento dal 21° anno di servizio anziché di quella dell'1,80 per cento – Natura di norma di salvaguardia – Sussistenza – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 3 febbraio 2023, n. 4) 181
- v. pure: *Giurisdizione e competenza*
- Prescrizione e decadenza**
- Danno da disservizio – Prescrizione – Decorrenza – Termine (Corte conti, Sez. I centr. app., 13 gennaio 2023, n. 9) 179

INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Fattispecie a formazione complessa – Erogazione di un contributo pubblico – Lasso temporale per realizzare la finalità di interesse pubblico – <i>Dies a quo</i> – Scadenza del termine per la realizzazione dell'attività finanziata – Criterio della conoscibilità obiettiva (Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 6 febbraio 2023, n. 76)	184	Giudizio di responsabilità – Guardia di finanza – Militari infedeli – Reati corruttivi – Sentenza patteggiata <i>ex art.</i> 444 c.p.p. – Eccezione di inutilizzabilità <i>ex art.</i> 445, c. 1- <i>bis</i> , c.p.p. – Infondatezza (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 6 febbraio 2023, n. 20)	187
Processo civile		Giudizio per sequestro conservativo – Requisito del <i>periculum in mora</i> – Elemento oggettivo – Sproporzione – Capacità patrimoniale del debitore – Entità del credito – Sproporzione – Rilevanza <i>ex se</i> – Elemento soggettivo – Comportamento del debitore – Valutazione (Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, ord. 8 febbraio 2023, n. 38)	184
Giudizio di appello – Atto di appello o comparsa di costituzione – Fatto rappresentato nel documento cartaceo prodotto in primo grado – Valutazione (Cass., S.U., 16 febbraio 2023, n. 4835, con nota di B. COSSU)	220	Impugnazioni – Appello del procuratore regionale – Rinuncia all'impugnazione del Procuratore generale – Ammissibilità – Necessità di accettazione – Esclusione (Corte conti, Sez. I centr. app., 16 gennaio 2023, n. 14)	180
Giudizio di appello – Contumacia – Fascicolo di parte ritirato e non restituito – Prova documentale ritualmente prodotta in primo grado – Valutazione (Cass., S.U., 16 febbraio 2023, n. 4835, con nota di B. COSSU)	220	Mancata audizione del convenuto – Inammissibilità dell'atto di citazione – Condizioni – Limiti (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 10 febbraio 2023, n. 86)	186
Prove – Principio di non dispersione – Documenti – Produzione in giudizio – Modalità cartacea o telematica – Differenza – Insussistenza – Fonte di conoscenza – Fatto storico (Cass., S.U., 16 febbraio 2023, n. 4835, con nota di B. COSSU)	220	Procura contabile – Amministrazione danneggiata – Modifica nel corso dell'udienza di discussione – Ammissibilità – <i>Emendatio libelli</i> – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 16 febbraio 2023, n. 17)	189
Processo contabile		Soggetti privati – Percezione di contributi pubblici – Giudizio di responsabilità – Ammissione del credito al passivo della procedura fallimentare – <i>Ne bis in idem</i> – Non sussiste – Esecuzione – Duplicazione risarcitoria – Limiti (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 16 febbraio 2023, n. 17)	188
Attività istruttoria del pubblico ministero dopo l'invito a dedurre – Situazioni nuove rispetto alla fase istruttoria precedente – Obbligo di comunicazione ai soggetti invitati – Sussistenza – Ulteriori elementi di fatto emersi a seguito dell'invito a dedurre – Esclusione (Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Trento, 27 gennaio 2023, n. 2)	191	Processo pensionistico	
Atto di citazione integrativo – Genericità – Nullità – Esclusione (Corte conti, Sez. I centr. app., 13 gennaio 2023, n. 9)	179	Comportamento dell'amministrazione convenuta – Canone di valutazione probatoria del più probabile che non – Riflessi sulla posizione attorea (Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 28 dicembre 2022, n. 19)	190
Concessionario per la riscossione – Illecita appropriazione di somme incassate a titolo di imposta – Onere della prova – Intero ammontare del carico – Esatto adempimento – Spetta al concessionario (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 20 febbraio 2023, n. 27)	187	Regione in genere e regioni a statuto ordinario	
Efficacia extrapenale della sentenza di applicazione della pena su richiesta – Riforma “Cartabia” – Elementi di prova – Valutazione, ai fini del processo contabile – Rilevanza della sentenza penale – Esclusione (Corte conti, Sez. I centr. app., 23 gennaio 2023, n. 25)	180	v.: <i>Contabilità regionale e degli enti locali – Giudizi di conto e per resa del conto</i>	
		Regioni a statuto speciale	
		v.: <i>Corte dei conti</i>	

INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Responsabilità amministrativa e contabile

- Agenzia del demanio e Ministero dell'istruzione – Direttori generali – Mancata adozione di provvedimenti di sgombero di immobili del patrimonio indisponibile abusivamente occupati – Mancanza di prova dell'esecuzione dei provvedimenti da parte della forza pubblica – Colpa grave – Esclusione (Corte conti, Sez. I centr. app., 16 gennaio 2023, n. 14) 180
- Amministratore comunale – Cariche elettive – Società partecipata – Carica in organo di vertice – Compenso – Danno erariale – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 31 gennaio 2023, n. 7) 184
- Amministratori comunali – Organizzazione degli uffici comunali – Esercizio illecito e penalmente rilevante di funzioni pubbliche – Esimente politica – Esclusione – Fattispecie (Corte conti, Sez. I centr. app., 13 gennaio 2023, n. 9) 179
- Arma dei carabinieri – Luogotenente infedele – Reati commessi da pubblico dipendente – Assenteismo fraudolento – Danno all'immagine – *Clamor fori* – Irrilevanza (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 7 febbraio 2023, n. 9) 192
- Attività di insegnamento presso le scuole pubbliche – Falsa dichiarazione di possesso del titolo abilitante – Arricchimento doloso – Sussistenza – Rito abbreviato – Inammissibilità – Esercizio del potere riduttivo – Esclusione (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 13 gennaio 2023, n. 1) 181
- Azienda sanitaria locale – Magazzinieri – Sottrazione di farmaci – Danno patrimoniale – Ritrovamento beni – Irrilevanza – Ricerca e contabilizzazione farmaci sottratti – Danno da disservizio – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 10 febbraio 2023, n. 86) 186
- Concessionario per la riscossione – Illecita appropriazione di somme incassate a titolo di imposta – Danno pubblico – Intero ammontare dell'imposta riscossa e non rendicontata – Corresponsione di canone fisso – Irrilevanza (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 20 febbraio 2023, n. 27) 187
- Concessionario per la riscossione – Illecita appropriazione di somme incassate a titolo di imposta – Responsabilità contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 20 febbraio 2023, n. 27) 187
- Consigliere comunale – Carica sociale – Società *in house* – Compenso indebito – Giurisdizione contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 31 gennaio 2023, n. 7) 184
- Dipendente comunale – Sospensione cautelare – Mancata comunicazione dell'assoluzione – Danno erariale per indebita percezione della retribuzione – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 27 febbraio 2023, n. 31) 188
- Dirigente azienda speciale – Ccnl dirigenza enti locali – Applicabilità – Danno erariale da differenze stipendiali percepite – Non sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 1 febbraio 2023, n. 68) 186
- Dirigente generale azienda speciale – Incarico aggiuntivo – Principio di omnicomprensività del trattamento economico – Violazione – Responsabilità del percettore – Sussistenza – Organi amministrativi e di controllo dell'azienda – Responsabilità sussidiaria – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 1 febbraio 2023, n. 68) 186
- Dirigenti comunali – Risarcimento del danno in sede penale – Assenza di imputazione del pagamento da parte dei convenuti debitori – Imputazione da parte dell'amministrazione creditrice a titolo di danno patrimoniale – Assorbimento integrale della contestazione in sede contabile (Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Trento, 27 gennaio 2023, n. 2) 191
- Guardia di finanza – Militari – Sentenza patteggiata irrevocabile *ex art. 444 c.p.p.* – Danno all'immagine – Azionabilità – Quantificazione – Criteri (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 6 febbraio 2023, n. 20) 187
- Guardia di finanza – Obbligo di denuncia – Natura di organo di vertice dell'amministrazione – Esclusione – Subordinazione della trasmissione della notizia di danno alla conclusione delle indagini preliminari e all'autorizzazione della Procura penale – Sussiste (Corte conti, Sez. III centr. app., 11 gennaio 2023, n. 21) 180
- Incarico di *staff* degli organi politici degli enti locali – Conferimento a soggetto in quiescenza – Violazione – Dolo – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 8 febbraio 2023, n. 84) 186
- Ministero dell'interno – Funzionari prefettizi – Erogazione di somme inesigibili a privati – Artificiosi frazionamenti – Omessa verifica – Mancata segnalazione all'agente della riscossione – Illecito erariale – Sussistenza –

INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Basilicata, 1 febbraio 2023, n. 19)	182	Responsabilità civile	
Responsabilità sanitaria – Azienda sanitaria locale – Primario ospedaliero di ginecologia e ostetricia – Grave negligenza professionale – Configurabilità – Condotta illecita – Sussistenza – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 5 gennaio 2023, n. 2)	191	Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Provvedimenti amministrativi – Doveri di collaborazione e buona fede – Responsabilità da comportamento scorretto – Sussiste (Cons. Stato, Sez. II, 27 gennaio 2023, n. 966, con nota di S. CALZETTA)	233
Responsabilità sanitaria – Medico ospedaliero – Mancata considerazione delle ipotesi diagnostiche del medico specialista esterno – Tardività della diagnosi – Colpa grave – Sussistenza – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 9 gennaio 2023, n. 1)	185	Sanità pubblica	
Rettore universitario – Induzione a dazioni illecite accertata con sentenza penale definitiva – Danno all’immagine – Documento arrecato all’amministrazione di appartenenza – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 19 gennaio 2023, n. 3)	181	Consenso informato – Responsabilità della struttura sanitaria – Informazione trattamento sanitario alternativo – Omissione – Danno alla salute – Onere della prova – Nesso causale – Presunzioni (Cass., Sez. III, 23 gennaio 2023, n. 1936, con nota di C. ORSINI)	229
Rimborsi per svolgimento di attività in missione in regime forfettario – Previa autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza – Necessità – Dolo – Sussistenza – <i>Utilitas</i> ritratta dall’amministrazione – Esclusione (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 27 gennaio 2023, n. 2)	181	v. pure: <i>Responsabilità amministrativa e contabile</i>	
Società privata – Percezione di contributi pubblici – Aumento fittizio di capitale sociale – Sviamento dei contributi – Danno erariale – Occultamento doloso – Prescrizione – Idoneità della notizia di reato a costituire termine iniziale per la decorrenza della prescrizione – Esclusione (Corte conti, Sez. III centr. app., 11 gennaio 2023, n. 21)	180	Società	
Soggetti privati – Percezione di contributi pubblici – Rapporto di servizio – Natura giuridica del soggetto e dell’atto di investitura – Irrilevanza – Giurisdizione contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 16 febbraio 2023, n. 17)	188	Società a partecipazione pubblica – Acquisto di partecipazione in una società consortile da parte di un consorzio di enti locali – Mancato possesso della qualifica di centrale di committenza ausiliaria da parte della società consortile – Carenza dei presupposti per fare luogo all’operazione – Sussiste (Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17)	152
Soggetto privato – Contributi pubblici – Contributo regionale a carico del Fondo europeo per la pesca – Contributo di scopo – Giurisdizione contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 6 febbraio 2023, n. 76)	184	Società a partecipazione pubblica – Camera di commercio – Acquisto di partecipazione in società finalizzata alla gestione di progetto finanziato con fondi Pnrr – Coerenza con i limiti di legge – Sussiste (Corte conti, Sez. contr. reg. Sardegna, 18 gennaio 2023, n. 2, con nota di G. NATALI)	155
Soggetto privato – Eventi calamitosi – Alluvione – Indebita percezione di contributi pubblici – Rapporto di servizio – Configurabilità – Giurisdizione contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 4 gennaio 2023, n. 1)	191	Società a partecipazione pubblica – Servizio di gestione integrata dei rifiuti – Acquisto della partecipazione di maggioranza nella società di gestione da parte dell’ente d’ambito territoriale – Principio di separazione tra funzioni regolatorie e funzioni di gestione diretta dei servizi pubblici locali – Applicabilità – Operazione di acquisto – Inammissibilità (Corte conti, Sez. contr. reg. Campania, 10 febbraio 2023, n. 13, con nota di L. ALESIANI)	144
		Società a partecipazione pubblica – Servizio di gestione integrata dei rifiuti – Acquisto della partecipazione di maggioranza nella società di gestione da parte dell’ente d’ambito territoriale – Valutazione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell’operazione ai sensi dell’art. 5 del Tusp – Predispersione di un piano industriale – Obbliga-	

INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

- torietà (Corte conti, Sez. contr. reg. Campania, 10 febbraio 2023, n. 13, con nota di L. ALESIANI) 144
- v. pure: *Contabilità regionale e degli enti locali – Corte dei conti – Responsabilità amministrativa e contabile*
- Unione europea**
- Rapporti finanziari tra l'Italia e l'Unione – Fondi comunitari – Utilizzazione – Relazione annuale 2022 – Relazione al Parlamento (Corte conti, Sez. contr. aff. com. e int., 31 gennaio 2023, n. 1) 142
- Rinvio pregiudiziale – Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori – Direttiva 89/665/Cee – Art. 1, par. 3 – Interesse ad agire – Accesso alle procedure di ricorso – Operatore escluso dalla procedura per mancanza di requisiti – Normativa nazionale che limita l'accesso al ricorso giurisdizionale – Violazione della direttiva – Non sussiste (Corte giust. Ue, Sez. X, 9 febbraio 2023, C-53/22) 193
- v. pure: *Responsabilità amministrativa e contabile*
- Università**
- Atto deliberativo di costituzione di una società – Parere della Corte dei conti – Presupposti di legge (Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, 30 gennaio 2023, n. 12, con nota di A.M. Quaglini) 162
- v. pure: *Responsabilità amministrativa e contabile*
- Urbanistica**
- Comune – Segnalazione certificata di inizio di attività – Difformità delle opere rispetto agli strumenti urbanistici – Diniego di accertamento di conformità delle opere – Legittimità – Doppia conformità dell'intervento urbanistico sia al momento della realizzazione che della presentazione della domanda di concessione in sanatoria – Necessità – Fattispecie (Cons. Stato, Sez. II, 27 gennaio 2023, n. 966, con nota di S. CALZETTA) 233

INDICE CRONOLOGICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Controllo

<i>Sezioni riunite in sede consultiva</i>	
13 febbraio 2023, n. 2	129
<i>Sezione centrale controllo gestione</i>	
9 febbraio 2023, n. 5	135
<i>Collegio controllo concomitante</i>	
18 gennaio 2023, n. 2	137
<i>Sezione controllo enti</i>	
17 gennaio 2023, n. 1	138
17 gennaio 2023, n. 3	140
<i>Sezione controllo affari internazionali e comunitari</i>	
31 gennaio 2023, n. 1	142
<i>Sezioni regionali di controllo</i>	
<i>Abruzzo</i>	
13 gennaio 2023, n. 1	143
<i>Campania</i>	
10 febbraio 2023, n. 13	144
<i>Emilia-Romagna</i>	
23 gennaio 2023, n. 14	151
8 febbraio 2023, n. 23	152
<i>Piemonte</i>	
31 gennaio 2023, n. 17	152
31 gennaio 2023, n. 18	154
<i>Sardegna</i>	
18 gennaio 2023, n. 2	155
16 febbraio 2023, n. 15	158
<i>Sicilia</i>	
1 febbraio 2023, n. 17	159
<i>Veneto</i>	
30 gennaio 2023, n. 12	162

Pareri

<i>Sezioni regionali di controllo</i>	
<i>Basilicata</i>	
7 febbraio 2023, n. 15	167
<i>Lombardia</i>	
23 gennaio 2023, n. 14	170

Giurisdizione

<i>Sezioni riunite in sede giurisdizionale (in speciale composizione)</i>	
24 gennaio 2023, n. 1	173
14 febbraio 2023, n. 2	176

Sezione I centrale d'appello

13 gennaio 2023, n. 9	179
16 gennaio 2023, n. 14	180
23 gennaio 2023, n. 25	180

Sezione III centrale d'appello

11 gennaio 2023, n. 21	180
------------------------	-----

Sezione d'appello Regione Siciliana

13 gennaio 2023, n. 1	181
27 gennaio 2023, n. 2	181

Sezioni giurisdizionali regionali

Abruzzo

19 gennaio 2023, n. 3	181
3 febbraio 2023, n. 4	181

Basilicata

1 febbraio 2023, n. 19	182
------------------------	-----

Calabria

9 gennaio 2023, n. 1	182
9 gennaio 2023, n. 2	182
ord. 8 febbraio 2023, n. 9	182

Campania

6 febbraio 2023, n. 76	184
ord. 8 febbraio 2023, n. 38	184

Emilia-Romagna

31 gennaio 2023, n. 7	184
-----------------------	-----

Friuli-Venezia Giulia

9 gennaio 2023, n. 1	185
10 gennaio 2023, n. 2	185

Lazio

ord. 30 gennaio 2023, n. 24	185
1 febbraio 2023, n. 68	186
8 febbraio 2023, n. 84	186
10 febbraio 2023, n. 86	186

Lombardia

6 febbraio 2023, n. 20	187
20 febbraio 2023, n. 27	187
27 febbraio 2023, n. 31	188

Piemonte

11 gennaio 2023, n. 2	188
16 febbraio 2023, n. 17	188

Toscana

25 gennaio 2023, n. 25	189
------------------------	-----

Trentino-Alto Adige, Bolzano

28 dicembre 2022, n. 19	190
-------------------------	-----

INDICE CRONOLOGICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE*Trentino-Alto Adige, Trento*

27 gennaio 2023, n. 2 191

Umbria

4 gennaio 2023, n. 1 191

5 gennaio 2023, n. 2 191

7 febbraio 2023, n. 9 192

Altre Corti*Corte di giustizia europea*

Sez. X, 9 febbraio 2023, C-53/22 193

Corte di cassazione

S.U., ord. 1 dicembre 2022, n. 35451 200

S.U., ord. 13 gennaio 2023, n. 976 203

S.U., ord. 25 gennaio 2023, n. 2370 206

S.U., 16 febbraio 2023, n. 4835 220

Sez. III, 23 gennaio 2023, n. 1936 229

Consiglio di Stato

Sez. II, 27 gennaio 2023, n. 966 233

Sez. III, 7 febbraio 2023, n. 1312 239

Sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1344 244

Direzione e redazione

Via Antonio Baiamonti, 25 - 00195 Roma - tel. 0638762191 - E-mail: massimario.rivista@cor-teconti.it



ISBN 978-88-498-5743-6



9 788849 857436

I.S.S.N. 0392-5358
(c.m. 30-443900120101)