

“Conclusioni della seconda giornata”

Aldo Carosi

Giudice della Corte Costituzionale

Estremamente stimolanti mi sono sembrati gli interventi del prof. Scoca e del prof. Police. E' molto importante – e dobbiamo ringraziarli – questa partecipazione dell'Accademia allo studio della giurisdizione contabile.

Uno dei motivi della recente marginalizzazione della giurisdizione contabile rispetto alla costituzionalmente equiordinata giurisdizione amministrativa è quella di non aver stimolato l'attenzione e il contributo degli studiosi e dei teorici del diritto.

Dobbiamo quindi riservare una particolare riflessione alle loro osservazioni e a quel richiamo a non oltrepassare gli ambiti della giurisdizione contabile (condivido – ad esempio - l'ammonizione a non forzare l'applicazione delle norme in tema di nullità dei contratti, concentrandoci piuttosto sui comportamenti *contra legem* che costituiscono la genesi di tali negozi): l'autodelimitazione prudente dei confini delle proprie competenze costituisce sempre un coefficiente di successo e di riuscita e non certo un atto di pavidità.

Ci è stato ricordato che la giurisdizione amministrativo-contabile è piuttosto una eccezione che una regola nei Paesi dell'Unione Europea: è vero che essa, nella sua attuale configurazione, non

nasce insieme alla Corte dei conti ma è un portato della successiva elaborazione giurisprudenziale e normativa, poi costituzionalizzate nell'art. 103 Cost.. Ma ciò è accaduto anche per la giurisdizione amministrativa, che ancora nel 1889 – con la creazione della IV Sezione del CdS - era alquanto incerta nelle sue connotazioni.

E' anche vero – come è stato sottolineato dagli illustri relatori – che la questione della natura patrimoniale o sanzionatoria della giurisdizione contabile è risalente. Più che irrisolta, oserei dire che è superata e fuorviante.

La responsabilità amministrativa è una responsabilità sui generis, la quale non può prescindere – salve le ipotesi sanzionatorie tipiche proposte dal legislatore – dalla connotazione patrimoniale e dalla finalità precipua della deterrenza. A ben vedere una commistione di caratteri che si spiega proprio per la sua natura di giurisdizione oggettiva, la quale prescinde dalla tutela nella forma del diritto soggettivo, rimanendo peraltro strettamente ancorata alla rilevanza degli interessi pubblici tutelati.

Questi ultimi attengono al buon andamento della pubblica amministrazione e alla corretta utilizzazione delle risorse pubbliche: la legittimazione attiva del pubblico ministero (sostituto processuale – secondo alcuni – della amministrazione danneggiata), la vastità delle possibili fattispecie potenzialmente lesive di tali interessi, la

impossibilità di predeterminare in modo completo ed esaustivo le fattispecie concrete potenzialmente lesive dei beni della collettività sono tutti indici della qualificazione pubblicistica dell'interesse e della finalità obiettiva di infliggere una pena deterrente ma non svincolata dal valore dell'effetto lesivo prodotto dall'illecito.

Dunque la querelle sulla natura sanzionatoria o patrimoniale della responsabilità amministrativa è datata e soprattutto non tiene conto di quanto incida negativamente su questi modelli concettuali posti in antitesi il contesto normativo di riferimento estremamente frazionato. Queste categorie concettuali, così radicalmente richiamate, non sono in grado di restituire identità precisa alla responsabilità amministrativa.

Se si vuole che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale continuino ad adempiere efficacemente alla propria finalità, occorre fissare riferimenti categoriali più appropriati, in grado di dare confini definiti all'azione del giudice contabile.

Dunque vediamo se richiami concettuali diversi siano in grado di circoscrivere i caratteri della responsabilità contabile in modo più rigoroso ed iniziamo con la questione della tipicità dell'illecito contabile.

Secondo alcuni la responsabilità amministrativa dovrebbe tendere alla tipicità delle fattispecie illecite, favorendo in tal modo la certezza

del diritto, la garanzia dell'incolpato e il lavoro del giudice contabile.

Or bene, questa visione didascalica della tipicità abbisogna anch'essa di precisazioni: essa può essere utile solo in presenza delle fattispecie minutamente disciplinate dal legislatore, soprattutto nelle più recenti disposizioni ma non può essere assoluta, poiché comporterebbe una banalizzazione e marginalizzazione di una magistratura che risulterebbe fin troppo costosa e inefficace in relazione alla dimensione delle finalità racchiuse nella Carta costituzionale.

Si può più correttamente enunciare che l'illecito contabile è sempre tipico in relazione al requisito dell'ingiustizia del danno: presupposto per il suo perseguimento è sempre l'individuazione di una norma violata dalla condotta produttiva del pregiudizio. Non lo è invece sotto il profilo del *numerus clausus* delle fattispecie, le quali non possono essere predeterminate dalla legge in modo completo ed esaustivo. Proprio la natura mutevole e transeunte dell'economia moderna ci propone continuamente nuove ipotesi e nuovi strumenti giuridici potenzialmente lesivi per le finanze pubbliche: in genere quando il legislatore con frequente ritardo prova a sanzionarle, esse si trasformano fuoriuscendo dalla tipizzazione. Basti per tutte, la vicenda dei subprime: la loro "tossicità" potenziale si era così abilmente camuffata che nel 2002 la legge finanziaria li considerava

strumenti di efficientazione della spesa pubblica. Quando il legislatore si è deciso a chiudere bruscamente la falla che lui stesso aveva aperto, “i buoi erano già scappati” sotto forma di contratti pluriennali a sviluppo “squilibrante” dei bilanci pubblici con conseguente alimentazione di un ragguardevole contenzioso, i cui esiti a tutt’oggi risultano complessivamente imprevedibili. Quei contratti si sarebbero potuti efficacemente interdire attraverso l’applicazione delle clausole generali della contabilità pubblica, che a loro volta avrebbero potuto scandire in modo chiaro le responsabilità degli amministratori che si sono così irragionevolmente attribuiti il ruolo di speculatori finanziari con i fondi della collettività. Invece, nelle azioni di responsabilità aperte dai giudici penali e contabili le norme di dettaglio hanno funzionato più da esimenti che da tipizzatrici di illeciti.

Vi è poi un problema di garanzie e di specializzazione della magistratura contabile, le quali non si sposano con una tipizzazione sanzionatoria automatica, troppo vicina al concetto di responsabilità oggettiva. Negli ultimi anni il legislatore si è sbizzarrito – soprattutto attraverso le finanziarie e i decreti omnibus - a configurare nuove ipotesi di responsabilità, alcune pericolosamente simili alla responsabilità formale, già censurata dalla Corte costituzionale con la lontana sentenza n. 72 del 1983.

In quella sede la Consulta ebbe a ribadire che la semplice violazione di una regola di condotta non può essere assunta come nocumento per l'erario, senza dimostrazione dell'elemento soggettivo e del pregiudizio. Ogni incolpato ha diritto ad un giusto processo che non può prescindere dalla prova di questi elementi costitutivi della responsabilità.

Le fattispecie recentemente specificate dal legislatore sono qualitativamente e quantitativamente recessive rispetto all'universo dei potenziali illeciti amministrativi non tipizzati.

Analogamente, non è concepibile che la Costituzione conservi un giudice specializzato nella repressione degli illeciti contabili per poi metterlo sotto la tutela di una rigida tipizzazione degli stessi. Un giudice specializzato nella finanza e nella contabilità pubblica deve essere in grado di distillare, nella magmatica evoluzione dell'economia moderna, ciò che è *contra legem* e ciò che si mantiene nei confini del consentito.

Quanto alla specializzazione è di palmare evidenza il suo collegamento al potere riduttivo dell'addebito: come la migliore dottrina ha evidenziato, esso non è certo riconducibile ad una sorta di prerogativa sovrana del giudice contabile bensì all'attribuzione di un potere equitativo tipico della magistrature di più elevata competenza (padronanza delle tecniche estimatorie) ed

autorevolezza (capacità di scindere “in modo giusto” l’entità del pregiudizio patrimoniale da quella della condanna).

Altro driver per individuare l’oggetto della giurisdizione contabile potrebbe essere la natura pubblica delle risorse e la loro finalizzazione ad obiettivi specifici di interesse generale, vale a dire l’attinenza al criterio obiettivo, che viene magistralmente enunciato nella ordinanza della Cassazione del 2003 per giustificare l’estensione della responsabilità amministrativa alle gestioni di risorse pubbliche effettuate extra moenia dell’Amministrazione in senso stretto.

Non si può negare – come hanno rilevato Police e Scoca – che la Cassazione sta maturando un sensibile ripensamento del filone giurisprudenziale sviluppatosi nello scorso decennio a proposito delle società partecipate.

Non è questa la sede per ripercorrere l’iter argomentativo delle sentenze più recenti ma è indubitabile che il revirement del giudice nomofilattico non potrà eludere – alla lunga – alcuni profili di coerenza con quanto precedentemente affermato e con alcuni precisi segnali normativi che vengono dall’Europa e dallo sviluppo della normativa anticrisi.

Il ragionamento della Cassazione può essere sintetizzato nel seguente modo: non oltrepassi il giudice contabile lo schermo

societario per imputare la responsabilità patrimoniale e non si immischi nelle dinamiche delle società – quand'anche di proprietà pubblica – le quali sono irriducibili alle regole e ai principi pubblicistici; si limiti eventualmente a perseguire i funzionari pubblici preposti alla gestione delle partecipazioni azionarie.

Certamente in questo ripensamento del giudice nomofilattico può avere inciso una certa “anarchia dogmatica” rinvenibile in alcune citazioni e sentenze della magistratura contabile, le quali hanno messo in allarme, per possibili gravi sconfinamenti di giurisdizione, la Cassazione.

Ma al di là degli elementi fattuali che possono avere inciso su questo repentino riassetamento del giudice nomofilattico, non v'è dubbio che il suo modo di ragionare non appare del tutto congruente, e dovrà fare presto i conti, con quella giurisprudenza comunitaria, la quale ha elaborato un criterio obiettivo di individuazione dei caratteri societari, enucleando le società in house – e più in particolare – il concetto di controllo analogo, cioè quelle prerogative direzionali e decisionali che un ente pubblico esercita su una sua società – interamente o maggioritariamente partecipata - simile a quello impiegato nei confronti di una propria articolazione organizzativa.

Ma v'è di più: le recenti norme anticrisi – con serrati, progressivi e non del tutto coordinati interventi normativi in successione – hanno

stabilito pesanti vincoli pubblici nei confronti delle società partecipate, arrivando a limitare la capacità giuridica di alcune amministrazioni nella loro creazione, ad assimilare il regime di assunzione e gestione del personale di dette società a quello dei dipendenti pubblici, a prescrivere il consolidamento dei loro conti con quello dell'ente madre, a prescrivere poteri direttivi penetranti e preclusivi di strategie aziendali libere nel senso privatistico del termine.

E' evidente, allora, che un criterio oggettivo di imputazione non può ritenersi superato anche perché non è stata ad oggi nemmeno capovolto quell'orientamento giurisprudenziale della Cassazione che consente al giudice contabile di inseguire la risorsa pubblica vincolata anche nei meandri delle gestioni privatistiche (si pensi per tutti alla corretta utilizzazione dei fondi comunitari, ai contributi in conto impianti ai privati gestori di servizi pubblici, ai fondi per grandi infrastrutture affidati alla gestione di società e di privati). Anche qui elementi fattuali confermano la bontà dell'assunto teorico: la conoscenza della nostra amministrazione ci insegna che nell'ambito delle società partecipate non sono state avviate quasi mai azioni di responsabilità sociale, troppo contigui essendo i rapporti tra proprietari e manager di queste entità (analogo discorso per le società private che gestiscono servizi con fondi pubblici).

Abbiamo sin qui auspicato che il giudice contabile possa sempre più assumere quel ruolo di specializzazione nella giurisdizione sulla finanza pubblica che ne giustifica un così importante posizionamento nella nostra Cost.: ciò comporta che un giudice autorevole e giusto debba privilegiare nella ricerca del danno erariale, quelle ipotesi di illecito più sofisticate e più rischiose per gli equilibri di finanza pubblica. Egli dovrebbe ricercare, ed essere messo in grado di ricercare, nella complessa materia della contabilità pubblica, meccanismi di protezione contro le distorsioni della verità, in agguato nella ricostruzione dei fatti posti a base dell'imputazione. Le garanzie, previste dall'art. 111 della Costituzione, di un giudice terzo ed imparziale, di un contraddittorio fra le parti in condizioni di effettiva parità assume particolare rilevanza nel processo avente ad oggetto articolate questioni attinenti alla gestione dei bilanci, ove l'acquisizione delle prove può risultare particolarmente complessa in relazione alla intrinseca difficoltà della materia e alla perdurante segretezza o riservatezza di molti dati inerenti alle relazioni finanziarie tra amministrazioni pubbliche. La più importante delle garanzie processuali è sempre la garanzia di verità: sono in corso – ad esempio – numerosi conflitti tra Stato ed autonomie afferenti alla quantificazione e alla certezza delle risorse disponibili, soprattutto in relazione ai trasferimenti e alle compartecipazioni erariali. La

mancata corresponsione di questi fondi conseguente ad una non corretta gestione delle relazioni finanziarie previste dalla Costituzione e dalle leggi finanziarie (e lo Stato non è esente da responsabilità sotto questo profilo) manda determinati bilanci pubblici in tendenziale squilibrio, non per la malversazione del denaro pubblico, ma per l'improvvisa ed imprevista sopravvenienza negativa di risorse.

In questi casi bene fa il nuovo art. 5 della nuova legge costituzionale sul pareggio di bilancio a prescrivere che la legge attuativa dell'art. 81 Cost. determini le modalità di accertamento delle cause degli scostamenti dei risultati della gestione finanziaria rispetto alle previsioni, distinguendo tra quelli dovuti all'andamento del ciclo economico, all'inefficacia degli interventi e agli eventi eccezionali. Questa prescrizione appare fondamentale – se correttamente attuata – non solo per orientare le analisi di finanza pubblica ma anche per attribuire in modo corretto le responsabilità di gestione, distinguendo le cause di squilibrio tra quelle imputabili all'azione degli amministratori e quelle ascrivibili ad obiettive sopravvenienze macroeconomiche o a stati di emergenza. Quello del legislatore costituzionale sembra proprio un monito a non sparare nel mucchio delle responsabilità dei risultati di finanza pubblica, discriminandone la sussistenza e l'intensità attraverso una previa tipizzazione dei

nessi causali.

Voglio concludere con un particolare ringraziamento al consigliere Chiappiniello e ai nostri ospiti per la squisita cordialità con la quale ci hanno accolto.