Roma 7 /8 ottobre 2016 - AIPDA

Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme.

Carlo Emanuele Gallo

Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione

* * *

Sommario: 1. Il costo della cattiva amministrazione. – 2. I possibili rimedi. – 3. Il ruolo della responsabilità amministrativa. – 4. L'intervento della giurisdizione contabile. – 5. Il Codice della giustizia contabile.

1. Il costo della cattiva amministrazione.

– Difficile è individuare qual è il costo della cattiva amministrazione. Su *Il Sole 24 Ore* del 21 agosto 2016 è riportato il rapporto della Fondazione HUME, che riprende i dati emergenti sia dall'applicazione dell'indice di corruzione OCSE 2010 – 2014, in forza dei quali l'Italia è tra i paesi europei peggio collocati (seguita soltanto dalla Grecia e dalla Turchia), sia il dato di sessanta miliari di euro annui per corruzione indicato dalla Commissione dell'Unione Europea. Nella stessa pubblicazione, però, si ricorda che il dato indicato dalla Commissione dell'Unione Europea non è corretto, perché dipende dall'applicazione automatica di un indice mondiale: e, d'altro canto, anche il Presidente della Corte dei Conti, nella Relazione per l'anno 2016, e il Presidente ANAC, nella Relazione per l'anno 2016, contestano il dato dei sessanta miliardi di euro annui, evidenziando che non vi sono elementi affidabili dai quali possa emergere in modo ragionevolmente inconfutabile il costo della costruzione.

Va da sé, però, che il costo della corruzione esiste e che le aree più colpite sono quelle relative agli appalti, all'edilizia, al commercio, alla sanità, alle banche.

Con tutto ciò, alcuni valori emergono, per esempio dalla Relazione per l'anno 2016 del Procuratore Generale della Corte dei Conti: sono dati molto più bassi, dal momento che risulta che le Sezioni d'Appello della Corte dei Conti, nell'anno 2015, abbiano pronunciato sentenze di condanna per complessivi 585.353.000,00 euro e condoni per 3.420.000,00 euro, mentre le Sezioni di primo grado della Corte dei Conti per lo stesso anno hanno pronunciato sentenze di condanna per 351.613.000,00 euro.

Gli importi annui di condanna, però, non sono sempre simili, in quanto mutano di volta in

volta in relazione, com'è ovvio, a situazioni contingenti, derivanti dall'attività svolta dalla Magistratura inquirente nei vari periodi di tempo. L'anno nel quale le condanne in primo grado sono state più elevate è l'anno 2012, nel quale le Sezioni hanno condannato per 3.210.029.000,00 euro.

È peraltro da rilevare che i dati relativi alle sentenze di condanna della Corte dei Conti non corrispondono esattamente al costo della corruzione.

A questi dati, infatti, vanno aggiunti gli importi, certamente ben più ridotti, derivanti dal risarcimento dei danni per la lesione di interessi legittimi; i costi relativi ai ritardi nello svolgimento della funzione giurisdizionale derivanti dall'applicazione della cosiddetta Legge Pinto (costi comunque significativi tanto che sono spesso coincidenti con l'intera spesa che viene affrontata per la giustizia amministrativa); gli importi che nelle pronunzie della Corte dei Conti non sono posti a carico dei responsabili in forza del potere riduttivo oppure della assenza dell'elemento soggettivo; i danni che non sono stati scoperti.

È evidente, perciò, che il costo della cattiva amministrazione è comunque estremamente consistente (al di là del fatto che la corruzione indubbiamente lede il rapporto di fiducia tra il cittadino e l'amministrazione e al di là del fatto che il danno all'immagine costituisce comunque un costo sociale).

2. I possibili rimedi.

Il problema in sede di riflessione giuridica non è però tanto quello di quantificare i danni (a quest'attività possono dedicarsi gli studiosi di scienze economiche con migliori strumenti e maggiori risultati) ma individuare i rimedi.

Il primo rimedio è senz'altro la riforma della pubblica amministrazione, al fine di evitare sia lungaggini procedimentali che disfunzioni organizzative che, infine, provvedimenti illegittimi.

Il secondo rimedio è la sottolineatura dell'esigenza che i funzionari svolgano la loro attività con impegno e con forte senso morale: perché ciò avvenga è importante la riscoperta del ruolo dei principi costituzionali in merito, che prevedono che i funzionari pubblici debbano svolgere la loro funzione con dignità ed onore, ai quali la letteratura

amministrativistica si è di recente dedicata con risultati di rilievo[1].

Il terzo rimedio è l'attivazione dei cittadini, non soltanto attraverso la denunzia dei casi di malamministrazione di cui vengano a conoscenza ma anche attraverso la partecipazione attiva affinché l'azione dell'amministrazione sia la più aderente possibile alle esigenze della collettività, così rendendo effettivi gli strumenti previsti fin dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.

Il quarto rimedio è il recupero del danno attraverso il risarcimento a favore della pubblica amministrazione: questo è l'aspetto del problema che va affrontato nella presente trattazione, nell'ambito del panorama degli interventi previsti nel Convegno.

La trattazione fa seguito al Convegno preliminare svoltosi presso l'Università degli Studi di Bergamo nell'aprile del 2016 su *"Cattiva amministrazione e responsabilità"*, convegno preliminare al Convegno annuale Aipda organizzato da Massimo ANDREIS, ordinario di diritto amministrativo in quell'Università e da Remo MORZENTI PELLEGRINI, anch'egli ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Bergamo e, soprattutto, Magnifico Rettore[2].

3. Il ruolo della responsabilità amministrativa.

La rilevanza dell'istituto della responsabilità amministrativa sia ai fini restitutori che ai fini di deterrenza è generalmente riconosciuta, sia dalla giurisprudenza costituzionale (si veda la sentenza n. 371 del 1998) che in letteratura (tra gli ultimi contributi si ricordino quelli di S. BATTINI[3], nonché, nell'ambito del convegno di Bergamo, di R. MORZENTI PELLEGRINI e M. SINISI)[4]. In effetti, l'idoneità dell'istituto della responsabilità amministrativa a porre rimedio alla cattiva amministrazione è una conseguenza del polimorfismo tipologico dell'illecito contabile (secondo la significativa definizione di R.

[1] R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, pag. 309.

[2] Le relazioni di quel convegno sono state pubblicate nel volume *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, a cura di M. ANDREIS e R. MORZENTI PELLEGRINI, Giappichelli, Torino, 2016.

[3] S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 2015, pag. 53 ss.

[4] R. MORZENTI PELLEGRINI, *La responsabilità amministrativa tra funzioni di deterrenza e di garanzia nelle ipotesi di cattiva amministrazione: un'introduzione* e M. SINISI, *Sistema anticorruzione e responsabilità amministrativa: vecchie e nuove fattispecie di responsabilità e tipologie di danno erariale*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit*., rispettivamente pag. 1 ss. e 85 ss..

SQUITIERI)[5], che il legislatore tipizza soltanto parzialmente (S. FOA')[6], pur rimanendo la responsabilità amministrativa nell'alveo della responsabilità civile in genere per i suoi caratteri fondamentali (danno, elemento psicologico, nesso di causalità), ma con definizione *ex lege* dell'illecito in talune specifiche ipotesi (M. OCCHIENA)[7]: per esempio, allorché sono individuate come ipotesi specifiche di illecito la sottoscrizione di contratti di collaborazione vietati, il pagamento di gettoni non previsti e la commissione di determinati reati.

Nell'ottica della parziale tipizzazione si inserisce anche l'attribuzione alla Corte dei Conti di competenze sanzionatorie, che, addirittura, in taluni casi non sembra neppure prevedere una effettiva sussistenza del danno, essendo rilevante soltanto il comportamento (M. OCCHIENA; G. MARTINI)[8].

L'apparato risarcitorio e sanzionatorio della Corte dei Conti può contrastare sia la *maladministration* (M. SINISI)[9] che la corruzione sistemica (V. BERLINGO')[10] e garantire migliori servizi (G. CREPALDI, V. MOLASCHI)[11].

Non è detto, però, che nei fatti l'imponente apparato conduca a risultati adeguati: viene infatti evidenziato che vi è un ridotto numero di citazioni in giudizio (tra le 1.000 e le 1.500), su un numero ben più elevato di notizie di danno (40.000 annue: G. BOTTINO)[12].

Tutto ciò deve indurre a riflessioni più approfondite sulle caratteristiche del giudizio di conto e di responsabilità amministrativa.

---

[5] R. SQUITIERI, *Relazione del Presidente della Corte dei Conti all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016*, Roma, 18 febbraio 2016.

[6] S. FOA', *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit*., pag. 25 ss..

[7] M. OCCHIENA, *La "fuga dalla tipicità" della responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, relazione all'incontro preliminare AIPDA, Università degli Studi Bergamo, 7 giugno 2016.

[8] M. OCCHIENA, *op. cit*.; G. MARTINI, *Il potere sanzionatorio della Corte dei Conti per fatti di cattiva amministrazione*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit*., pag. 121 ss.

[9] M. SINISI, *op. cit*., pag. 85.

[10] V. BERLINGO', *Cattiva amministrazione "sistemica" e nuove funzioni per la responsabilità per danno erariale*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, cit., pag. 101 ss..

[11] G. CREPALDI, *Qualità delle prestazioni, disservizi e tutela del cittadino – utente* e V. MOLASCHI, *Danno ambientale e Corte dei Conti*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit*., rispettivamente pag. 111 ss. e 131 ss..

[12] G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione, e contrasto, alla cattiva amministrazione: una "mitologia giuridica" da decostruire, alla luce dei dati quantitativi di riferimento*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit*., pag. 47 ss.

4. L'intervento della giurisdizione contabile.

Il numero più limitato delle citazioni in giudizio rispetto alle notizie di danno è, per certi aspetti, senz'altro fisiologico e corrisponde a quanto si verifica anche nel settore alla giustizia penale, in cui pure vi è un organo incaricato di esercitare d'ufficio l'azione.

Nel giudizio avanti la Corte dei Conti vi sono poi ragioni più specifiche di carattere processuale, che dipendono dal ruolo del Procuratore regionale, che opera non soltanto come titolare ma anche come soggetto che valuta l'esistenza della responsabilità assumendo le funzioni che nel giudizio penale sono attribuite normalmente al GIP o al GUP.

Vi è poi un altro profilo di carattere non solo processuale ma anche sostanziale che incide sull'entità del danno oggetto di sentenza della Corte dei Conti: si tratta del criterio della socializzazione del danno, che comporta la non attribuzione della responsabilità risarcitoria ai singoli operatori della pubblica amministrazione, amministratori, dirigenti, funzionari e impiegati.

È questa una scelta che è coerente sia con i principi civilistici, ove si consideri la complessità normativa e organizzativa dell'attività amministrativa, sia con il diritto dei cittadini costituzionalmente garantito ad accedere ai pubblici uffici, diritto che sarebbe indubbiamente vanificato se essi corressero il rischio di una responsabilità continuativa e senza limiti per l'attività così complessa e rilevante economicamente della pubblica amministrazione.

Da questo quadro costituzionale discende che sono giustificati dubbi di compatibilità con il medesimo delle numerose ipotesi sanzionatorie attribuite alla giurisdizione della Corte dei Conti (M. OCCHIENA, S. CIMINI)[13], che allontanano i cittadini e deviano e spaventano amministratori e funzionari allorché debbono operare (S. CIMINI)[14], anche perché le sanzioni che sono previste legislativamente sono *"pazzamente esorbitanti"* (come ricorda S. VILLAMENA, a proposito della responsabilità disciplinare, riprendendo un'espressione di Alessandro MANZONI)[15],e ciò, del resto, ha indotto anche un Procuratore Regionale a

[13] M. OCCHIENA, *op. cit.*; S. CIMINI, *Cattiva amministrazione da attività provvedimentale illegittima e responsabilità amministrativa*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit*., pag. 63 ss..
[14] S. CIMINI, *op. cit.*, p. 68 ss..
[15] S. VILLAMENA, *Responsabilità disciplinare del dipendente pubblico "insufficiente rendimento", "cattiva amministrazione"*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit*., pag. 143 ss..

chiederne la revisione (G. ASTEGIANO)[16].

Al di là della riduzione delle sanzioni, l'inconveniente denunziato può essere superato se si tien conto del fatto che il danno è comunque l'elemento centrale della responsabilità amministrativa e deve essere individuato in concreto anche con riferimento alle nuove ipotesi di responsabilità, quali la lesione del buon andamento della p.a. (S. CIMINI)[17], trattandosi appunto di un cardine dell'azione di responsabilità (M. SINISI)[18].

Un ulteriore problema che emerge a questo proposito, è quello della duplicazione delle possibili condanne per una stessa ipotesi di responsabilità da parte di giurisdizioni diverse: la giurisdizione penale, laddove venga attivata la costituzione di parte civile dell'amministrazione (M. OCCHIENA, con particolare riferimento al danno all'immagine), la giurisdizione civile, nell'ipotesi di azione di responsabilità nei confronti di amministratori di società pubbliche avanti il giudice civile anche in relazione all'art. 12 del recente T.U. (L. DONATO, M. PERIN)[19].

Viene in rilievo, in proposito, come è noto, la sentenza del 2014 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo relativa al divieto della duplicazione di sanzioni per lo stesso fatto; è vero che la Corte europea per i Diritti dell'Uomo ha escluso che l'ipotesi di duplicazione si ponga con riferimento alla giurisdizione della Corte dei Conti perché non si tratterebbe di una giurisdizione con finalità sanzionatorie (si veda la sentenza 13 maggio 2014 Rigolio / Italia), ma è altresì vero che la stessa Corte (sentenza 15 novembre 2016 A.B. / Norvegia)[20] ha fatto presente che per ovviare alla duplicazione occorre che i giudizi che vengono celebrati siano in una connessione prevedibile e disciplinata dalla legge. Immaginare che vi possano essere azioni risarcitorie del tutto svincolate e indipendenti con una duplicità di condanna, a questo punto, se non rileva ai fini del giusto processo rileva certamente in relazione al principio di tutela dell'integrità patrimoniale, principio anche questo tutelato dalla Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo.

---

[16] G. ASTEGIANO, *La specialità della responsabilità amministrativa nell'amministrazione riformata*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit.*, pag. 79 ss..

[17] S. CIMINI, *op. cit.*.

[18] M. SINISI, *op. cit.*.

[19] L. DONATO, *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: problemi e prospettive di riforma. Brevi osservazioni*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, *cit.*, pag. 181 ss.; M. PERIN, *Prime osservazioni sul riassetto della disciplina della responsabilità nelle società a partecipazione pubblica con riferimento al nuovo codice del processo contabile*, in *LexItalia.it*, n. 10/2016.

[20] L'incidenza della giurisprudenza CEDU è evidenziata da C. PINOTTI, *Il giusto processo davanti al giudice ordinario e contabile: questioni comuni*, in www.foroeuropa.it, 2015.

La soluzione che è stata proposta dalla Corte dei Conti è quella della concentrazione della tutela del risarcimento dei danni nei confronti dell'Amministrazione avanti a sé (G. ASTEGIANO)[21]: ma la Corte Costituzionale ha già detto che l'attribuzione della giurisdizione alla Corte dei Conti in tema di danno è tendenziale e non si giustificherebbe la concentrazione anche di ipotesi attribuite alla giurisdizione ordinaria, perché, in questo modo, si lederebbe la possibilità ai singoli soggetti danneggiati di utilizzare gli strumenti riconosciuti in generale dall'ordinamento a tutela della reintegrazione patrimoniale.

È evidente, a questo punto, che la Corte dei Conti per potere continuare a svolgere una funzione apprezzabile deve valorizzare le caratteristiche specifiche del proprio giudizio, che la rendono un giudice speciale in grado di comprendere meglio del giudice civile come si atteggia la responsabilità amministrativa anche al fine di individuare pronunzie condannatorie adeguate e stimolanti: si pensi al rilievo del potere di riduzione dell'addebito (S. CIMINI)[22], al rilievo del principio della *compensatio lucri cum damno* da collegare al risultato dall'attività amministrativa (S. FOA')[23] e alla funzione educativa del risarcimento del danno, così come è stato riconosciuto per gli interessi legittimi.

5. Il Codice della giustizia contabile.

La riflessione sul ruolo della Corte dei Conti non può non tener conto dell'intervento del Codice della Giustizia Contabile, approvato con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

Il Codice costituisce attuazione dell'art. 20 della Legge Madia (legge 7 agosto 2015, n. 124) che conteneva articolati principi e criteri direttivi, in parte riferiti a previsioni squisitamente processuali, in parte riferiti a previsioni di carattere sostanziale, in linea, peraltro, con la tradizione della disciplina del giudizio avanti la Corte dei Conti, che è occasione sia per regolare gli istituti del processo che gli elementi più significativi della responsabilità amministrativa.

Il Codice, che è stato variamente valutato dagli stessi magistrati della Corte dei Conti in sede di primo commento[24] non ha recepito del tutto le indicazioni della legge, ed ha dettato

[21] G. ASTEGIANO, *op. cit.*.
[22] S. CIMINI, *op. cit.*.
[23] S. FOA', *op. cit.*.
[24] A. VETRO, *Analisi del decreto legislativo 28 agosto 2016, n. 174, Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'art. 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *LexItalia.it*, ottobre 2016; P. SANTORO, *Il codice di giustizia contabile e il giusto processo, in www.giuristidiamministrazione.com*, 2016

una normativa ampia e completa della quale, peraltro, non vi è integrale motivazione né nella Relazione governativa (reperibile in Atti Governo 313/2016) né nel parere delle Sezioni riunite della Corte dei Conti 21 – 22 luglio 2016, reso sul medesimo articolato: talune delle previsioni, infatti, vengono semplicemente giustificate, riassuntivamente, con riferimento alle peculiari caratteristiche del giudizio contabile.

Il Codice, suddiviso in parti, evidentemente con una scelta di più basso profilo rispetto al Codice del processo amministrativo, suddiviso in libri (anche se la Relazione governativa talvolta utilizza l'espressione libri), è senz'altro da considerare apprezzabile perché permette non soltanto agli addetti ai lavori abituali ma anche a coloro che si accostano per la prima volta al processo di responsabilità amministrativa di comprendere adeguatamente il quadro normativo di riferimento, viceversa difficilissimo da ricostruire. La scelta di denominare il testo Codice della giustizia contabile è una scelta che, al di là della non esatta corrispondenza al contenuto (il Codice non si occupa soltanto di processo di conto ma, ovviamente, anche e soprattutto di processo di responsabilità amministrativa oltreché di numerosi riti speciali), corrisponde alla definizione che più facilmente è ricollegata al giudice, e cioè alla Corte dei Conti.

Senza procedere, ora, ad una disamina particolarmente analitica di tutte le previsioni, si possono però individuare quali sono gli aspetti più significativi, e che, del resto, la stessa Relazione governativa evidenzia, e cioè la disciplina dell'attività del Pubblico Ministero e le caratteristiche del giudizio contabile.

Per quanto concerne la disciplina dell'attività del Pubblico Ministero, il Codice sottolinea il ruolo in qualche misura neutrale del medesimo.

A' sensi dell'art. 55, infatti, il Pubblico Ministero deve operare acquisendo gli elementi di fatto che sono utili non soltanto per affermare la responsabilità dell'incolpato ma anche per accertare elementi a favore della persona individuata quale presunto responsabile. È questa una innovazione che la Relazione governativa sottolinea come *"assoluta novità"* e che invece è ritenuta superflua in quanto corrispondente alla realtà delle cose dal parere delle Sezioni riunite: quest'ultima opinione non è condivisibile, perché nel variegato panorama della giurisdizione contabile non mancano ipotesi in cui il Pubblico Ministero è più dichiaratamente di parte.

Proprio in quest'ottica, l'art. 71 riconosce la possibilità al destinatario dell'invito a dedurre

di chiedere al Pubblico Ministero di svolgere attività istruttoria anche a suo favore, superando, ove occorra, l'inerzia dell'amministrazione alla quale il destinatario dell'invito a dedurre si sia rivolto per acquisire elementi ad esso favorevoli.

L'attività istruttoria del Pubblico Ministero è molto ampia, e comprende anche la possibilità di disporre consulenze tecniche: l'ammissibilità di questo mezzo di prova, del resto, era stata espressamente indicata dalla legge delega come uno dei principi e criteri direttivi.

Nello svolgimento della sua attività, il Pubblico Ministero può disporre anche l'audizione di soggetti che ritenga informati ai fini di causa: l'art. 60 prevede, da un lato, che questi soggetti, se non si presentano, siano assoggettabili a sanzioni pecuniarie (anche questa è una novità sottolineata dalla Relazione governativa), ma esclude che il soggetto sottoposto ad audizione possa essere obbligato a deporre sui fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità: il che introduce delle garanzie particolari anche in fase istruttoria, poiché in questo caso il soggetto deve essere avvertito della possibilità di farsi assistere da un difensore di fiducia.

La rilevanza dell'attività istruttoria antecedente al giudizio è altresì evidenziata dalla possibilità che siano attivati dei procedimenti di istruzione preventiva, questa volta da parte non del Pubblico Ministero ma da parte del giudice, anche su richiesta della parte privata (art. 64).

La rilevanza della fase istruttoria davanti al Pubblico Ministero comporta che il medesimo non possa indicare incitazione fatti nuovi rispetto a quelli contestati nell'avito a dedurre introdotti dal destinatario dell'invito nelle proprie controdeduzioni (art. 87).

Proprio per questa ragione, agli atti del Pubblico Ministero deve essere apposta una specifica motivazione (art. 5, che la prevede anche per tutti i provvedimenti decisori del giudice), con la precisazione (art. 65) che gli atti istruttori non motivati sono affetti da nullità.

La norma, che ha suscitato critiche (A. VETRO)[25], è viceversa da ritenere corretta, ove la si interpreti alla luce del principio di libertà delle forme degli atti processuali che è definito nell'art. 32: questo principio, infatti, prevede che la forma degli atti processuali corrisponda alla finalità dell'atto e perciò che la motivazione in tanto debba essere apposta

[25] A. VETRO, *op. cit.*.

in quanto sia funzionale al tipo di atto. È evidente, perciò, che non vi sarà necessità di motivazione allorché, per esempio, il Pubblico Ministero, a' sensi dell'art. 56, scelga di svolgere in proprio attività istruttoria, mentre dovrà esservi se il Pubblico Ministero sceglie di delegare a terzi l'attività istruttoria stessa.

La nullità degli atti istruttori compiuti dal P. M. deve essere contestata nel primo atto processuale successivo, che è, di norma, l'atto di costituzione in giudizio davanti alla Sezione giurisdizionale (la contestazione di nullità non deve essere formulata nelle deduzioni nel caso in cui la medesima sia relativa ad atti antecedenti del Pubblico Ministero, poiché la contestazione di nullità va fatta nel giudizio e decisa dal giudice a' sensi dell'art. 50 e avanti il Pubblico Ministero il giudizio non è ancora avviato).

La rilevanza dell'attività del Pubblico Ministero in ordine all'accertamento del fatto corrisponde, del resto, al rilievo che l'attività istruttoria ha nel Codice anche per quanto concerne la fase dibattimentale.

Ed infatti, gli artt. 94 – 99 disciplinano l'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova da parte della Sezione.

L'art. 94 introduce nel processo contabile il medesimo sistema istruttorio previsto dal Codice del processo amministrativo, stabilendo che *"fermo restando a carico delle parti l'onere di fornire le prove che siano nella loro disponibilità concernenti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni, il giudice anche d'ufficio può disporre consulenze tecniche, nonché ordinare alle parti di produrre gli atti e i documenti che ritiene necessari alla decisione"*.

I commi successivi e gli articoli prevedono la possibilità per il giudice di richiedere d'ufficio informazioni alla Pubblica Amministrazione, procedere all'interrogatorio non formale del convenuto, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella non comune esperienza.

La previsione, da taluno criticata perché attribuisce un ruolo attivo al giudice (P. SANTORO)[26], non è pregiudizievole per le parti e per la loro possibilità di difesa ma è anzi di aiuto: è evidente, infatti, che così come strutturata, la norma non consente al giudice di ovviare alle carenze istruttorie del Pubblico Ministero contabile, poiché il Procuratore Regionale ha a disposizione uno strumentario così ampio da potere considerare nella sua

[26] P. SANTORO, *op. cit.*.

disponibilità tutti i mezzi di prove necessari a sostegno della domanda di condanna; il potere del giudice vale invece per le parti private, che si trovano a fronte del Procuratore Regionale in una evidente situazione di inferiorità. Di conseguenza, si tratta di una previsione che riequilibra nel processo la posizione delle parti e rientra, pertanto, a pieno titolo, fra quelle che corrispondono ai principi del giusto processo.

È significativo, a proposito dell'attività istruttoria, che per quanto concerne l'assunzione dei testimoni l'art. 98 rinvii senz'altro al Codice di procedura civile senza quelle limitazioni che sono invece previste nel processo amministrativo: queste ultime limitazioni, perciò, appaiono ancor meno giustificabili.

Anche per quanto concerne la consulenza tecnica d'ufficio l'art. 97 non prevede nessuna particolare valutazione finalizzata a ridurre l'uso, essendo questo mezzo di prova possibile per il Collegio così come è possibile per il Pubblico Ministero.

La disciplina generale in merito, contenuta negli artt. 23 e 24 del Codice, consente al giudice di farsi assistere da uno o più consulenti *"quando è necessario"*.

Anche in questo caso, la differenza rispetto alla previsione contenuta nel Codice del processo amministrativo rende ancor più evidente l'irragionevolezza della limitazione contenuta in quest'ultimo testo.

Se, sulla base delle previsioni ora ricordate la centralità della prova anche nel giudizio contabile appare evidente, qualche dubbio può sorgere in relazione alla disposizione contenuta nell'art. 99, che stabilisce che esperita l'attività istruttoria, la fissazione della successiva udienza non avvenga d'ufficio ma soltanto su istanza della parte più dirigente: la previsione o è soltanto di chiusura, poiché il giudice allorché dispone la prova fissa già l'udienza successiva (cosa che sembra emergere dal successivo comma 11 del comma 99 che fa riferimento ai provvedimenti istruttori che non contengono la fissazione dell'udienza successiva), oppure riposa sulla convinzione che i mezzi istruttori vengano disposti molto raramente.

Se fosse vera la seconda ipotesi, evidentemente la scelta del Codice sarebbe pesantemente criticabile: nel giudizio di responsabilità amministrativa, infatti, l'accertamento del fatto è la questione centrale, determinante in ordine sia all'affermazione della responsabilità che alla determinazione del *quantum* del risarcimento.

È ben noto che la Corte dei Conti, così come del resto il giudice amministrativo,

normalmente o recepisce elementi di quantificazione risultanti dagli atti acquisiti e cioè forniti dall'amministrazione, oppure applica indici percentuali (in materia, per esempio, di azione di responsabilità per la violazione delle regole previste dal Codice degli appalti).

Questo modo di procedere non può essere condiviso, perché conduce a risultati aberranti, per nulla aderenti alla situazione di fatto esistente (anche se il legislatore, va detto, spesso procede nello stesso modo).

Non mancano, peraltro, nella giurisprudenza più recente della Corte dei Conti anche opinioni diverse: si consideri, per esempio, quanto stabilito dalla I Sezione giurisdizionale centrale d'appello nella sentenza 19 luglio 2016, n. 263, che ha senz'altro annullato una sentenza di primo grado che aveva individuato il danno alla concorrenza nella percentuale del 10% dell'utile d'impresa senza motivare in merito e quanto ritenuto dalla Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia nella sentenza 19 novembre 2012, n. 450, che per stabilire il medesimo tipo di danno ha fatto riferimento alla pubblicazione dell'associazione di categoria del settore che ha individuato l'utile medio per le imprese.

L'utilizzazione dei poteri istruttori previsti nel Codice dovrebbe condurre ad un orientamento giurisprudenziale ancor più determinato in questo senso.

Altre disposizioni del Codice, viceversa, lasciano perplessi. Tra queste, quanto stabilito nell'art. 17, ove la riassunzione della causa a seguito della *translatio judicii* è assoggettata a termini diversi a seconda che destinataria della previsione sia la parte privata ovvero l'amministrazione: per la parte privata il termine è di tre mesi, per la pubblica amministrazione è di sei mesi; la differenziazione, che contraddice clamorosamente con il principio della parità delle armi, non è affatto giustificata nella Relazione governativa e confligge con la proposta delle Sezioni riunite che nel proprio parere avevano indicato un termine unico di tre mesi.

Un'altra difformità ingiustificata è relativa al termine per proporre appello, che, a' sensi dell'art. 178 è di un anno nel caso di non notificazione della sentenza, in difformità rispetto al termine semestrale ormai previsto sia nel processo civile che nel processo amministrativo.

Sia la Relazione governativa che il parere delle Sezioni riunite sul punto nulla dicono, dovendosi perciò ritenere che la giustificazione stia nelle *"peculiarità del giudizio contabile"* che entrambi i testi più volte richiamano.

Ma si tratta di peculiarità che nel caso di specie non sussistono.

Questioni di maggior rilevanza, sulle quali si deve esprimere una valutazione critica, attengono, invece, ad altri profili.

Il primo riguarda l'impossibilità di integrazione del contraddittorio prevista dall'art. 87 del Codice in sede giudiziale: la preoccupazione che emerge anche dalla Relazione governativa è che l'integrazione del contraddittorio fatta in udienza pregiudichi il soggetto che non avrebbe la possibilità di esperire attività difensiva avanti il Procuratore regionale nella fase antecedente il giudizio.

Se è così, però, è evidente che la soluzione sta, semplicemente, nella remissione della controversia alla fase istruttoria affinché il Procuratore regionale provveda alla comunicazione dell'invito a dedurre nei confronti del soggetto che è risultato responsabile in giudizio e che non è stato in precedenza coinvolto.

Questo, ben si intende, nell'ipotesi in cui ovviamente, la disciplina della prescrizione lo consenta (la disciplina della prescrizione è contenuta nell'art. 66, che stabilisce che prima del giudizio il termine di prescrizione è di cinque anni, aumentabile di due a seguito di invito a dedurre o di atto di messa in mora che lo interrompono; nel corso del giudizio il termine di prescrizione è sospeso).

Soltanto nell'ipotesi in cui la possibilità di coinvolgere il terzo non sussista per intervenuta prescrizione può darsi corso alla soluzione prevista dal Codice, e cioè a quella di ridurre la somma posta a carico dei responsabili citati in modo da tener conto della corresponsabilità del terzo.

Altrimenti, è evidente che così facendo si impedisce un accertamento compiuto del fatto con pregiudizio della parte pubblica e delle parti private.

Altro aspetto delicato concerne l'assenza dal giudizio dell'amministrazione danneggiata, che potrebbe soltanto intervenire a' sensi dell'art 85 (critico sull'ipotesi anche P. SANTORO)[27].

Anche se l'azione è esercitata dal Pubblico Ministero contabile, è evidente che, posto che gli effetti di quest'azione si riflettono, in senso positivo o in senso negativo, sull'amministrazione danneggiata, non è immaginabile che la medesima non sia parte necessaria del processo.

[27] P. SANTORO, *op. cit.*.

La questione pone in rilievo il ruolo del Pubblico Ministero contabile.

Il Codice non lo disciplina in nessun modo.

La Relazione governativa evidenzia, invece, i particolari caratteri del giudizio di responsabilità, sottolineando che l'azione di responsabilità è indefettibile e che il P.M. opererebbe come il tutore dell'ordinamento, al fine di risarcire il danno arrecato alla finanza pubblica.

In contrario rispetto a quest'orientamento non vale che il P.M. possa decidere di non agire in presenza di determinate condizioni (art. 69) o di rinunciare all'azione in udienza(art. 110): l'indefettibilità dell'azione non significa, infatti, che il P. M. sia costretto a proporre anche delle azioni inammissibili od infondati.

Il fatto è, piuttosto, che il ruolo pubblico del Procuratore regionale on esclude affatto la rilevanza della posizione dell'amministrazione danneggiata, che, semplicemente, gode della funzione inquirente attribuita al Procuratore e dell'azione che il medesimo esercita.

Si tratta di un'azione che può sostituire quella dell'amministrazione allorché questa rimanga inerte, non certo di un'azione che possa sovrapporsi alle scelte legittime dell'amministrazione (se le scelte dell'amministrazione danneggiata sono, viceversa, illegittima anche per quanto attiene l'azione di responsabilità, evidentemente il Procuratore potrà agire anche nei suoi confronti).

L'argomento ora sviluppato pone in rilievo un altro profilo di criticità del Codice e cioè la mancata disciplina del rapporto tra le giurisdizioni che, viceversa, era individuato come uno degli aspetti da disciplinare nella legge delega.

La Relazione governativa sembra ipotizzare che la Pubblica amministrazione non abbia alcuna possibilità di agire in giudizio al di fuori della giurisdizione contabile, sottolineando che l'art. 52 consentirebbe all'amministrazione soltanto di utilizzare i suoi poteri di autotutela.

Non è evidentemente così.

L'amministrazione, tutte le amministrazioni, hanno una piena capacità di diritto privato e possono,perciò, agire in giudizio, davanti alla giurisdizione competente.

La giurisdizione in materia di responsabilità della Corte dei Conti è una giurisdizione che è soltanto tendenzialmente esclusiva, come ha precisato la Corte Costituzionale, sussistendo accanto ad essa la giurisdizione ordinaria, sia come giurisdizione del giudice civile sia

come giurisdizione del giudice penale (la Corte Costituzionale ha escluso che l'art. 589 del Codice di procedura penale impedisca l'intervento anche con sentenza di condanna specifica del giudice penale in sede di valutazione delle domande dell'amministrazione costituita parte civile).

Quanto detto corrisponde al fatto che, secondo quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza 28 ottobre 2004, n. 345, la disciplina della responsabilità amministrativa rientra nella materia giurisdizione e ordinamento civile di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l) della Costituzione.

La legge delega, del resto, fra i vari principi e criteri direttivi impone di tener conto *"della peculiarità degli interessi pubblici oggetto di tutela e dei diritti soggettivi coinvolti"*, evidentemente riconoscendo che vi sono diritti soggettivi delle parti sia destinatarie dell'azione di responsabilità che beneficiarie della stessa: e non si potrebbe certo negare che l'amministrazione danneggiata abbia un diritto soggettivo alla propria integrità patrimoniale.

Se si tratta di un diritto soggettivo il medesimo, in difetto di previsioni diverse, deve poter essere tutelato davanti al giudice ordinario che è il giudice che ha normalmente giurisdizione in merito.

Il Codice della giustizia contabile, sia all'art. 1 che all'art. 3, non esclude affatto la giurisdizione ordinaria, sia civile che penale.

L'art. 1 non stabilisce che la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa sia esclusiva, faccia venir meno cioè ogni altra giurisdizione, laddove definisce l'ambito della giurisdizione contabile, così come l'art. 3, laddove fissa il principio di concentrazione, non stabilisce che non vi possano essere altri giudici con giurisdizione allorché concentra davanti al giudice contabile *"ogni forma di tutela degli interessi pubblici e dei diritti soggettivi coinvolti"* poiché ciò concerne la responsabilità amministrativa, che è appunto l'oggetto della giurisdizione della Corte dei Conti, non la responsabilità nei confronti dell'amministrazione in genere.

Ne consegue che il problema del rapporto con le altre giurisdizioni è un problema particolarmente rilevante, al quale dovrà essere posta attenzione in sede applicativa da parte della giurisprudenza per evitare la duplicazione di pronunzie condannatorie ingiustificate a' sensi della disciplina sia costituzionale che convenzionale europea.

Nel Codice vi sono anche alcune disposizioni che sono riferite a profili sostanziali, e cioè alla configurazione della responsabilità.

Si tratta, in particolare, dell'art. 69, secondo comma, e dell'art. 95, quarto comma, i quali, entrambi, il primo riferito al Pubblico Ministero, il secondo riferito al giudice, escludono che si possa considerare sussistente la responsabilità, vuoi in termini di elemento soggettivo vuoi in relazione al nesso di causalità, allorché vi siano stati interventi della 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.

Si tratta di una previsione giustificata, anche se, probabilmente, non necessaria in astratto, per evitare che vi possano essere ipotesi di responsabilità nei confronti di chi si sia incolpevolmente allineato ad una espressione di parere o di controllo della Corte dei Conti. L'amministratore viene, cioè, esonerato da qualsivoglia responsabilità nel caso in cui la scelta che ha compiuto sia conforme all'intervento precedente della Corte dei Conti, sia reso a suo favore che reso a favore di altro soggetto, poiché, in questo caso, l'intervento della Corte dei Conti rende di per sé scusabile l'errore in cui l'amministratore è caduto.

Manca, invece, nel Codice qualunque riferimento ad altri profili sostanziali della responsabilità o anche a taluni profili processuali della medesima, di cui il giudice tiene conto allorché pronuncia la sentenza.

Il Codice, per il vero, laddove individua il contenuto della decisione del Collegio è di una stringatezza che rasenta la reticenza: l'art. 100 stabilisce soltanto che il Collegio pronuncia la sentenza, mentre l'art. 101 stabilisce che il Collegio decide su tutte le domande proposte e non oltre i limiti di esse.

Manca, nel Codice, il riferimento al potere riduttivo dell'addebito e manca il riferimento al principio della *compensatio lucri cum damno*.

Questo non significa, ovviamente, che entrambi i principi e i poteri non esistano.

Quanto al primo, poiché il medesimo è stabilito nell'art. 52 del T.U. 12 luglio 1934, n. 1214, non abrogato dal Codice (e in effetti, questo potere è richiamato nella Relazione governativa e sembra ipotizzato nell'art. 134 dello stesso Codice) il secondo in quanto fa parte dei normali criteri di determinazione del danno.

È pur vero, però, che nel momento in cui il Codice viene approvato la sottolineatura di poteri di questo genere era auspicabile, stante il loro indubbio rilievo, che è anzi

qualificante la giurisdizione contabile.

La complessità della materia affrontata dal Codice della giustizia contabile dimostra come il problema dei rimedi attivabili nei confronti delle conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione sia estremamente complesso: al medesimo dovranno dedicare attenzione in via teorica gli studiosi e in via pratica i giudici e gli avvocati, ancora per molti anni.