

Osservazioni in tema di responsabilità contabile e penale

Giancarlo Montedoro

Il tema è quello della “paura della firma” a fronte dell’invasività del potere giudiziario e della disorganicità dei diversi interventi nel sistema del pluralismo giurisdizionale.

Qui ci si limita ad alcune brevi osservazioni poiché l’argomento richiederebbe un’analisi più completa, anche alla luce della molteplicità degli spunti offerti dalla nota orientativa al Seminario.

Nell’analisi conviene distinguere i profili relativi all’azione contabile e quelli relativi all’azione penale.

Circa l’azione contabile occorre osservare che appare chiara la **distinzione fra discrezionalità e merito**. Il vero limite all’esperibilità dell’azione contabile è il merito non la discrezionalità amministrativa. La discrezionalità amministrativa – quando esiste – connota il potere per intero e va esercitata secondo i criteri della ponderazione ragionevole sicuramente sindacabili in via giudiziaria (nelle varie forme , nuove e risalenti del controllo per eccesso di potere).

Per C. conti, sez. III giur. centr. app., 07-06-2006, n. 239/A nell’atto che si pone in violazione dei principi di economicità e di efficacia dell’azione amministrativa è ravvisabile non una scelta discrezionale di merito, ma un atto illegittimo per eccesso di potere, che è perciò pienamente sindacabile nel giudizio contabile.

La distinzione fra discrezionalità e merito è rilevante nel controllo della Corte di Cassazione sull’eventuale eccesso di potere giurisdizionale commesso dal giudice contabile (per Cass. civ., sez. un., 07-11-2013, n. 25037. “non è configurabile l’eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito riservata alla p.a., sindacabile dalla corte di cassazione e ravvisabile qualora il giudice contabile, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità dell’azione amministrativa sotto il profilo della compatibilità delle scelte effettuate con i fini, da ispirarsi a criteri di economicità ed efficacia, dell’ente pubblico, ne compia una valutazione di opportunità o di mera non condivisione, nella decisione della corte dei conti che, nel verificare se il conferimento di un incarico dirigenziale rispondesse a quanto dettagliatamente previsto dall’art. 19, 6° comma, d.leg. 30 marzo 2001 n. 165, si sia limitata a negare che il soggetto incaricato fosse in possesso dei titoli richiesti, così doverosamente accertando fatti rilevanti ai fini dell’applicazione dell’anzidetta norma di legge”).

L’eccesso di potere dell’atto amministrativo è un elemento giuridico che entra o può entrare ad integrare la fattispecie nell’illecito contabile.

Ma v’è di più – per la giurisprudenza della Corte di Cassazione – tale controllo si estende alla compatibilità delle scelte effettuate con i fini di economicità ed efficacia dell’azione amministrativa.

Ciò in quanto l’art. 1 della legge n. 241 del 1990 ha fatto menzione espresa dei principi di efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa che divengono parametri per il controllo di legittimità della medesima da parte del potere giudiziario.

Il nuovo articolo 97 Cost. contiene altre aperture della fattispecie dell’illecito contabile all’economia avendo menzionato equilibri di bilancio e sostenibilità finanziaria dell’organizzazione e dell’attività quali principi costituzionali fondamentali nella materia della pubblica amministrazione.

Nulla di eclatante nel sistema che appare sempre più incline a valorizzare il sindacato sull’azione amministrativa controllandone i profili quantitativi e non solo qualitativi, usando il concetto giuridico

indeterminato di proporzionalità ed valutando in modo penetrante l'economicità , l'efficacia e la sostenibilità finanziaria delle scelte pubbliche quali parametri di legittimità delle medesime.

Un altro profilo interessante potrebbe essere quello del **termine di decorrenza della prescrizione dell'azione contabile.**

Il termine è previsto dall'art. 1 comma 2 della legge n. 20 del 1994 sost. dall'art. 3 del d.l. n. 543 del 1996 conv. in l. n. 63 del 1996.

Il termine è breve, quinquennale. Ciò per garantire l'efficacia del diritto di difesa che potrebbe essere seriamente compromesso nel caso di esercizio dell'azione contabile a distanza di anni dai fatti.

Decorre dal fatto , comprensivo dell'evento.

Ciò è in linea con l'art. 2935 cod. civ. rilevando il momento nel quale il diritto all'azione contabile di recupero può essere esercitato.

Per C. conti, sez. giur. reg. Piemonte, 10-11-2015, n. 193. nel caso di c.d. «danno indiretto» (sofferto dalla p.a. costretta a risarcire terzi per il danno contrattuale o extracontrattuale liquidato in sentenza o con atto di transazione) il termine di prescrizione dell'azione erariale non può che coincidere con quello dell'effettivo pagamento delle somme, in quanto solo da detto momento si consuma il danno patrimoniale, e cioè la relativa diminuzione economica.

Ciò pone un problema di lunghezza oggettiva dei tempi nel caso di contenzioso diretto all'annullamento dell'atto ed al suo successivo risarcimento, contenzioso giurisdizionale amministrativo innanzi al Tar ed al Consiglio di Stato che può essere seguito dall'inesco dell'azione contabile. Si tenga presente che il funzionario potrebbe non avere notizia dei giudizi amministrativi non essendone parte necessaria ; **ciò dovrebbe essere meglio regolato per consentire, in vista dell'avvio di una azione contabile, l'esercizio del diritto di difesa sin dallo svolgimento del processo amministrativo di annullamento e risarcimento del danno.**

Nel caso di occultamento doloso del danno, il termine prescrizione decorre dalla scoperta del danno.

L'occultamento può essere opera di soggetto estraneo all'ambito applicativo dell'istituto giuridico della responsabilità contabile (ciò si desume da C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 19-09-2014, n. 100 secondo cui ai fini del decorso del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa dalla data della scoperta del danno, non rileva che l'occultamento doloso sia stato posto in essere da soggetto diverso dal convenuto; fattispecie in materia di mancata entrata da costi impliciti nella stipulazione di contratti swap, occultati dall'istituto bancario consulente dell'ente).

Per C. conti, sez. giur. reg. Molise, 23-11-2015, n. 82 in caso di fatti dannosi oggetto di indagine penale, il requirente contabile non potrebbe acquisire una circostanziata e qualificata notizia di danno erariale, se non alla luce della informativa della procura della repubblica, sui fatti indagati, oggetto sino da allora di segreto istruttorio, e pertanto, solo da quella conoscenza può decorrere il termine prescrizione dell'azione di responsabilità.

Per C. conti, sez. giur. reg. Piemonte, 14-06-2016, n. 199 nel caso in cui il fatto dannoso che ha cagionato il danno erariale sia emerso a seguito di un'indagine penale conclusasi con la condanna dell'imputato (nella specie, per il reato di corruzione), il termine di prescrizione dell'azione erariale decorre dalla data di comunicazione, da parte della procura della repubblica al p.m. contabile, dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari a carico del convenuto nel giudizio erariale.

Nel complesso la disciplina appare equilibrata, le sempre maggiori regole di trasparenza amministrativa determinano la decorrenza della prescrizione dai fatti, in termini ragionevoli, con l'unica eccezione

dell'occultamento doloso del danno. Resta fermo quanto osservato sulla necessità di una litis contestatio al funzionario amministrativo dei giudizi innanzi ai giudici amministrativi che possano avere ricadute contabili.

Nesso fra controllo e responsabilità.

Nel ricostruire la valenza della responsabilità contabile occorre ricordare che vi è un nesso fra esistenza del controllo contabile della Corte dei Conti e possibilità di azionare il recupero mediante l'azione contabile.

Tale nesso risulta dall'art. 17 co. 30 quater della legge n. 102 del 2009 che prevede alcune fattispecie di esenzione dall'azione contabile per effetto di un atto di controllo positivo sia pur "limitatamente ai profili oggetto del controllo".

Tale nesso appare scarsamente considerato dalla giurisprudenza (che appare molto preoccupata di tenere – e giustamente distinti i piani per non far cortocircuitare controllo e giurisdizione e mantenere i controlli su un piano general e specialpreventivo – ma non è sempre memore del nesso – per così dire originario – fra controllo e responsabilità per cui solo se c'è - o ci può essere - controllo si giustifica la responsabilità) .

Da esso deriva, fra le altre ragioni, l'esenzione delle amministrazioni degli organi costituzionali dalla responsabilità contabile.

Infatti non essendoci (e non potendoci essere) il controllo preventivo (e nemmeno successivo) della Corte dei Conti su tali amministrazioni costituzionali (la Corte dei Conti è organo ausiliario del Governo deputato come tale ad esercitare le sue funzioni sulle amministrazioni riportabili , direttamente o indirettamente - ivi comprese le amministrazioni indipendenti che esercitano funzioni che potrebbero rientrare nell'alveo delle funzioni esecutive - all'indirizzo politico e non serventi dei poteri supremi dello Stato) ne deriva che non è nemmeno configurabile la responsabilità contabile di tali amministrazioni .

Con la sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 1981, è stato infatti deciso che «deroghe alla giurisdizione» contabile operano naturalmente «nei confronti di organi immediatamente partecipi del potere sovrano dello Stato, e perciò situati al vertice dell'ordinamento, in posizione di assoluta indipendenza e di reciproca parità». In buona sostanza, la giurisdizione di conto deve essere bilanciata con l'autonomia degli organi costituzionali, in maniera da contemperare i controlli con i principi della divisione dei poteri. Tale «esenzione rappresenta un riflesso dell'autonomia di cui gli organi costituzionali considerati dispongono che non si esaurisce nella normazione, comprendendo anche il momento applicativo delle norme stesse, dato che altrimenti quell'autonomia verrebbe dimezzata dall'attivazione dei corrispondenti rimedi amministrativi, ed anche giurisdizionali.

A partire dagli anni novanta (con le riforme Cassese - Bassanini) si è assistito ad una riduzione dell'ambito dei controlli preventivi, con un effetto non considerato, il venir meno dell'esenzione da responsabilità contabile e quindi, come effetto non voluto, la maggiore esposizione degli amministratori, regionali e locali, a responsabilità.

Inoltre va segnalato che , per le amministrazioni centrali i controlli esistono e riguardano anche atti puntuali come i co.co.co e le consulenze mentre per le amministrazioni regionali e locali e le Università tali controlli sono ormai inesistenti.

Tale disparità nel sistema dei controlli non ha un fondamento logico razionale, essendo la Corte dei Conti organo dello Stato comunità al pari del Consiglio di Stato.

Va segnalata anche un'altra peculiarità del sistema giurisdizionale, la possibilità di innescare un giudizio sull'atto di controllo negativo al Tar ed al Consiglio di Stato, oggi anche con possibilità di chiedere un risarcimento danni.

Tale circostanza è il frutto della onnipervasività dei controlli giurisdizionali che, tuttavia, essendo plurimi in un sistema a pluralismo giurisdizionale possono fra loro cortocircuitare determinando un accavallarsi di momenti di controllo non sempre del tutto razionali e coordinati.

Veniamo quindi all'azione penale.

Circa l'estensione della legge Gelli alle Linee guida dell'ANAC occorrerebbe distinguere a seconda della vincolatività o meno delle medesime.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) attribuisce all'ANAC una competenza regolamentare di carattere generale (art. 213), anche attraverso l'adozione di provvedimenti attuativi previsti da specifiche disposizioni normative del Codice

Le linee guida dell'ANAC possono essere distinte in:

a) linee guida "vincolanti", in quanto integrano o completano il contenuto normativo del Codice, ai fini della sua attuazione;

b) linee guida "non vincolanti", in quanto si limitano a fornire indicazioni operative o una mera interpretazione della lettera del Codice.

Anche le linee guida non vincolanti richiedono una puntuale **motivazione** per la loro inosservanza (analogamente alle circolari interpretative).

La natura vincolante o meno non può essere predeterminata in astratto, ma deve essere dedotta in via interpretativa dal tenore letterale dei singoli articoli del Codice e, più in concreto, dal contenuto delle singole linee guida.

Le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, come questo Consiglio ha già avuto modo di chiarire con il parere sopra citato, non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare.

Gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi.

Alla luce di queste peculiarità delle linee guida e del loro carattere discorsivo che rende difficile distinguere la vincolatività delle medesime od il grado di vincolatività delle singole disposizioni si deve escludere che esse possano porsi a fondamento di una esenzione della responsabilità penale.

Al limite potrebbero considerarsi a fondamento di un'esenzione da responsabilità contabile.

Andrebbe valutato attentamente l'effetto di sovraesposizione dell'Autorità che potrebbe derivare da tali scelte legislative.

Il tema dell'abuso di ufficio, fattispecie ancora assai indeterminata, nonostante gli sforzi del legislatore, potrebbe forse risolversi più sul piano processuale che sul piano sostanziale.

Occorrerebbe la valutazione di una previsione volta ad introdurre una efficacia della sentenza amministrativa passata in giudicato nel processo penale (c.d. effetto vincolante del giudicato amministrativo nel processo penale) per quanto attiene ai profili di illegittimità dell'atto che copra il dedotto ed il deducibile.

Ciò potrebbe accompagnarsi all'istituzione di un P.M. presso il giudice amministrativo.

La prima pronuncia significativa in materia risale al 1993 e in essa la S.C. affermò che «l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arrêt" di un'altra giurisdizione (nella specie, una sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale coperta da giudicato): ciò in quanto il cittadino – pena la vanificazione dei suoi diritti civili – non può essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento (Cass., Sez. III, 11 gennaio 1996, n. 54, Ciaburri, in C.E.D. Cass. n. 204622).

La sentenza del 2011 (Cass., Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596, Keller, in C.E.D. Cass. n. 249871) può considerarsi paradigmatica dello stato di cose presente, con essa la S.C. ha compiuto un deciso passo avanti nella direzione della permeabilità del giudicato amministrativo, affermando che l'effetto preclusivo di una sentenza definitiva dell'A.G.A. che abbia valutato la legittimità di un atto amministrativo, riguardi solo le questioni dedotte, non anche tutte le altre deducibili.

La decisione ha ricadute pratiche importanti, avuto riguardo alla natura del giudizio amministrativo, la cui materia del contendere è nella disponibilità delle parti, al contrario del giudizio penale, indisponibile e connotato dall'ampiezza dei poteri conoscitivi esercitabili, anche ex officio, dal giudice.

I rapporti fra le giurisdizioni sono così improntati a decisa autonomia con prevalenza del giure penale.

Questo stato della giurisprudenza, nella materia amministrativa, produce obiettiva incertezza del diritto e consente l'innescio di processi penali sul presupposto di un'assunta illegittimità amministrativa pur quando, dopo giudizi durati anni, il giudice amministrativo abbia ritenuto legittimi i provvedimenti dell'amministrazione.

Occorre valutare, con tutta la prudenza del caso, e solo previa istituzione di un P.M. innanzi al giudice amministrativo, l'eventualità di introdurre l'efficacia vincolante del giudicato amministrativo nel processo penale, quantomeno nelle materie sensibili dell'ambiente e degli interessi diffusi od in quelle come gli appalti pubblici , ove si discuta di interessi erariali.