

Nuovi “soggetti pubblici” e “nuove” responsabilità: alcune brevi note tra caos normativo ed emergenza *

di Harald Bonura **

15 aprile 2021

1. Buon pomeriggio a tutti.

In premessa, corre anche a me l'obbligo di porgere un ringraziamento sincero agli organizzatori di questo incontro: al Centro di ricerca Vittorio Bachelet, al Professor Bernardo Giorgio Mattarella e, naturalmente, all'Associazione e al Circolo dei Magistrati della Corte dei conti. Si tratta di una preziosa opportunità di confronto, occasionata dalla presentazione di un volume – quello scritto dalla professoressa Bolognino – che, tra i tanti meriti, ha, in primo luogo, proprio quello della scelta della materia cui è dedicato.

La Contabilità di Stato, infatti, ha acquisito un'importanza crescente nella realtà del Paese, cui non corrisponde, a mio parere, una proporzionata e adeguata attenzione in sede accademica (al contrario dell'intelligente collaborazione odierna).

2. Al manuale della professoressa Bolognino, poi, va anche riconosciuto il merito di avere dedicato spazio a temi non sempre adeguatamente scandagliati nella manualistica tradizionale. Si pensi, ad esempio, alle ampie sezioni dedicate ai temi dei beni pubblici e delle società pubbliche, normalmente “negletti”, e che, pure, offrono specifici elementi di criticità e di riflessione nell'ambito della più ampia tematica del patrimonio e della finanza pubblici, oltre che della responsabilità amministrativo-contabile (tema, quest'ultimo, cui pure è dedicata ampia e accurata sezione nel manuale).

* Intervento al Webinar “La Contabilità pubblica: evoluzione di una materia tra modelli ‘a regime’ e sistema emergenziale”, tenutosi il 26 ottobre del 2020 e promosso dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche della Luiss Guido Carli “Vittorio Bachelet” e dall'Associazione magistrati della Corte dei conti e dal Circolo Magistrati della Corte dei conti in occasione della presentazione del “Manuale di contabilità di Stato” di Daniela Bolognino.

** Avvocato e docente di Diritto economico applicato, Libera Università di Bolzano/Freie Universität Bozen.

3. E proprio “l’incrocio” tra queste due dimensioni – la variabile nozione di “soggetto pubblico” e la nuova configurazione della responsabilità amministrativo-contabile alla luce di recenti interventi normativi “emergenziali” (su cui, il presidente Caso ha già autorevolmente mosso alcuni appunti critici) – è al centro delle brevi riflessioni che mi accingo a fare. Mi è stato, infatti, chiesto un intervento proprio sul rapporto tra questi due fenomeni; quello, appunto, della crescente problematicità dei processi di qualificazione o definatori dei soggetti pubblici, delle “pubbliche amministrazioni”, e quello della nuova configurazione legislativa, o dei tentativi legislativi di nuova configurazione, della responsabilità amministrativo-contabile. Al fondo, si tratterebbe di riflettere intorno all’almeno apparente contrasto tra (i) da un lato, una presunta “esuberanza” del ruolo assunto dalla giurisdizione contabile per effetto di quella che viene percepita come un’“impropria” estensione della stessa anche su soggetti formalmente e sostanzialmente estranei alla pubblica amministrazione, perché di diritto privato; e (ii) dall’altro, uno “svilimento” di funzioni dello stesso giudice contabile in ragione dei recenti interventi legislativi realizzati, a regime e in via transitoria, dal c.d. “decreto Semplificazioni” (decreto-legge 16.07.2020, n. 76).

La cennata contraddizione è solo “apparente” perché, in realtà, come si vedrà, sarebbe più corretto non analizzare i due fenomeni (“esuberanza” giurisdizionale e “contenimento” legislativo) in un’ottica di “simultaneità”, quanto piuttosto, lungo un piano sequenziale, in una prospettiva di rapporto causa-effetto.

4. Il punto di partenza delle presenti riflessioni, dunque, non può che essere costituito dagli orientamenti consolidati della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, che, come è noto, ancorano la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativo-contabile degli amministratori o dipendenti di enti pubblici alla compresenza di due elementi, qualificanti la nozione di contabilità pubblica:

– un elemento soggettivo, che attiene alla natura pubblica del soggetto – ente o amministrazione – al quale l’agente sia legato da un rapporto di impiego o di servizio [laddove quest’ultimo va inteso nella sua accezione, appunto, di relazione funzionale che rende l’autore del danno compartecipe dell’operato dell’amministrazione o dell’ente (Corte Cass., SS.UU., 14.01.2015, n. 473) e, cioè, come sussistente ogni qualvolta un ente privato esterno all’amministrazione venga incaricato di svolgere, nell’interesse e con le risorse di quest’ultima, un’attività o un servizio pubblico in sua vece, inserendosi in tal modo nell’apparato organizzativo della P.A.; mentre è irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte (Corte Cass., SS.UU., 30.08.2019, n. 21871)];

– l'altro obiettivo, che riflette la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si è verificato l'evento, fonte di responsabilità (Corte Cass., SS.UU., 12.12.2019, n. 32608).

5. I due elementi, soggettivo e obiettivo, sono destinati a combinarsi e sovrapporsi in diversi modi. La qualificazione pubblica del denaro o del bene discende dalla sua appartenenza/provenienza da un soggetto pubblico. La natura pubblica del soggetto, invece, può dipendere da elementi vari: da quelli di natura meramente formale (la qualificazione per via normativa) a quelli di tipo "sintomatico", a quelli di tipo "funzionale". A sua volta, la natura pubblica delle risorse finanziarie (oltre che delle funzioni esercitate) può poi essere decisiva per l'incardinamento della giurisdizione contabile su soggetti di diritto privato (Corte Cass., SS.UU., 2.09.2013, n. 20075); ma – ai fini della nostra riflessione – il tema non verrà toccato, limitandoci all'esame del tema della "soggettività pubblica".

6. Venendo a quest'ultimo, è noto che, nel corso degli ultimi anni, uno dei fenomeni più controversi è quello (per usare espressioni care alla dottrina e alla giurisprudenza) della "frantumazione" o "relativizzazione" della nozione di Pubblica Amministrazione.

L'estensione di compiti e funzioni affidati ai pubblici poteri, la varietà di strumenti e forme per l'assolvimento di tali funzioni e compiti, l'esercizio dell'attività amministrativa attraverso le forme e le norme del diritto privato, il ruolo imprenditoriale assunto dalle PA hanno provocato una "trasformazione" quali-quantitativa dell'organizzazione amministrativa, con una presenza e un ruolo crescenti dei soggetti di diritto privato, legati nelle forme più diverse alla pubblica amministrazione in senso proprio (dai rapporti inter-organici delle società *in house*, ai rapporti concessori; dalle convenzioni alla destinazione di contributi o sovvenzioni; dai contratti di partenariato agli accordi).

7. L'inserimento di soggetti di diritto privato nel corpo dell'organizzazione pubblica ha determinato forme di "rigetto" (anche dovute alla scarsa "dimestichezza" del personale delle PA con gli strumenti non autoritativi), problemi di compatibilità tra diversi "scopi" (si pensi alla tensione tra gli scopi lucrativi propri delle strutture societarie e i più vari scopi propriamente pubblicistici perseguiti dalle amministrazioni socie), fenomeni di "fuga dal pubblico", per cui ai soggetti di diritto privato si è fatto ricorso per non applicare le regole pubblicistiche, prima ancora che per la loro effettiva utilità.

Da ciò – e anche da una genuina necessità di rispondere ad alcune questioni poste dal diritto euro-unitario (si pensi a quella dell'organismo di diritto pubblico nel settore dei contratti pubblici) – il fenomeno di una progressiva estensione, per via legislativa o giurisprudenziale, di discipline pubblicistiche anche ai soggetti

di diritto privato (abbiamo richiamato la disciplina dei contratti pubblici, ma si pensi anche alle regole del reclutamento del personale nelle società pubbliche, al consolidamento, nei bilanci degli enti locali, dei risultati degli enti partecipati, all'applicazione delle norme sull'accesso, di quelle in materia di inconferibilità di incarichi o di contrasto alla corruzione, a quelle in materia di *spending review*).

Il punto più alto di tale processo può forse dirsi rappresentato dall'articolo 1 della legge di contabilità e finanza pubblica (legge n. 196 del 2009) che individua le "pubbliche amministrazioni" chiamate a concorrere al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica tutti i soggetti, di diritto pubblico o privato, inclusi nell'elenco redatto dall'ISTAT.

8. Tale estensione di discipline pubblicistiche a soggetti di diritto privato, a sua volta, ha determinato (i) sul piano pratico, una progressiva uniformazione delle diverse forme dell'impresa pubblica intorno a un modello unitario tendenzialmente di tipo pubblicistico [deriva parzialmente contrastata– ma non è oggetto del presente intervento – dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (decreto legislativo 19.08.2016, n. 175)]; (ii) sul piano teorico, una duplice lettura:

– da un lato (teoria sostanzialista), vi è chi ha considerato tale "estensione" quale conferma della sostanziale natura di ente pubblico di tale tipologia di soggetti di diritto privato, con conseguente irrilevanza della forma giuridica e integrale applicazione dello statuto giuridico dell'ente pubblico (addirittura, di quello "non economico");

– dall'altro (teoria funzionale o "cangiante"), chi ritiene, invece, che la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può ritenersi fissa e immutabile, per cui il riconoscimento a un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini non ne implica automaticamente la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione e, cioè, per i soggetti formalmente di diritto pubblico.

9. Questo complesso percorso qualificatorio [di quelli che lo stesso legislatore è arrivato a definire "organismi pubblici con personalità giuridica di diritto privato" (articolo 6, c. 5, decreto-legge 31.05.2010, n. 78)] non può che finire con il coinvolgere anche il tema della responsabilità amministrativa e della relativa giurisdizione della Corte dei conti.

Alla luce di quanto detto, infatti, sorgono alcune riflessioni:

a) i soggetti di diritto privato che sono considerati (organismi) "pubblici" ad alcuni effetti, possono essere considerati tali anche ai fini della configurazione della giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa? E se sì, qual è il grado di "pubblicità" richiesto a tale fine?

b) Se tali soggetti sono da considerarsi pubblici ai fini appena detti, la giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa può intendersi estesa anche a coloro che entrano in "relazione funzionale" con gli stessi e,

cioè, che abbiano un rapporto di servizio per come inteso, in senso funzionale, dalla giurisprudenza? Il beneficiario di un contributo erogato da una società *in house* o da un ente previdenziale privatizzato è in rapporto di servizio con quest'ultima?

c) Può dirsi, quindi, che la giurisdizione contabile su tali organismi "misti" (natura giuridica formalmente privata, ma "funzionalmente" pubblica) sia applicabile non in ragione del loro rapporto di servizio con una pubblica amministrazione, ma in quanto "pubbliche amministrazioni"?

d) E quali e quanti indici di "pubblicità" possono far propendere per l'applicabilità della giurisdizione contabile, in assenza di una previsione legale esplicita?

10. Il rischio concreto di un corto-circuito logico emerge, ad esempio, dall'analisi di una recente ordinanza delle Sezioni Unite (n. 7645 dell'1.04.2020) chiamate a dirimere la questione di giurisdizione relativa alla possibile responsabilità amministrativa di un consulente e di un direttore generale di un ente previdenziale c.d. "privatizzato", ai sensi del decreto legislativo 30.06.1994, n. 509. Come è noto, tali enti (i) hanno natura giuridica di diritto privato (associazioni o fondazioni); (ii) svolgono rilevanti funzioni istituzionali di rilievo pubblicistico (così, da ultimo, Corte costituzionale, 11.01.2017, n. 7); (iii) sono iscritte nell'elenco ISTAT di cui alla citata legge n. 196 del 2009.

11. Il caso in esame riguardava le perdite sopportate dall'ente previdenziale per effetto degli investimenti finanziari "a notevolissimo rischio" effettuati (dal Direttore generale, con il supporto di un qualificato consulente esterno) in violazione di norme statutarie, del principio prudenziale nella gestione degli investimenti, nonché delle norme interne relative ai parametri d'investimento. Si rientrava, cioè, nella sfera più prettamente "privatistica" (la gestione degli investimenti, e non l'erogazione delle prestazioni) dell'attività dell'ente. Le Sezioni Unite hanno concluso per la sussistenza della giurisdizione contabile sulla base di un ragionamento non privo di una qualche contraddittorietà:

– da un lato, infatti, la Corte sembra rifiutare una nozione "sostanzialista" di ente pubblico, accogliendo la tesi "funzionale" e richiamando, a tal fine, la giurisprudenza amministrativa in forza della quale deve ammettersi pacificamente *«che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica»*;

– dall'altro, in concreto, al fine di risolvere la questione di giurisdizione, abbandona l'approccio funzionale per concludere che la presenza di più "indici" di pubblicità conducono a una complessiva valutazione finale in tal senso: *«considerata isolatamente, ciascuna di siffatte peculiarità potrebbe non essere ritenuta sufficiente a smentire la natura esclusivamente privata di un ente che dal*

sistema normativo è qualificato come fondazione di diritto privato. Senonchè, quae singula non prosunt collecta iuvant» e, quindi, è «l'insieme e la reciproca connessione delle succitate peculiarità legali» a dimostrare l'immutato «carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza e assistenza svolta dall'ENPAM».

In buona sostanza, si torna al punto di partenza. Ciò che rileva non è il rapporto funzionale tra disciplina da applicare (in questo caso, in materia di giurisdizione) e particolare natura dell'ente; ma, al contrario, è "l'intensità" di tale natura particolare a risolvere la questione relativa alla disciplina da applicare. A questo punto, però, continuano a rimanere irrisolti almeno tre aspetti: (i) quale debba essere il grado di intensità sufficiente a produrre tale effetto, e chi debba statuirlo (al di fuori della sede giudiziale, e alla ricerca di un minimo di certezza del diritto, anche per gli operatori); (ii) perché l'effetto "conformativo" non debba coinvolgere tutte le possibili discipline da applicare (tornando, così, alla nozione "sostanzialista" di ente pubblico); (iii) se possa essere considerato corretto, in una ricostruzione per indici sintomatici, prescindere del tutto da quelli di carattere formale (e, quindi, l'esistenza o meno di una norma qualificatoria).

12. Una convinta e coerente adesione all'approccio "funzionale" imporrebbe, forse, soluzioni più radicali e coraggiose. Nel settore dei contratti pubblici, preso atto dell'insufficienza – ai fini della tutela delle finalità (soprattutto, di tutela dei mercati) perseguite dalla relativa disciplina – della nozione tradizionale di "amministrazione pubblica", il legislatore europeo ha fatto ricorso a quella, più articolata, di "amministrazione aggiudicatrice", al cui interno è stata collocata la nozione "mobile" di "organismo di diritto pubblico", utile a consentirne l'inclusione – solo a tali fini (evitare l'alterazione del mercato dei contratti pubblici) – di alcuni soggetti di natura giuridica ibrida (personalità di diritto privato, ma funzionalizzazione pubblica dell'attività o sottrazione dell'attività al rischio operativo).

13. Anche ai fini della giurisdizione, dunque, si potrebbe partire da una valutazione dello scopo perseguito per il tramite dell'azione di responsabilità amministrativa. Banalizzando, se lo scopo è quello della migliore tutela del patrimonio pubblico, sul piano soggettivo potrebbe emergere l'utilità della definizione di PA di cui all'articolo 1 della legge 196 del 2009 e, cioè, di quell'insieme di soggetti, anche di diritto privato, che – sulla base di indici statistici formati a livello europeo – sono chiamati a concorrere al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, componendo il perimetro del c.d. "conto economico consolidato dello Stato". Si tratterebbe, cioè, di enfatizzare – con le dovute eccezioni - l'aspetto oggettivo-funzionale (natura "pubblica" delle risorse

utilizzate da tali soggetti, in quanto compartecipi e funzionali agli obiettivi di finanza pubblica) su quello soggettivo.

Se così fosse, però, quest'estensione della giurisdizione contabile andrebbe "temperata" da una considerazione relativa alle condotte rilevanti. Il giudice contabile, cioè, dovrebbe fare lo sforzo di considerare che le regole di condotta su cui misurare i comportamenti dei soggetti agenti non sarebbero sempre quelle di diritto pubblico (non è la giurisdizione a influire sulle regole di comportamento del soggetto), ma quelle proprie di quella particolare "pubblica amministrazione" (con la "componente" privatistica che comunque continuerebbe a trovare applicazione, ad esempio, in materia di organizzazione, di personale o di funzionamento degli organi). Così, per fare solo un esempio "minimo", nelle società a controllo pubblico – inserite nell'elenco Istat –, ferma la possibile giurisdizione contabile, al fine di valutare la correttezza dell'operato degli amministratori, le "promozioni", ai sensi della chiara previsione dell'articolo 19 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – non andrebbero ricostruite secondo lo schema pubblicistico delle progressioni di carriera, ma secondo quello privatistico del mutamento di mansioni.

14. Una soluzione di questo tipo (estensione "temperata" della giurisdizione contabile sui soggetti dell'elenco Istat), consentirebbe forse di considerare con maggiore distacco le modifiche – in materia di responsabilità per danno erariale – introdotte dal decreto Semplificazioni. L'obiettivo "contenimento" della responsabilità, infatti, potrebbe essere giustificato proprio in ragione della concomitante estensione – sul piano soggettivo – della stessa, e dall'esigenza di farne un'applicazione "equilibrata", anche in considerazione della varietà di tipi giuridici coinvolti e di condotte perseguibili.

15. Venendo brevemente al merito delle modifiche introdotte dal decreto Semplificazioni, le stesse, come è noto, in parte incidono sul sistema "a regime" e, in parte, invece, su quello "transitorio".

Quanto alle prime (modifiche a regime), si è detto – forse un po' frettolosamente – che la richiesta, ai fini della configurazione del dolo, della "dimostrazione della volontà dell'evento dannoso" determini la riconducibilità del dolo erariale a quello di natura penale e, quindi, imponga la prova di una cosciente volontà preordinata alla produzione dell'evento dannoso (il danno erariale). L'acritica riconduzione al dolo penale mi sembra un po' frettolosa perché, in realtà, il dolo erariale – a mio parere – continua a conservare caratteristiche proprie e perché, soprattutto, anche il dolo penale non rappresenta una fattispecie granitica e integralmente sovrapponibile in sede di giudizio per responsabilità amministrativa. In particolare, e come è noto, la giurisprudenza penale ha graduato il dolo lungo la "ideale" scaletta di un **dolo eventuale** (quando

il rischio dell'evento delittuoso è semplicemente accettato); di un dolo diretto, quando il rischio dell'evento delittuoso è non solo accettato, ma ritenuto pressoché certo o altamente probabile; e, infine, di un dolo intenzionale, quando l'evento è perseguito come scopo finale.

Così come, sempre per la giurisprudenza penale, grande attenzione va riposta nella distinzione tra il dolo eventuale e la c.d. colpa cosciente; distinzione basata non su un dato "quantitativo" relativo alla maggiore o minore "sconsideratezza" nella violazione delle norme, ma su un dato differenziale di fondo, ossia l'attribuibilità o meno al soggetto attivo di un atteggiamento di volizione dell'evento delittuoso, inteso (tale atteggiamento) in senso ampio, ossia comprensivo dell'accettazione consapevole della concreta eventualità del verificarsi di quell'evento in conseguenza della condotta posta in essere.

La finalità del legislatore del decreto Semplificazioni – come sembrerebbe, in prima battuta, indicare anche il secondo comma dell'articolo 21 (che non si limita a escludere, nel periodo transitorio, la perseguibilità del "dolo", quanto piuttosto la perseguibilità dei casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta) – è dunque quella di limitare il dolo erariale al solo dolo intenzionale, o è possibile immaginare che si sia fatto implicito riferimento all'intero arco di comportamenti dolosi rilevanti in sede penale?

In questo caso, si potrebbe recuperare – con cura – il tema appena accennato della distinzione tra dolo (che comprenderebbe ogni ipotesi in cui vi sia una consapevole volizione, intesa anche come accettazione consapevole, della condotta produttiva del danno erariale) e colpa cosciente, intesa come consapevole e grave violazione delle norme di condotta, ma fino al limite della volizione, come appena costruita. Ciò consentirebbe di evitare quei fenomeni "negativi", il cui contrasto sembra il principale intento del legislatore, e, cioè, consentirebbe di impedire una ricostruzione di tipo meramente "quantitativo" dell'elemento soggettivo della responsabilità erariale ovvero una ricostruzione fondata sulla maggiore o minore gravità "percepita" della violazione delle norme di condotta.

16. Sulle seconde modifiche – quelle relative al periodo transitorio e alla "segregazione" della responsabilità alla sola ipotesi di dolo, con esclusione, salvo che per le condotte omissive o inerziali, della rilevanza della colpa grave – data la ristrettezza dei tempi d'intervento (e le nutrite perplessità, anche sul piano della stessa legittimità costituzionale della norma), rinvio a una più compiuta riflessione, anche all'esito della lettura delle prime applicazioni che se ne farà in sede giurisdizionale.

17. Come premesso (e promesso), trattandosi di brevi note, a questo punto non posso che concludere che su ambedue i temi accennati (rapporto tra nuove forme di soggettività pubbliche e giurisdizione erariale; e nuova responsabilità amministrativo-contabile) occorre riflettere molto, e anche lontano dai toni emergenziali e “gridati” propri di questi mesi. Anche al fine di evitare che i fenomeni e le riforme in questione si risolvano in un aggravamento del caos, anche interpretativo, esistente e producano, ad esempio, da un lato una affermazione della giurisdizione contabile “a macchia di leopardo” e sulla base di indici – questi sì – cangianti; dall’altro, una reazione alle innovazioni legislative che, ad esempio, “scarichi” sulla nozione di colpa grave (ampliandone la portata) gli effetti del contenimento del dolo.

Insomma, legislatore, studiosi, professionisti e interpreti hanno ancora molta strada da fare, si spera non troppo in contrasto tra di loro.