

L'elemento soggettivo nella responsabilità per danno erariale: il funzionario pubblico al servizio della buona amministrazione

DI ADELISA CORSETTI

Il Magistrato al servizio delle Istituzioni. Nel caso di Fabio Viola non è una formula di stile. È un Collega che può essere portato ad esempio da seguire, per i più giovani, per l'impegno, la caparbietà, il rigore e lo spirito di servizio che ha profuso nell'esercizio delle funzioni istituzionali.

È maggiormente conosciuto il suo impegno nell'ambito del controllo benché egli abbia lavorato anche in area giurisdizione, avendo, quindi, piena consapevolezza della distinzione tra le funzioni (ciascuna regolata da un plesso di norme a sé e riconducibile, rispettivamente, agli artt. 100 e 103 Cost.) ma anche delle importanti correlazioni tra le stesse. L'impegno di Fabio Viola è stato notevole anche nell'Associazione magistrati Corte dei conti (e nelle correlate attività della c.d. Intermagistratura, avendo coltivato proficui rapporti con i rappresentanti delle magistrature consorelle), ove Fabio è stato mosso dagli stessi intenti. Lo abbiamo tutti conosciuto e apprezzato per la capacità straordinaria di offrire soluzioni condivise e di unire, nel rispetto delle opinioni altrui. Ed è vero, come è stato appena ricordato, che il modello Fabio Viola è inarrivabile, che la persona è infungibile, ma siamo qui per dare continuità al suo lavoro, con umiltà e cercando di fare ciascuno del proprio meglio.

SERVIZIO (verso la collettività e anche per la nostra piccola comunità) è la parola che meglio rappresenta il lavoro svolto dall'uomo che oggi vogliamo ricordare. E il pensiero corre, per associazione di idee, all'art. 54 Cost. ossia alla disciplina ed onore con la quale i cittadini sono tenuti ad adempiere alle funzioni pubbliche.

ONORE è una parola bellissima e al tempo stesso rara, è un "*Hapax*" che in greco significa "detto una sola volta", in questo caso nella Costituzione, nell'art. 54 Cost.

E, ancora, procedendo per associazioni di idee, l'onore di esercitare funzioni pubbliche, tra cui rientrano quelle magistratuali, si ricollega al principio di BUON ANDAMENTO della P.A. di cui all'art. 97 Cost., allo scopo di fare bene nell'interesse della collettività, di lavorare per il bene pubblico.

Il tema dell'esercizio delle funzioni pubbliche, a sua volta, ci porta al tema della responsabilità poiché, come affermato dalla Corte Suprema di Cassazione (SS.UU. 2370/2023) "*nel sistema costituzionale non vi è potere senza responsabilità*". E infatti, l'art. 28 Cost. stabilisce la responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, "*secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti*".

Ed è anche questo un *link* tra controllo e giurisdizione, due funzioni che fortunatamente si sommano nella magistratura contabile, che vede e diffonde ai controllati le regole di buona amministrazione e, in casi specifici, accerta le responsabilità individuali.

Sappiamo che può essere difficile lavorare per una P.A., che la burocrazia è fatta di regole farraginose che possono rendere tortuoso l'agire amministrativo e causare inefficienza e, proprio per questo, l'ordinamento, in epoca ben precedente alla promulgazione della nostra Costituzione, ha immaginato un regime di RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE più favorevole di quello previsto dal diritto comune, affidandone la cognizione a un giudice specializzato, che conosce l'amministrazione e può disporre

quanta parte del danno deve restare a carico dell'ente danneggiato.

La responsabilità per COLPA GRAVE di chi esercita potestà pubbliche è il punto di equilibrio che tiene conto di queste difficoltà, che sono le vere emergenze sulle quali il legislatore è chiamato ad intervenire, per semplificare una normativa complessa e talora difficilmente intellegibile.

Dove vengono in considerazione interessi privati e il rapporto con il mondo delle imprese, è sovente il richiamo al principio della FIDUCIA, immanente in tutte le relazioni giuridiche a partire dalle norme comuni (art. 1366 c.c.). Proprio nell'art. 2 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici) troviamo un esempio virtuoso della sintesi tra il principio della "fiducia" (flessibilità e discrezionalità) e quello della "responsabilità". Nella relazione al Codice dei contratti è scritto che non si tratta di "regalare la fiducia" a funzionari che non la meritano, né di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale. Infatti, nello stesso art. 2 è definito (e perimetrato secondo il diritto vivente) il concetto di colpa grave, per sottolineare che il principio della fiducia non può essere disgiunto da quello della "responsabilità".

La COLPA GRAVE è il coefficiente minimo di imputazione della responsabilità per danno all'erario, venendo in considerazione, il dolo, soltanto nelle condotte colorate da volontarietà della produzione dell'evento dannoso, tenuto conto che l'illecito contabile può essere associato alla commissione di reati. La colpa grave è il *core business* dell'azione amministrativa contabile, che viene esercitata in caso di mancato rispetto dei canoni di buona amministrazione (si parla talora di *malagestio*). Semplificando al massimo, si può dire che l'istituto della colpa grave sia funzionale al rispetto dei canoni dell'art. 97 Cost..

A fronte di tali limpidi principi, di permanente attualità, non si comprende l'esigenza di "SCUDARE" la responsabilità per danno erariale, né tantomeno quella di prorogarne l'efficacia nel tempo.

Abbassare il livello di guardia sull'illecito amministrativo contabile, come fa l'art. 21 Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, sulle fattispecie commissive imputabili a titolo di colpa grave, non significa soltanto pregiudicare il risarcimento dell'ente pubblico danneggiato (la reintegrazione patrimoniale del depauperamento subito), bensì indebolire l'azione amministrativa, favorire i funzionari meno preparati e diligenti, abbassare gli *standard* dell'etica pubblica, senza peraltro conseguire gli auspicati vantaggi in termini di accelerazione delle procedure di spesa.

Abbiamo impiegato decenni a realizzare riforme che favorissero l'efficienza dell'azione amministrativa, allo scopo sono state adeguate le procedure di controllo, anche della magistratura contabile. al fine ultimo di orientare le amministrazioni e prevenire le situazioni di danno erariale. Riforme che hanno portato all'istituzione della nuova articolazione della Corte, il Collegio del controllo concomitante presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato (art. 22, D.l. n. 76/2020), ma abbiamo preso atto che il legislatore è velocemente tornato sui suoi passi – con l'art. 1, comma 12-*quinquies*, lett. b), Decreto legge 22 aprile 2023, n. 44 – limitando tale tipologia di controllo ai principali piani, programmi progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale, "diversi" da quelli previsti o finanziati dal PNRR.

A dimostrazione del fatto che la Corte non è restata immobile nei 160 anni dalla sua istituzione, ma ha assecondato i processi di cambiamento, per favorire l'efficienza della P.A..

Tuttavia, con la richiamata norma temporanea, nata nel periodo emergenziale e ingiustificatamente prorogata, da ultimo fino al 31.12.2024 con il decreto milleproroghe

appena pubblicato⁽¹⁾, il legislatore manda un messaggio di segno opposto.

Benché una responsabilità solo dolosa non sia funzionale ai criteri di buona amministrazione ex art. 97 Cost., l'ordinamento ritiene ora sufficiente non commettere reati, ossia non delinquere. In breve, non è più necessario “fare bene”.

L'irragionevolezza della previsione ha giustificato il sospetto di costituzionalità: l'art. 21 è ora al vaglio della Consulta (Sezione giurisdizionale Campania, n. 228/2023).

E questo sotto molti specifici profili: si tratta di una disciplina “piatta” che va a scudare anche la responsabilità dei privati affidatari delle risorse pubbliche (nei cui confronti sono decisamente fuori luogo le preoccupazioni inerenti alla c.d. paura della firma), nonché quelle categorie di funzionari pubblici già soggetti a una disciplina *ad hoc* (es. il personale medico per il quale la legge Gelli-Bianco definisce un particolare regime di limitazione oggettiva del *quantum* risarcibile).

È stato altresì evidenziato che lo svuotamento del regime della responsabilità o, meglio, la fuga dalla responsabilità appare ancor più incredibile nell'attuale momento storico, quando maggiori sono le risorse pubbliche messe in campo grazie al *NEXT GENERATION EU*. E ciò sottolineandone l'incoerenza con il rigido SISTEMA DI CONDIZIONALITÀ posto a livello UE. Al riguardo è sufficiente citare il Regolamento 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio a garanzia degli interessi finanziari dell'UE, oltre all'art. 22 sullo Statuto dei funzionari UE che impone la responsabilità per colpa grave, nonché le c.d. riforme abilitanti che puntano sull'efficientamento della P.A. e alla virtuosità delle gestioni. Solo a titolo esemplificativo, va ricordato che in Francia la “*Loi de finances n. 1900 du 30 décembre 2021 – LOI DE FINANCES POUR LE 2022*”, all'art. 168, ha previsto un rafforzamento del regime di responsabilità dei funzionari pubblici, sempre a titolo di colpa grave, in modo da coprire l'insieme delle gestioni pubbliche, per assicurare la fiducia dei cittadini nella gestione della cosa pubblica. Di seguito sono stati adottati un'ordinanza (n. 2022-408 del 23.03.2022) e un decreto (n. 2022-1605 del 22.12.2022)⁽²⁾. Come sostenuto da Catherine HIRCSH, *Procureure générale près la Cour de comptes*, nello scritto “*La responsabilité des gestionnaires publics*”, *Toute liberté suppose responsabilité*⁽³⁾.

Viene da dubitare, con queste norme, della permanente attualità dei principi costituzionali prima citati, ONORE, BUON ANDAMENTO, RESPONSABILITÀ di chi esercita funzioni pubbliche.

Ma noi siamo Magistrati, e con lo spirito di servizio che abbiamo ammirato in Fabio Viola, lavoriamo a testa bassa per applicare la legge.

Per i danni maturati in epoca successiva al 17.07.2020, la disposizione transitoria dell'art. 21 obbliga le Procure contabili a perseguire le condotte dannose colorate dall'elemento soggettivo del dolo, fatti salvi “*i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*”.

La norma limitativa richiede di distinguere le condotte attive da quelle omissive; il che è suscettibile di alterare l'intero regime della responsabilità amministrativa poiché, in mancanza di fattispecie di condotta tipizzate – sul modello del Codice penale – la norma di riferimento è l'art. 2043 c.c. (“*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”).

Sono, tuttavia, di interesse i primi riscontri giurisprudenziali, dai quali emerge lo

1 Cfr. art. 21, comma 2, Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, come da ultimo modificato dall'art. 8, comma 5-bis, Decreto legge 30 dicembre 2023, n. 215, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 febbraio 2024, n. 18.

2 Cfr. *Légifrance, Décret n. 2022-1605 du 22 décembre 2022 portant application de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics et modifiant diverses dispositions relatives aux comptables publics*.

3 Cfr. C. HIRTSCH, *La responsabilité des gestionnaires publics*, in *La responsabilité, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 63.

sforzo di esaminare le fattispecie in concreto e verificare la sussistenza di un obbligo di vigilanza, verifica o controllo che imponga all'agente di attivarsi, da determinare in base al ruolo rivestito, in concreto, all'interno dell'organizzazione dell'ente.

Si richiama, in particolare, la sentenza della Sezione giurisdizionale Piemonte del 29.12.2023, n. 339, ove si rinviene una fattispecie di condotta "mista" omissiva-commissiva, non espressamente considerata dal legislatore emergenziale.

In presenza di una condotta connotata da due momenti – a) un comportamento omissivo, consistente nella mancata definizione di obiettivi individuali cui correlare la valutazione e la corresponsione dell'emolumento accessorio di risultato; b) una condotta commissiva consistente nell'avvenuto pagamento dell'indennità – è stata individuata come "prevalente" la prima fase (condotta omissiva), rispetto all'effettuato pagamento (condotta commissiva) considerando la sua efficacia causale ai fini della produzione del danno.

È stata così addebitata ai dirigenti la riferita condotta "mista" per aver provveduto alla corresponsione delle indennità in assenza dei presupposti legittimanti che l'Amministrazione comunale, e per essa principalmente il Sindaco e il Segretario comunale, avrebbero dovuto predeterminare.

Altra fattispecie di condanna non impattata dall'art. 21 del D.l. n. 76/2020 è quella giudicata dalla Sezione giurisdizionale App. II del 17.11.2023, n. 356, con la quale è stata affermata la responsabilità di un soggetto che, omettendo di prestare attenzione al segnale di allarme del refrigeratore ove erano custodite dosi massicce di vaccini, ha cagionato un danno all'azienda sanitaria.

Anche a guardare a ritroso, sono molte le fattispecie connotate da condotta "mista" omissiva-commissiva, nelle quali la fase omissiva è assolutamente prevalente e le Procure contabili, a prescindere dall'introduzione dell'art. 21, hanno fatto il salto di qualità svolgendo indagini delicate sulla responsabilità (e/o sulla corresponsabilità) dei soggetti che hanno favorito la dispersione delle risorse pubbliche (es. indebite erogazioni) o che hanno omesso i dovuti controlli sulle procedure di spesa.

Siamo ben consapevoli che la norma dell'art. 21 sia distonica rispetto all'ordinamento costituzionale e al sistema della responsabilità amministrativo contabile, favorendo un ingiustificato salvacondotto a soggetti non meritevoli di fiducia. Per questo, i Vertici istituzionali e anche l'Associazione, nelle cerimonie di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2024 hanno stigmatizzato l'inopportunità della proroga già accordata sino a tutto l'anno in corso. E si attende il vaglio della Consulta per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 21.

Cionondimeno, sarebbe errato estendere oltremodo la portata della norma limitativa, di natura eccezionale e pertanto di stretta applicazione.