

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA: PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE

Cinthia Pinotti (*)

Sommario: 1. *Premessa. La funzione della responsabilità amministrativa e la nozione di danno erariale nel dialogo tra giudice e legislatore.* – 2. *L'origine storica della responsabilità amministrativa. Il collegamento della responsabilità con le gestioni finanziarie formalizzate ed il suo superamento ad opera dell'art. 82 r.d. 2440/1923. Il primo dibattito sulla natura contrattuale o extracontrattuale.* – 3. *La responsabilità amministrativa atipica ed i precedenti giurisprudenziali degli anni '70-'80 in materia di danno all'economia nazionale e di danno ambientale. La vocazione dell'angelo custode tradotta in concreto!* – 4. *Le criticità e la risposta legislativa.* – 5. *Segue: il problema del danno erariale derivante da scelte discrezionali.* – 6. *Le nuove linee evolutive della responsabilità amministrativa: tendenza a conformare la responsabilità amministrativa secondo modelli di tipicità. Ratio e limiti.* – 7. *La nuova conformazione del danno erariale alla luce degli interventi legislativi di cui alla legislazione emergenziale. Critica.* – 8. *Evoluzione del danno erariale. Il nuovo spazio della colpa omissiva.* – 9. *Considerazioni conclusive.*

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

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

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

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

Proporrò quindi delle riflessioni sparse che hanno come filo conduttore in una prospettiva storica, il dialogo che si è sviluppato negli anni sul tema tra giudice e legislatore, al fine di cogliere le prospettive che si aprono per la responsabilità amministrativa quale istituto fondamentale nell'ambito delle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti, che devono porsi a garanzia del diritto obiettivo e/o della legalità e non di interessi di parte o dello Stato-amministrazione come ricordavano i maestri Crisafulli e Paladin (1).

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

I punti centrali della dialettica sono due, fra loro intimamente collegati: la funzione e/o natura della responsabilità amministrativa e la nozione di danno erariale da sempre assai sfuggibile ed indefinita (2). Questi aspetti si riverberano sugli stessi elementi strutturali della responsabilità amministrativa, rilevanti anche ai fini del rapporto della giurisdizione contabile con le altre giurisdizioni (ordinaria e amministrativa).

Iniziamo dal danno erariale. Quanto ad esso non v'è dubbio che ci si trovi di fronte ad una delle categorie più complesse dell'esperienza giuridica, al pari di quella del danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. (3).

Ci sono state stagioni (a mio giudizio assai fertili e felici), nelle quali, sulla base della clausola generale di cui all'art. 82 della legge di contabilità del 1923, il danno erariale è stato inteso dalla giurisprudenza contabile – con l'avallo della Corte di cassazione – in senso assai ampio, quale *“[ingiusta] lesione di un interesse economicamente valutabile di pertinenza dello Stato”*. Si è inteso così valorizzare una disposizione dal contenuto elastico individuando nella Costituzione i beni/valori da presidiare.

(*) Presidente della Sezione giurisdizionale per il Piemonte della Corte dei conti.

(1) V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 634 ss.

(2) L'indubbia complessità che incontra la configurazione del danno erariale non è solo dovuta ad una diversa natura del danno, quanto agli ostacoli che nella realtà storica incontra il suo accertamento, a causa della complessità dell'azione amministrativa, la contrapposizione di interessi pubblici e privati, la pluralità delle motivazioni politiche e tecniche che concorrono ad ogni soluzione adottata nell'interesse della generalità.

(3) Nel campo della responsabilità civile aquiliana a partire dalla fondamentale opera di S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1969, il tema dell'ingiustizia del danno è uno di quelli che hanno ricevuto maggiore attenzione in dottrina.

Ciò ha spinto il legislatore ad interventi *ad hoc* fortemente limitativi se non soppressivi della giurisdizione contabile in alcune tipologie di danno e più in generale di forte contenimento degli ambiti di cognizione del giudice, al fine di arginare un sindacato troppo penetrante ed un incontrollato soggettivismo. Ne è un chiaro esempio la norma introdotta nella stagione emergenziale di cui all'art. 21, c. 2, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che ha limitato la responsabilità amministrativa alle sole condotte dolose, al quale dedicherò una breve riflessione nella parte conclusiva del mio intervento.

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

Non infrequentemente le fattispecie tipizzate hanno ricalcato l'antico schema delle c.d. responsabilità formali di cui al r.d. n. 383/1934, artt. 252 ss. (4), incidendo sul meccanismo di imputazione del danno erariale atteso che nella struttura delle norme in alcuni casi è la commissione della condotta in quanto tale a giustificare la responsabilità a prescindere dalla sussistenza di un danno risarcibile, in altri fra i quali il danno all'immagine il legislatore ha indicato un criterio presuntivo di quantificazione del danno (5).

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

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

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

A questi interrogativi di fondo la Corte costituzionale sin dagli anni '90 (Corte cost. n. 371/1998) ha dato risposta riconoscendo nella responsabilità amministrativa la combinazione di elementi restitutori e di deterrenza *"in funzione della determinazione della parte del rischio dell'attività che deve rimanere a carico dell'apparato e di quella da porre a carico del dipendente nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere per dipendenti amministratori pubblici la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo"* (6).

Più vaghe sono le indicazioni circa l'individuazione del soggetto danneggiato: l'amministrazione, l'apparato e/o la collettività nel suo complesso, che il legislatore evoca ai fini dell'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* (7).

(4) Seppure Corte conti, Sez. riun., n. 12/2011/Qm ha considerato tali fattispecie alla stregua di fattispecie ordinarie di responsabilità è evidente che detta conclusione – un po' forzata – ha cercato di fugare i possibili dubbi di costituzionalità, che erano stati sollevati per le risalenti responsabilità formali risolti nel 1983 dalla Corte costituzionale sulla base del dritto vivente.

(5) Si possono ricordare a mero titolo esemplificativo: a) "il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti" (art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001); b) "in ipotesi di violazione del divieto di svolgere incarichi retribuiti senza conferimento o previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, il dipendente pubblico è tenuto a versare il relativo compenso «nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza [...] per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti», con la conseguenza che "L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti" (art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001); c) "la partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti, che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche, nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica; essa può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute ove previsto dalla normativa vigente; qualora siano già previsti i gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta giornaliera. La violazione di quanto previsto dal presente comma determina responsabilità erariale" (art. 6, c. 2, d.l. n. 78/2010). "Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente". In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza risponde "per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione" (art. 1, c. 12, l. n. 190/2012).

(6) Già in dottrina, in epoca risalente, Paolo Maddalena, al quale si deve la prima elaborazione sul piano non solo teorico ma applicativo del danno ambientale, scriveva che "il cammino verso una definizione giuridica della responsabilità amministrativa è un cammino irto di ostacoli perché la responsabilità amministrativa appare come un Idra con due teste: da un lato ci sono elementi propri della responsabilità civile che si richiamano al principio della reintegrazione del danno, dall'altro elementi propri di una responsabilità di diritto pubblico che si collegano all'esigenza di una sanzione adeguata alla colpa del dipendente": P. Maddalena, *La responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici: rapporti con la responsabilità civile e sue peculiarità*, in *La Corte dei conti strumento di attuazione della costituzione nella materia della finanza pubblica* (Atti del convegno "Corte dei conti e finanza pubblica", Napoli-Salerno, 19-21 gennaio 1979), Napoli, Esi, 1979.

(7) L'art. 1, c. 1-bis, l. n. 20/1994 impone alla Corte dei conti di tener conto, nella determinazione del *quantum* risarcibile, dei "vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata".

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

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

È quanto continua a ricordarci la Suprema Corte di cassazione allorquando nella sua giurisprudenza ormai costante resa in sede di ricorsi per motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111 Cost.* (cfr. S.U. n. 14230/2020) afferma che: “*non sussiste la violazione del principio del ne bis in idem tra il giudizio civile introdotto dalla p.a. avente ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo conseguente alla violazione di un obbligo civile contrattuale legale o della clausola generale di danno aquiliano da parte di un soggetto investito del rapporto di servizio con essa, ed il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla corte dei conti dal procuratore contabile nell'esercizio dell'azione obbligatoria che gli compete, ed invero la prima causa è finalizzata al pieno ristoro del danno con funzione riparatoria integralmente compensativo a protezione dell'interesse particolare della singola amministrazione attrice, mentre l'altra è invece volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della pubblica amministrazione, e al corretto impiego delle risorse con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatorie*” (8).

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

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

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

Sullo sfondo ci sono i principi costituzionali (art. 97 Cost.) secondo i quali la p.a. deve essere efficace, efficiente ed imparziale e garantire il buon andamento. Ma questi aspetti attengono al profilo della lesione, all'ingiustizia del danno e non contribuiscono ad enucleare i criteri per valutare se da quella lesione si siano prodotte conseguenze economicamente apprezzabili, ulteriori e diverse rispetto all'interesse patrimoniale della singola amministrazione. L'elaborazione in via pretoria ad opera della giurisprudenza contabile di specifiche categorie di danno (alla concorrenza, da disservizio, da tangente, all'immagine) corredate da parametri di quantificazione dimostrano lo sforzo volto ad esaltare non solo lo scopo riparatorio del danno ma soprattutto la lesione del buon andamento e dell'interesse generale e lo sviamento dal fine pubblico (9).

(8) La disciplina della responsabilità amministrativa presenta numerosi istituti sostanziali e processuali che la connotano diversamente rispetto alla responsabilità civile, quali: l'insindacabilità dei comportamenti connaturati da colpa lieve; l'uso del potere riduttivo per i fatti non dolosi; insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali; applicazione della *compensatio lucri cum damno*, in termini più ampi di quelli concessi al giudice ordinario; riduzione del danno per l'apporto causale di soggetti non evocati in giudizio; della applicazione dei benefici del rito monitorio e del rito abbreviato; operatività del termine quinquennale di prescrizione; della non trasmissione agli eredi se non in caso di riscontrato arricchimento.

(9) Sul versante della responsabilità civile ci si interroga da parte della dottrina su detto aspetto problematico giungendosi a sostenere che la funzione del risarcimento non è soltanto quella di compensare la perdita subita ad un patrimonio, ancorché inteso in senso ampio. La funzione compensativa è quella in base alla quale, in termini di equivalenza giuridica, si riporta un patrimonio nello stato in cui era prima della commissione del fatto, tenuto conto dell'interesse soggettivo del soggetto pregiudicato da un certo evento dannoso. Quando si trasfondono questi dubbi nel campo del danno erariale ci si accorge di quanto sia difficoltosa la quantificazione del danno derivante dalla lesione di un interesse pubblico generale quantunque di rango costituzionale in assenza di criteri legislativi di riferimento. Dette innegabili difficoltà spiegano il perché la giurisprudenza contabile abbia ammesso senza porsi dubbi di coerenza del sistema, la carenza di interesse ad agire del p.m. contabile ove il danno sia stato integralmente risarcito in altra sede civile o penale, o le somme recuperate dall'ente in via amministrativa, soluzione certamente non appagante ove il danno erariale sia individuato nella lesione di interessi e ben valori non di

La problematicità di questo aspetto si riflette in alcuni passaggi motivazionali della recente sentenza della Corte costituzionale n. 203/2022 che ha dato per ammessa la co-legittimazione del p.m. e dell'amministrazione creditrice ad agire innanzi a distinte giurisdizioni per la tutela del credito, *sub specie di possibile danno erariale o civile*, già riconosciuta dalla Corte di cassazione con ord. n. 28183/2020 e n. 14792/2016 (10).

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

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

Qualche cenno sulla genesi che non va mai dimenticata!

È certo che la responsabilità amministrativa nasce come *genus a sé stante* nell'ambito di quelle che erano definite, con una locuzione generica ed alquanto approssimativa, le "responsabilità contabili" attribuite alla giurisdizione della Corte dei conti (art. 61 legge di contabilità di Stato del 1869, riprodotto dall'art. 67 della legge di contabilità del 1884) secondo cui "*gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato, e specialmente quelli ai quali è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini, dovranno rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato. A tale effetto essi sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, la quale potrà porre a loro carico una parte o tutto il valore perduto*".

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

Le responsabilità di questi pubblici ufficiali erano quindi sempre collegate alla *gestione finanziaria formalizzata* e perciò risultavano connesse alle gestioni contabili così che potevano essere giudicate non soltanto con i *giudizi speciali* ma ancora con i *giudizi di conto* considerati nella loro possibile estensione soggettiva ed oggettiva (11).

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

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

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

C'è da chiedersi se la giurisprudenza dell'epoca ebbe, sin dall'inizio, piena consapevolezza della nuova fisionomia della responsabilità amministrativa. Si ebbe, in altri termini, chiaro che il legislatore attraverso l'art. 82, e la disciplina ad essa successiva (art. 52 r.d. n.1214/1934, t.u. leggi sulla Corte dei conti, e art. 18 d.p.r. n. 3/1957) aveva sostanzialmente introdotto una *norma in bianco* che sanciva l'obbligo del funzionario di rispondere del danno cagionato allo Stato nell'esercizio o in occasione delle pubbliche funzioni?

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

pertinenza esclusiva dell'ente danneggiato, ma della collettività e del corpo sociale di cui gli stessi sono enti esponenziali (cfr. fra le tante Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 10 gennaio 2017, n. 4).

(10) La Corte costituzionale con sent. 7 luglio 2022, n. 203, si è pronunciata sulla questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 83, cc. 1 e 2, dell'allegato 1 al codice di giustizia contabile sollevata dalla Sezione giurisdizionale per la Campania che recitano: "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".

ancora vigenti, seppur in mutato contesto giuridico di riferimento, in quanto non abrogate, neppure a seguito dell'entrata in vigore del codice della giustizia contabile (12).

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

Sotto altro aspetto il dibattito teorico si concentrò principalmente sulla questione della natura contrattuale o aquiliana della responsabilità amministrativa: dottrina e giurisprudenza prevalenti, mentre non dubitavano della natura contrattuale della responsabilità contabile, configuravano come aquiliana la connessa responsabilità degli altri pubblici ufficiali stipendiati in quanto ritenuta non conseguente all'inadempimento della prestazione lavorativa (da svolgere con perizia e diligenza) quanto alla violazione del generico dovere del *neminem laedere* (13).

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

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

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

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

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

Solo successivamente, pure ammettendo che la responsabilità amministrativa rientrasse nelle materie di contabilità pubblica nelle pronunce degli anni '80 ed in particolare nella n. 349/1986 (la responsabilità dei pubblici dipendenti per danni arrecati all'ambiente), inizia a farsi strada l'idea che la Corte dei conti non possa ritenersi il giudice esclusivo della tutela dei danni pubblici perché la sua giurisdizione è solo tendenzialmente generale.

Da qui nasce una incomprensione di fondo che è alla base del problema del doppio binario. Ci sono danni pubblici che sicuramente possono essere azionati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri, nei confronti dell'amministratore pubblico del dipendente che abbia cagionato un danno. Ci sono tuttavia altri danni pubblici rispetto ai quali la pubblica amministrazione non ha alcun potere né legittimazione non essendone titolare: sono quelli che riguardano la lesione dell'interesse generale e oggettivo e presidiano il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione e possono essere azionati solo da un organo neutrale come il p.m.

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

I precedenti giurisprudenziali che hanno, per la prima volta, superato la concezione ragionieristica del danno erariale si collocano tra gli anni '70 e l'inizio degli anni '80, in quella che ben può essere definita una stagione assai fertile in ordine al significato da attribuire alla nozione di danno, che veniva a svilupparsi in perfetto parallelismo con la

(12) Le Sezioni unite hanno infatti affermato che “la generale previsione delle norme limitandosi a sanzionare l'obbligo di rispondere del danno cagionato allo Stato nell'esercizio delle pubbliche funzioni senza tuttavia individuare i beni giuridici protetti, possono considerarsi norme in bianco che si completano con ogni altra norma che attribuendo protezione e quindi assumendo tra le finalità perseguite dallo Stato un determinato interesse di carattere generale conferisce a questo natura di bene giuridico riferendolo al contempo allo Stato stesso”. Più di recente la stessa enunciazione contenuta nelle motivazioni della pronuncia Corte conti, Sez. riun., n. 12/2007/Qm, in cui si afferma che “la responsabilità di tipo risarcitorio è configurata dal legislatore mediante ricorso ad una clausola generale, secondo cui la responsabilità discende dall'aver cagionato un danno patrimoniale all'amministrazione pubblica in violazione degli obblighi di servizio e con comportamenti omissivi o commissivi connotati dall'elemento soggettivo del dolo della colpa grave”.

(13) Solo a partire dalla decisione 15 dicembre 1949, n. 32, la Corte dei conti affermava con chiarezza che la responsabilità amministrativa deriva non dalla violazione del generico obbligo di *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c., quanto dalla violazione degli obblighi di servizio.

riflessione che, sul versante privatistico, sin dagli anni '60 aveva investito la responsabilità civile ed il concetto di danno ingiusto oltre che la tutela degli interessi diffusi e collettivi.

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

Mi riferisco alle note sentenze rese dalle Sezioni unite della Cassazione (n. 2/1980 e n. 21/1983) nelle quali si è rispettivamente affermata la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità amministrativa promossa nei confronti di una banca agente per conto dell'Ufficio italiano cambi, per aver consentito l'illegale costituzione all'estero di disponibilità valutarie, e "*soggetto alla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti l'istituto di credito che operando quale agenzia della Banca d'Italia abbia recato danno allo Stato concedendo colposamente benessere ad operazioni effettuate suo tramite di pagamento di accredito di valuta all'estero per acquisto di merci dalle quali si è derivata una illecita esportazione di valuta*" (14).

L'innovatività delle questioni è resa evidente dal fatto che, come ricordato con risalto dal Procuratore generale della Corte dei conti dell'epoca (Sinopoli) nelle relazioni sull'attività svolta durante gli anni 1977 e 1978, per la prima volta l'azione di responsabilità che aveva dato luogo all'intervento delle S.U. della Cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione veniva collegata alla vocazione dell'angelo custode della giurisdizione contabile e "*a porsi come strumento di tutela degli interessi diffusi*" nonché alla figura del "*danno pubblico per turbativa dell'equilibrio di bilancio*" (15).

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

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

Il superamento del tradizionale concetto di danno erariale veniva accolta senza riserve e con grande lucidità e ricchezza argomentativa dalla Corte suprema di cassazione nelle pronunce richiamate. In esse (n. 2/1980) si afferma che "*non riscontrandosi nella lettera della legge alcuna qualificazione oggettiva del danno erariale e non incontrandosi alcun limite ai fini del collegamento dell'antigiuridicità ad un comportamento soggettivamente concreto – la concezione ontologica del danno erariale debba essere individuata nella (ingiusta) lesione di un interesse economicamente valutabile di pertinenza dello Stato*". Nella specie detto interesse veniva individuato nell'"*interesse generale del corpo sociale alla salvaguardia, all'incremento ed al progresso dell'economia nazionale*" rilevandosi che: "*lo Stato comunità nell'attuale momento storico mira mediante l'opera del suo complesso ed articolato apparato ad assicurare, con cura attenta e sollecita, l'equilibrio economico della società, costituente finalità pubblica primaria dello stato moderno. All'uopo è stato predisposto un coordinato e graduato sistema di strumenti normativi, giudiziari, amministrativi rivolto ad attuare attraverso predeterminate specifiche funzioni demandate ad organi dello Stato amministrazione, la tutela concreta dell'interesse generale del corpo sociale alla salvaguardia all'incremento il progresso dell'economia nazionale. E sotto questo aspetto e cioè in correlazione ed a causa delle predette funzioni detto interesse deve considerarsi assunto come proprio dello Stato, di modo che ogni fatto che ne ostacoli o ne comprometta la realizzazione e comunque incida negativamente sul conseguimento, in concreto dei fini cui sono preordinate le funzioni pubbliche di cui si discute, integra – oltre alla menomazione della detta sfera funzionale – anche la lesione dello specifico interesse pubblico cui essa risulta coordinata e di cui lo Stato, appunto per le funzioni di cui è investito è titolare.*

E tale lesione è senza dubbio astrattamente idonea a tradursi in un pregiudizio economico ed a configurare perciò un danno antigiuridico".

(14) Cass., S.U., 4 gennaio 1980, n. 2; in *Foro it.*, 1980, I, 45; 21 ottobre 1983, n. 6177, *ivi*, 1984, 129.

(15) Assai innovativo è il criterio di quantificazione del danno subito dall'erario facendo riferimento al pregiudizio subito dall'economia nazionale per il permanere all'estero della somma illegalmente esportata. Il procedimento seguito per la quantificazione è stato rapportato alla somma rappresentativa dell'apporto di reddito che sarebbe entrato nel calcolo del prodotto nazionale netto per gli anni '73, '74, '75 e '76 ove la somma non fosse stata illegalmente esportata; non soltanto quindi l'individuazione dell'elemento danno effettuato in rapporto all'interesse generale dell'economia italiana ma anche la quantificazione operata con riferimento al pregiudizio che l'economia generale ha subito per l'incidenza percentuale della somma esportata sul prodotto nazionale netto; il procuratore generale della Corte dei conti ha infatti ritenuto riduttivo computare il danno con riferimento all'incidenza negativa che l'evento avuto sulle entrate fiscali dello Stato ed il criterio fondato sul calcolo del reddito che l'ufficio Italiano cambi avrebbe conseguito investendo all'estero le somme esportate; le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno accolto questa impostazione accettando una configurazione del danno erariale come inferto all'economia nazionale.

L'avallo della Corte di cassazione alla configurazione atipica del danno erariale proposta con grande lucidità e coraggio da parte della magistratura contabile era dunque totale ed incondizionato e con sorprendente modernità anticipava di molti anni lo schema motivazionale della pur dirompente sentenza n. 500/1999 della Corte regolatrice sulla risarcibilità degli interessi legittimi (preceduta solo dalla sentenza del 1971 sulla risarcibilità dei diritti relativi) assumendo come anti-giuridica la lesione dell'interesse generale del corpo sociale alla salvaguardia e all'incremento del progresso dell'economia nazionale.

4. *Le criticità e la risposta legislativa*

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

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

In materia di danno ambientale il legislatore sarebbe intervenuto di lì a poco con la legge n. 349/1986, il cui art. 18 devolveva alla giurisdizione ordinaria la materia relativa al risarcimento del danno ambientale azionabile ad istanza dello Stato ed enti territoriali, salva la giurisdizione della Corte dei conti in limitate ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile (16). Solo all'esito di una complessa evoluzione della normativa nazionale di recepimento del diritto europeo si è poi giunti ad una (limitata) reintroduzione del danno ambientale alla magistratura contabile (art. 313, c. 6, d.lgs. n. 152/2006, codice dell'ambiente) (17).

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

Intanto è da ricordare che la legge n. 20/1994 aveva escluso i provvedimenti in materia monetaria, creditizia, mobiliare e valutaria (art. 3, c. 13) dai controlli preventivi di legittimità della Corte dei conti (18). Tale scelta era indubbiamente motivata dall'esigenza di sottrarre al controllo preventivo del giudice alcune decisioni macro economiche o di indirizzo caratterizzate da alto tasso di politicITÀ.

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

Veniva così di fatto ad essere scoraggiata l'individuazione di un danno erariale atipico *in subiecta materia* da parte del p.m. contabile e sostanzialmente condivisa e accettata l'introduzione ad opera del legislatore di fattispecie di danno erariale tipizzate, destinate a presidiare il mancato rispetto dei vincoli finanziari e l'integrità ed equilibrio del bilancio, senza tuttavia considerare che, in alcuni casi, il danno così considerato tornava ad essere inteso in senso formalistico e ragionieristico-contabile, cioè come violazione della correttezza procedurale, connotazione assai distante dall'accezione aperta (danno inferto al corpo sociale, all'economia dello Stato-comunità ed ai suoi interessi) che era stata accolta dalla Cassazione negli anni '80.

5. *Segue: il problema del danno erariale derivante da scelte discrezionali*

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

(16) Con ordinanze emesse il 1° ottobre 1986 e il 9 gennaio 1987, le Sezioni riunite della Corte dei conti investivano la Corte costituzionale in via incidentale del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 18, c. 2, della l. 8 luglio 1986, n. 349. La Corte si pronunciava con la famosa sentenza n. 641/1987 nella cui articolata motivazione veniva confermato che la giurisdizione della Corte dei conti, nelle materie di contabilità pubblica, è solo tendenzialmente generale. Quanto alla giurisprudenza formatasi in sede civile acutamente si poneva in rilievo (Maddalena) come in realtà il fondamento dell'azione di risarcimento per danno ambientale da parte dello Stato, delle regioni e degli enti territoriali non veniva interpretata dalla giurisprudenza come la lesione di interessi generali o collettivi, quanto la lesione del territorio quale elemento costitutivo dell'ente – quindi una lesione di carattere personale – restando fuori dalla tutela risarcitoria il danno erariale subito dalla collettività (Cass. 28 aprile 1986).

(17) La norma prevede che “*nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministro [...], anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio*”. Infine, l'art. 318 dispone l'abrogazione pressoché integrale dell'art. 18 della l. n. 349/1986.

(18) La Corte aveva reagito alla sottrazione proponendo un conflitto di attribuzione depositato in data 2 febbraio 1995 denunciando il reiterato ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza da parte del Governo e comunque la lesione delle proprie attribuzioni costituzionali garantite dall'art. 100 della Costituzione. La Corte costituzionale con sent. n. 302/1995, red. Cheli, respingeva il ricorso ritenendo che all'epoca della proposizione del conflitto sulla base della normativa vigente non spettava alla Corte sottoporre a controllo il decreto del Ministro del tesoro n. 242632/1993.

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

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

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

Il legislatore, in questo caso ha recepito in norma un punto di arrivo al quale la giurisprudenza era pervenuta molto tempo prima!

Già a partire dai primi anni '70 la Corte aveva infatti affermato la sindacabilità giudiziale e la configurabilità di una responsabilità amministrativa per *manca di convenienza* dell'atto posto in essere, essendo astrattamente ravvisabile in tali ipotesi sia il presupposto soggettivo della violazione di un obbligo di servizio (l'obbligo di perseguire il fine della convenienza amministrativa) sia il presupposto oggettivo del danno ingiusto (erogazione di somme che non realizzano l'interesse dell'amministrazione) (19).

In quel primo schema teorico il criterio di convenienza veniva individuato nel risultare l'azione compresa fra quelle ammissibili quale un'obiettiva alternativa di scelta dell'azione pubblica; per sottrarre poi la valutazione circa la opportunità della scelta alla personale opinione del giudice il giudice contabile tenta di delineare un ambito più circoscritto della propria potestà sindacatoria.

Per contrastare le possibili critiche di eccessiva pervasività del controllo del giudice la Corte aveva poi affinato il criterio introducendo il parametro della *razionalità della scelta* (20).

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

In effetti, a fronte delle incertezze della giurisprudenza contabile circa l'esatta interpretazione del limite legislativo, le Sezioni unite della Corte di cassazione, adite ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, avevano sin dal 2001 offerto soluzioni non del tutto coerenti, oscillanti tra un'interpretazione sin troppo "rigida e formalistica" del limite legislativo ed interpretazioni sin troppo ampie, tali da renderne "evanescente" la reale portata.

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

Successivamente, nel 2006, con una sentenza accuratamente motivata dal punto di vista sistematico-ricostruttivo e per molti versi innovativa, che potrebbe essere idealmente ascritta ad una "*terza fase*" della faticosa evoluzione della Corte, si perviene ad un approccio interpretativo nuovo cimentandosi nel delicatissimo compito di distinguere l'attività discrezionale della p.a. da quella svolta secondo strumenti privatistici e imprenditoriali scrutinabili solo in base al parametro della razionalità (21).

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

(19) La motivazione di una sentenza degli anni '70 che inaugura questo corso (Corte conti, Sez. II, n. 15/1973) è molto attenta nell'individuare la problematica giuridica di fondo proposta dal tema della sindacabilità del potere discrezionale degli amministratori: può ammettersi imputazione di responsabilità per danno in assenza di entità obiettive fisse predeterminate che qualificano in senso antiguridico la condotta dell'agente? Nella ricerca dell'entità predeterminata la Corte introduce il criterio del comportamento normale dell'agente pubblico assumendo quale criterio di discriminazione della risarcibilità la constatazione che "*posto che l'attività oggetto di indagine è essenzialmente attività di scelta di mezzi in relazione a determinati fini e che questa scelta deve operarsi secondo il criterio della convenienza, il sindacato giurisdizionale potrà estendersi fino a dove sia possibile predeterminare sulla base delle nozioni di comune esperienza e dei normali criteri di diligenza perizia una precisa correlazione, positiva o negativa, di convenienza tra un certo risultato e l'azione per ottenerlo. Ove al contrario sussista in base agli stessi criteri un'obiettiva alternativa di scelta non è possibile effettuare alcun sindacato giurisdizionale poiché il criterio per valutare l'esattezza della scelta concretamente effettuata verrebbe ad essere costituito meramente dalla personale opinione del giudice*".

(20) Corte conti, Sez. I, n. 17/1979, in *Foro amm.*, 1979, 1980.

(21) Si tratta della sentenza n. 7024/2006 nella quale viene condotta una pregevole disamina sul concetto di discrezionalità in relazione all'ampiezza del sindacato del giudice. In particolare viene bene posto in evidenza dalle S.U. come la discrezionalità attenga soltanto alle attività di rilievo pubblicistico regolate dal principio di tipicità degli atti amministrativi, ragion per cui non può parlarsi di discrezionalità laddove l'agire amministrativo avviene attraverso atti di diritto privato ovvero esercizio di attività di impresa. In tale ipotesi il cosiddetto controllo di ragionevolezza va tenuto nettamente distinto dal controllo sulla discrezionalità.

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

Il mutamento del quadro costituzionale realizzatosi attraverso la riforma del 2012 produce rilevanti modifiche sulla materia della contabilità pubblica e incide sulla conformazione della responsabilità amministrativa e del danno erariale (22).

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

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

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

I risultati dello sforzo ricostruttivo non appaiono tuttavia, su detto versante, risolutivi, riproponendosi da parte della Corte di cassazione il già collaudato schema dualista della reciproca indipendenza delle due azioni (civile ed erariale) che sul piano applicativo sconta le gravi criticità già ricordate nella premessa.

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

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

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

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

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

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

Più di un cenno, prima delle considerazioni conclusive, merita la nuova configurazione del danno erariale dopo l'art. 21 del d.l. n. 76/2020 già richiamato nelle considerazioni generali introduttive (23).

La norma ha già formato oggetto di approfondimenti in molte ed autorevoli sedi istituzionali e scientifiche nelle quali si è concordemente criticato, *in primis* sul piano delle scelte di politica legislativa, il sostanziale azzeramento di una funzione essenziale di garanzia nel momento in cui il Paese ne ha più bisogno (Massimo Luciani).

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

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

Quando si parla di danno (erariale) ingiusto o di danno evento ci si riferisce all'elemento oggettivo del fatto illecito, alla lesione dell'interesse tutelato. Quando si parla di danno in relazione al risarcimento e cioè con riguardo alle

(22) La l. cost. n. 1/2012 come noto modifica gli artt. 81, 97, 100, 117 e 119 della Costituzione introducendo il principio del pareggio di bilancio; alla legge costituzionale segue la l. n. 243/2012, che porta a compimento un ciclo evolutivo che collega il bilancio dello Stato con quello degli enti del settore pubblico allargato.

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

conseguenze sanzionatorie l'espressione assume il significato di perdite patrimoniali, mancati guadagni, ossia pregiudizi di natura economica.

L'uso promiscuo dei due concetti anche nelle decisioni giudiziarie non è ammissibile: si deve aver chiara la differenza fra l'elemento oggettivo del fatto illecito (la tradizionale *iniuria* di cui all'art. 2043 c.c.), e pregiudizio risarcibile cui si riferiscono altre norme (artt. 1225, 1227, 2058, 2059 c.c.). Sovrapporre tali concetti equivale a mescolare aspetti diversi: quello della ingiustizia della lesione, quello della individuazione del responsabile, quello della selezione dei pregiudizi risarcibili (24).

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

8. *Evoluzione del danno erariale. Il nuovo spazio della colpa omissiva*

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

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

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

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

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

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

Sotto questo aspetto viene richiamata l'esigenza di una tipizzazione legislativa che qualifichi la doverosità di una condotta, atteso che, pensare che in luogo di una norma apposita, possa essere l'interprete a stabilire quando l'obbligo che si pretende violato sussista, significa rendere l'interprete signore della qualificazione di antiggiuridicità e immediatamente della sua illiceità, e poiché quest'ultima è qualificazione essenziale del fatto ai fini dell'effetto risarcitorio, la responsabilità che è obbligazione dipenderebbe nel suo nascere da una valutazione dell'interprete in contrasto con l'art. 23 Cost. (25).

Questo l'ambiente civilistico, non del tutto favorevole alla responsabilità per colpa omissiva, anche se nell'ambito della responsabilità sanitaria, una interessante pronuncia resa l'11 gennaio 2019 dalla Corte d'appello di Palermo, quale giudice del rinvio, ha affermato che la responsabilità civile (sia essa legata alle conseguenze dell'inadempimento di obbligazioni o di un fatto illecito aquiliano), la verifica del nesso causale tra la condotta omissiva e il fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità (positiva o negativa) del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio contro fattuale, che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto (26).

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

(24) L'art. 2043 c.c. va letto con una duplice previsione. L'una riferita alla clausola generale di responsabilità, l'altra che fissa i criteri di collegamento e di imputazione. La dottrina civilistica è molto attenta.

(25) G. Alpa, *La responsabilità civile*, Torino, Utet, 2010, 173 ss.

(26) Tale giudizio deve essere effettuato sulla scorta del criterio del "più probabile che non", conformandosi a uno standard di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana).

di provvedimenti lesivi dell'interesse pubblico a rimuovere un atto produttivo di danno erariale (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* l. 241/1990 e s.m.i.) (27).

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

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

9. Considerazioni conclusive

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

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

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

Si apre dunque una nuova strada nel percorrere la quale la magistratura contabile dovrà attingere necessariamente al rigore delle categorie giuridiche per sforzarsi di costruire con equilibrio e misura, nuove figure di danno erariale, non azionabile innanzi ad alcun plesso giurisdizionale diverso da quello contabile, interpretando così con fedeltà la propria missione che non è quella di tutelare interessi di parte delle singole amministrazioni ma interessi generali facenti capo allo Stato-comunità (28).

* * *

(27) L'art. 52, c. 6, c.g.c. stabilisce che "resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo se possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari ad evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione".

(28) Sarà tuttavia necessario un ancor più accorto esercizio da parte del giudice contabile del potere di quantificazione del danno erariale *ex art.* 1226 c.c. alla luce dei parametri di tipicità (in base ai precedenti giurisprudenziali), prevedibilità (criteri di quantificazione prefissati), proporzionalità.