

I mezzi deflattivi del contenzioso e le proposte de jure condendo:alcune riflessioni in tema di responsabilità erariale

Intervento del Cons. Carlo Picuno – Magistrato della Corte dei conti

1. *Configurabilità di fattispecie di responsabilità erariale nell'esercizio dell'attività di mediazione:un mito da sfatare*

L'operatore giuridico e, purtroppo sempre più di frequente, il cittadino si scontra nei propri rapporti con la P.A. dinanzi al *Moloch* che sembra condizionare l'intera attività degli amministratori pubblici condizionandone tempi e scelte gestionali: la "paura" di apporre la propria firma, operazione che scatenerrebbe orde di pubblici ministeri contabili pronti ad inviare inviti a dedurre e conseguenti citazioni, è assurda ad un livello talmente esiziale da aver convinto persino il legislatore ad apportare inevitabili interventi, pena il blocco totale di procedure amministrative necessarie in questa epoca pandemica.

Tuttavia la semplice conoscenza dei parametri normativi regolanti l'istituto della responsabilità amministrativo-contabile, ben definiti in seguito ad interventi normativi posti a partire dal 1994, appare sufficiente al eliminare del tutto quello che sempre più appare essere un vero e proprio mito da sfatare.

Difatti l'art.1 della legge 14 gennaio 1994 n. 20 costruisce l'apparato normativo dell'istituto su un paradigma costituito dai seguenti fattori:

- a) L'esistenza di un rapporto di impiego o di servizio con un'amministrazione pubblica (si ricorda che per i componenti di organi di amministrazione ed i dipendenti di Società *in house* l'art. 12 del D.Lgs.n. 175/2016 individua la competenza della Corte dei conti);
- b) Uno o più comportamenti attivi e/o omissivi;
- c) L'esistenza di un danno - esprimibile in termini di danno emergente o lucro cessante - economicamente valutabile e caratterizzato da certezza, effettività ed attualità;
- d) L'individuazione di un elemento soggettivo costituito dal dolo o dalla colpa grave;
- e) L'esistenza di un nesso di causalità che consenta di ricondurre inequivocabilmente la responsabilità al soggetto che ne ha determinato la verificaione.

La richiamata norma applica, tuttavia, una serie di integrazioni rispetto all'ordinario regime di responsabilità delineato dal codice civile in quanto trovano applicazione i seguenti istituti:

1. La responsabilità è personale ed al giudice contabile risulta preclusa la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali (salvo il limite delle scelte arbitrarie ed irragionevoli¹);
2. La gravità della colpa è esclusa 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;
3. Il debito erariale si trasmette agli eredi solo nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi;
4. Nel giudizio erariale deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata;
5. Nel caso di deliberazioni di organi collegiali la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole. Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi

¹ *Ex multis* Corte dei conti I Sezione Centrale di appello n. 296/2015 “..in base all’art. 1, comma 1, L. n. 20 del 1994, l’esercizio in concreto del potere discrezionale dei pubblici amministratori, ossia la scelta comparativa tra più soluzioni equivalenti sul piano del merito (Cass. SS.UU. sent. n. 21291 del 2005), costituisce espressione di una sfera di autonomia che il legislatore ha inteso salvaguardare dal sindacato della Corte dei conti; in tale prospettiva, le aree della discrezionalità amministrativa “devono essere espressamente attribuite dalla legge”, escludendo dal sindacato giurisdizionale sulle scelte discrezionali “soltanto quelle in relazione alle quali la legge attribuisce all’amministrazione una scelta elettiva tra diversi comportamenti, negli stretti limiti di tale attribuzione” (v. SS.UU., sent. n. 7024 del 2006). In tale contesto, secondo le SS.UU. della Cassazione occorre tenere presente un “aspetto fondamentale, che è quello di individuare le norme che attribuiscono spazi di discrezionalità. Spesso, infatti, vengono considerate come discrezionali valutazioni che non si ricollegano all’attribuzione, da parte del legislatore, di una scelta elettiva fra più comportamenti, attribuzione che, come si è detto, riconduce l’agire discrezionale al principio di legalità” (v. SS.UU., sent. n. 7024 del 2006) Sempre l’art. 1, comma 1, della L. n. 241 del 1990, stabilisce che l’esercizio dell’attività amministrativa deve ispirarsi ai criteri di economicità e di efficacia, che costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall’art. 97 Cost., e assumono rilevanza sul piano della legittimità (non della mera opportunità) dell’azione amministrativa. Pertanto, la verifica della legittimità dell’attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti.

A tale stregua, l’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti non comporta la sottrazione di tali scelte ad ogni possibilità di controllo della conformità alla legge dell’attività amministrativa anche sotto l’aspetto funzionale, vale a dire in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore. Più in generale è stato altresì precisato che il comportamento contra legem del pubblico amministratore non è mai al riparo dalla valutazione giurisdizionale non potendo esso costituire esercizio di scelta discrezionale insindacabile (cfr., ad esempio, Cass. S.U. (Ordin.) 27 febbraio 2008 n. 5083; Cass. S.U. 28 marzo 2006 n. 7024).

- politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione;
6. 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; inoltre rispondono del danno in via solidale i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo;
 7. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta.

Il recente decreto legge n. 76/2020 (c.d. d.l. "semplificazioni") – convertito nella legge n. 120/2020 - è intervenuta sull'impianto normativo in modo che appare ulteriormente remissivo rispetto alle funzioni di tutela degli equilibri di bilancio e sostenibilità dell'indebitamento, declinato quale obbligo gravante sui pubblici dipendenti nella vigente versione dell'art. 97 della Costituzione.

In particolare il comma 1 – intervenendo sull'art 1 della l.n. 20/1994)- ha strutturalmente modificato il regime probatorio nell'ambito del processo contabile richiedendo che il comportamento doloso trovi nella volontà dell'evento dannoso il proprio elemento definitorio, gravante sull'attore pubblico: tale specificazione – che impone obblighi probatori estremamente complessi in capo al PM contabile e rischia di offuscare la giurisprudenza contabile in tema di dolo contrattuale ².

Inoltre - con un intervento normativo di dubbia legittimità costituzionale – il comma 2 ha introdotto una limitazione "a tempo" della responsabilità a titolo di colpa grave, in quanto dalla data dell'entrata in vigore del d.l. (16 luglio 2020) sino al 31.12.2021 sussiste la limitazione della responsabilità nella produzione di danni conseguenti alla condotta del soggetto agente solo in caso di dolosa volizione della fattispecie. Va osservato, tuttavia, che la affermata

² Secondo la giurisprudenza contabile era configurabile il dolo contrattuale in caso di consapevole violazione di una regola comportamentale le cui conseguenze dannose risultano prevedibili in un giudizio a monte, secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione "*..è sufficiente la consapevolezza di dovere una determinata prestazione ed omettere di darvi esecuzione intenzionalmente..*" (Cass.25271/2008). In un caso la condanna a titolo di dolo contrattuale conseguiva al fatto che "*L'investimento ha avuto ad oggetto l'acquisto, tramite la banca incaricata del collocamento in Italia, di quote di fondi comuni d'investimento, gestiti da una banca lussemburghese. Esso, data la sua tipologia, non poteva dare alcuna garanzia né del capitale, né del rendimento.*" (Sez. giur. Sardegna n. 294/2009).In altro arresto giurisprudenziale si è affermato che il dolo contrattuale consiste nel "*..dovere una determinata prestazione ed omettere di darvi esecuzione intenzionalmente, senza che occorra altresì il requisito della consapevolezza del danno*" (Sez. I appello n. 516/2011)

connessione della limitazione introdotta alla necessità di stimolare gli investimenti ritenuti necessari per affrontare l'emergenza pandemica, si è espressa nella esclusione dell'indicata limitazione nel solo caso in cui la condotta contestata abbia natura omissiva.

Si può allora concludere che l'azione erariale, già contenuta in ben delimitati ambiti strutturali, risulti ulteriormente imbrigliata e soggetta a fluttuazioni anche dettate da contingenze temporali che risultano svuotarne pericolosamente l'efficacia.

2. *Strumenti processuali di definizione della responsabilità conseguente a danno erariale: esiste un equilibrio tra esigenze di celerità del processo e tutela degli equilibri di bilancio?*

Sino all'entrata in vigore del Codice di giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016 entrato in vigore il 7 ottobre 2016), la possibilità di una apposita definizione agevolata dei giudizi di responsabilità era prevista solo in appello, con esclusivo riferimento alle sentenze di condanna in primo grado.

Infatti in base ai commi 231-233 della legge n. 266 del 2005 (231" *Con riferimento alle sentenze di primo grado pronunciate nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti per fatti commessi antecedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge (ambito temporale esteso al 30.10.2013 dal d.l. 102/2013), i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna possono chiedere alla competente sezione di appello, in sede di impugnazione, che il procedimento venga definito mediante il pagamento di una somma non inferiore al 10 per cento e non superiore al 20 per cento del danno quantificato nella sentenza" " 232. La sezione di appello, con decreto in camera di consiglio, sentito il procuratore competente, delibera in merito alla richiesta e, in caso di accoglimento, determina la somma dovuta in misura non superiore al 30 per cento del danno quantificato nella sentenza di primo grado, stabilendo il termine per il versamento").*

Questa definizione era quindi subordinata a peculiari presupposti: la sentenza di condanna in primo grado, il periodo temporale in cui era stata tenuta la condotta illecita e l'impugnazione in appello.

Le disposizioni richiamate sono state introdotte per soddisfare esigenze di effettività delle pronunce della Corte dei conti e come strumenti di economia processuale.

Tuttavia, si è dubitato che queste misure servissero davvero a quest'ultimo scopo, anche in ragione della loro natura transitoria e limitata al grado di appello e delle molte questioni interpretative che si sono aperte a fronte di disposizioni dal non chiaro tenore letterale e che lasciavano molte lacune.

Ancor prima, in passato, nell'assenza di strumenti deflattivi positivizzati, si era ragionato in ordine ad una valorizzazione in tal senso di istituti vigenti, primo tra tutti l'esercizio del potere riduttivo dell'addebito(art 83 R.D. 2440/1923 "*la 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*"), per pervenire a risultati che andassero a soddisfare le esigenze di economia processuale e certezza dell'incameramento delle somme di risarcimento.

Nel tempo dottrina e giurisprudenza hanno sempre ritenuto che l'officiosità e l'obbligatorietà dell'azione erariale, pur non essendo principi canonizzati in espresse previsioni normative, costituissero connotazioni essenziali ed imprescindibili sia della tutela dell'interesse patrimoniale dell'amministrazione danneggiata che di interessi generali e più ampi propri dell'ordinamento, quali il buon andamento dell'azione amministrativa. Discendeva da tale affermazione il corollario secondo il quale il pubblico ministero contabile, in mancanza di espresse previsioni di legge, non aveva il potere di disporre dei diritti patrimoniali e degli interessi ordinamentali difesi dall'azione di responsabilità.

In questo quadro si inserisce in via innovativa l'articolato del Codice di giustizia contabile che, disciplinando all'art. 110 la "*Rinunzia agli atti del processo*", segnatamente precisa, al comma 2 della disposizione ora citata, che "*Il pubblico ministero può, anche mediante dichiarazione in udienza, rinunciare motivatamente agli atti del processo*".

Un deciso intervento in direzione della possibilità di definire il processo amministrativo-contabile usufruendo di "sconti" risulta configurato strutturalmente nell'ambito dell'art. 130 del Codice che consente al convenuto di definire il giudizio in via agevolata a seguito della prova del versamento delle somme nelle misure predeterminate.

Del resto, ragioni di economicità processuale e di effettività delle pronunce giurisdizionali sono profili già considerati nel nostro ordinamento anche ove siano coinvolti interessi e beni giuridici ritenuti non disponibili: esempio

paradigmatico è costituito dalla conciliazione giudiziale in ambito tributario disciplinata dall'art 48 del D.Lgs. n. 546/92.

Peraltro sul punto la Corte costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi in sede di giudizio di legittimità delle norme introdotte per la definizione agevolata in grado di appello (l.n. 266/2005) affermando che le disposizioni in questione richiedono che il giudice “valuti tutti gli elementi desumibili dall'accertamento dei fatti, già compiuto nella sentenza di primo grado (sussistenza del dolo, illecito arricchimento, gravità dei fatti, entità del danno, grado di intensità della colpa, condizione patrimoniale del condannato)”.

E proprio questo “ampio potere del giudice contabile di rigettare l'istanza in caso di non meritevolezza della definizione in via abbreviata” a costituire “un presidio adeguato alla tutela dei principi costituzionali di buon andamento della pubblica amministrazione; ragionevolezza delle scelte del legislatore, alla luce del principio di responsabilità dei pubblici dipendenti; effettività della giurisdizione contabile evocati dalle ordinanze di rimessione”. (C.Cost. 183/2007).

L'ART 130 CgC

Art. 130 Ambito di applicazione e procedimento

In vigore dal 7 ottobre 2016

1. In alternativa al rito ordinario, **con funzione deflattiva della giurisdizione di responsabilità e allo scopo di garantire l'incameramento certo e immediato di somme risarcitorie all'erario**, il convenuto in primo grado, **acquisito il previo e concorde parere del pubblico ministero**, può presentare, a pena di decadenza nella comparsa di risposta, richiesta di rito abbreviato alla sezione giurisdizionale per la definizione alternativa del giudizio mediante il pagamento di una somma **non superiore al 50 per cento della pretesa risarcitoria azionata in citazione**.

2. I soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna possono chiedere alla competente **sezione di appello, acquisito il previo e concorde parere del pubblico ministero**, che il procedimento venga definito mediante il pagamento di una somma **non inferiore al 70 per cento del danno contestato in citazione**.

3. La richiesta di rito abbreviato può essere formulata anche per la prima volta in appello, a pena di decadenza contestualmente al gravame principale,

incidentale o con la comparsa di costituzione e risposta nel giudizio di appello proposto dal pubblico ministero.

4. La richiesta di rito abbreviato è comunque inammissibile nei casi di doloso arricchimento del danneggiante.

5. Il presidente fissa l'udienza in camera di consiglio con decreto che viene comunicato a cura della segreteria alle parti costituite. Egualmente procede se il convenuto, nell'atto di parte, prospetta come ingiustificato il dissenso espresso dalla procura competente sulla richiesta di rito abbreviato presentata ai sensi dei commi 1 e 2, e tale prospettazione non appare manifestamente infondata.

6. Il collegio, con decreto in camera di consiglio, sentite le parti, delibera in merito alla richiesta, **motivando in ordine alla congruità della somma proposta, in ragione della gravità della condotta tenuta dal convenuto e della entità del danno.** In appello è comunque escluso l'esercizio del potere riduttivo.

7. **In caso di accoglimento della richiesta,** il collegio determina la somma dovuta e stabilisce un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il versamento. Ove non già fissata, stabilisce l'udienza in camera di consiglio nella quale, sentite le parti, accerta l'avvenuto tempestivo e regolare versamento, in unica soluzione, della somma determinata.

8. Il collegio definisce il giudizio con sentenza, provvedendo sulle spese.

9. La sentenza pronunciata in primo grado non è impugnabile.

10. **In caso di non accoglimento della richiesta,** ovvero in caso di omesso pagamento della somma fissata ai sensi del comma 7, il giudizio prosegue con il rito ordinario.

11. Quando si procede con rito ordinario a seguito di mancato concorde parere del pubblico ministero e la sentenza che definisce il giudizio condanna ad una somma pari o inferiore a quella proposta ai sensi dei commi 1 e 2, il collegio ne tiene conto nel provvedere sulle spese.

Si può evidenziare che la contestazione di fattispecie dolosa non costituisce causa di inammissibilità della domanda, limitata al caso di illecito arricchimento. Comunque va osservato che il collegio ha ampia facoltà di non accogliere la richiesta - senza oneri motivazionali che sono, invece, richiesti in caso di accoglimento (comma 6).

Appare evidente che la prevedibile riduzione delle fattispecie oggetto di contestazione in sede giuscontabile – alla luce dei descritti interventi normativi connessi all’attuale stato “emergenziale” – non possa che aumentare il divario tra esigenze di tutela delle risorse pubbliche – cui l’istituto della responsabilità amministrativo-contabile presidia – ed obblighi restitutori/risarcitori in capo a coloro che gestiscono le stesse, con ripercussioni sull’equilibrio del bilancio statale.

Alcune considerazioni s’impongono, pertanto, alla luce del descritto quadro sostanzial-processuale dell’istituto della responsabilità amministrativo-contabile in relazione allo svolgimento di attività di mediazione da parte di pubblici dipendenti o soggetti legati all’Amministrazione da rapporto di servizio:

- a) Le ipotesi di responsabilità risultano in tale specifico frangente storico prevalentemente correlate a fattispecie omissive – unica ipotesi in cui risulti contestabile la colpa grave: appare pertanto evidente che le eventuali contestazioni siano più probabili in caso di omissione/rallentamento colpevole nello svolgimento di attività amministrativa;
- b) Le refluenze sugli equilibri di bilancio connessi all’esperimento “ a tutti i costi” dei rimedi giurisdizionali deve essere adeguatamente soppesata dall’operatore pubblico, in quanto l’esistenza di contenziosi pendenti obbliga gli Enti – in base alle disposizioni contenute nel D.Lgs. 118/2011 posto in tema di armonizzazione dei bilanci pubblici – alla sottrazione di risorse per la costituzione di specifici fondi rischi , che peggiorano la parte disponibile del risultato di amministrazione, parametro essenziale per la verifica del rispetto dell’obbligo costituzionale dell’equilibrio di bilancio

2.1 Rapporti tra definizione erariale e ripetizione dell’indebitato

Cass. 28436 del 5.11.2019 ha affrontato il caso in cui un’amministrazione comunale aveva agito nei confronti del Direttore Generale per la ripetizione dell’indebitato costituito da indennità non dovute e da questi autoliquidate: avendo subito un procedimento per responsabilità erariale conclusosi in appello attraverso il ricorso all’istituto della definizione agevolata ex l.n.

266/2005 ed il versamento del 20% dell'importo riportato in condanna di I grado, lamentava il fatto che tale pagamento avesse avuto effetto "tombale" sul quantum debendi.

Sul punto la Sc ha affermato che *"..la responsabilità per danno erariale si fonda sulla colpa rispetto al pregiudizio cagionato e prescinde dal fatto che il funzionario nei cui confronti essa sia perseguita risulti anche occasionalmente avere beneficiato di quanto per la P.A. rileva come danno emergente.*

Non può peraltro seguirsi la tesi del ricorrente secondo cui il disconoscimento di un'efficacia, per così dire, "tombale" della definizione agevolata sia ragione di completo svuotamento dell'istituto premiale.

*Un'efficacia definitiva di tale definizione, se può aversi rispetto chi sia coinvolto nella vicenda solo quale funzionario che ha causato o contribuito a causare il danno erariale, **non può invece esservi allorquando il funzionario sia anche il soggetto che si è avvantaggiato in relazione proprio alla vicenda per la quale fu instaurato il giudizio amministrativo di responsabilità.***

*Nella norma dell'art. 1, comma 231 l.n. 266/2005, su cui fa leva il ricorrente, nulla consente infatti di affermare che **la definizione agevolata del giudizio per danno erariale sia ragione di consolidamento di benefici illegittimamente determinatisi, rispetto ai quali restano dunque aperte le diverse ed ordinarie azioni giustificate dal titolo dell'indebita percezione.***

*L'azione di ripetizione resta dunque autonoma rispetto all'azione di responsabilità erariale contestualmente dispiegata nei confronti del medesimo dipendente pubblico e definita nella forma agevolata, se non per il fatto che, quanto eventualmente ricevuto dalla P.A. come conseguenza della definizione in sede di giurisdizione amministrativa sul danno, opera quale **ragione di riduzione della misura quantitativa della pretesa esercitabile nel giudizio di indebito.***

Profilo, quest'ultimo, di cui la sentenza impugnata ha puntualmente tenuto conto, avendo verificato che correttamente la sentenza di primo grado aveva detratto quanto pagato dal ricorrente a titolo di risarcimento.

E' del resto ininfluyente l'affidamento che il ricorrente assume di avere maturato rispetto all'estensione degli effetti della definizione della causa di responsabilità, in quanto non può certo ricevere tutela una convinzione erroneamente maturata rispetto alla portata di una certa normativa.

Così come privo di pregio è il richiamo al diritto di difesa, ben potendo il ricorrente o chi per lui rendersi conto - il che esclude ogni menomazione alle facoltà di tutela

giuridica o processuale - del fatto che nulla, nella formulazione delle norme (art. 1, comma 231 cit.) e nel sistema, autorizzava a ritenere che l'istituto premiale fruito consentisse di tacitare ogni pretesa della P.A. di procedere, attraverso la ripetizione dell'indebito, onde eliminare con altra azione a diverso titolo ogni pregiudizio indebitamente sofferto.".

Cons. Carlo Picuno

Bibliografia

- C.Pagliarin *I RITI SPECIALI: PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE* su www.rivistacorteconti.it