

31 LUGLIO 2019

Il ruolo del Pubblico ministero
contabile e la garanzia del diritto di
difesa nel procedimento preliminare al
giudizio di responsabilità

di Francesca Nugnes

Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa



Il ruolo del Pubblico ministero contabile e la garanzia del diritto di difesa nel procedimento preliminare al giudizio di responsabilità *

di Francesca Nugnes

Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa

Sommario: 1. Introduzione. 2. Osservazioni preliminari: circa l'efficacia interruttiva dell'invito a dedurre. 3. La valorizzazione dell'iniziativa d'ufficio del procuratore attraverso la *notitia damni* "comunque acquisita". 4.(segue) La valorizzazione dell'iniziativa d'ufficio per effetto della intersezione dei rapporti tra controllo e giurisdizione. L' "onere" di segnalazione. 5. (segue) Le problematiche del rinnovato ampliamento dei presupposti per l'azione di responsabilità per danno all'immagine per effetto delle disposizioni del Codice. 6. La decisione di archiviazione tra valutazione prognostiche e perdurante assenza di un controllo giudiziale. 7. Il bilanciamento attraverso le garanzie del diritto di difesa. Il "nuovo" invito a dedurre. 8. (segue) Il bilanciamento attraverso il diritto d'accesso agli atti preprocessuali. 9. Il rito monitorio: le questioni lasciate aperte in assenza di bilanciamento tra le parti. 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Il decreto legislativo 26 agosto 2016 n.174, recante il Codice di giustizia contabile (d'ora in poi Codice), emanato in attuazione dell'art.20 della legge 7 agosto 2015, n.124, è intervenuto a riordinare i procedimenti innanzi alla Corte dei conti informandoli ai principi propri del giusto processo. Esso consta di 219 articoli, è suddiviso in otto parti e dedica la Parte I, Titolo I (artt.51-72) alla fase preprocessuale. Uno degli obiettivi perseguiti da questa analisi è valutare in che misura il nuovo Codice di giustizia contabile abbia contribuito a realizzare una maggiore coerenza della fase preliminare del giudizio contabile con il diritto di difesa (art.24 Cost.), con il principio del giusto processo (art.111 Cost.) e con l'art.6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ L'art. 6, parr. 2 e 3, Cedu prevede che «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. In particolare, ogni accusato ha diritto a: a. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c. difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d. esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e. farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza»; in riferimento alla rilevanza che l'art.6 Cedu ha sui procedimenti la letteratura è vasta, con riferimento al processo amministrativo cfr. M. ALLENA, *Art.6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1338 ss; F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte*

Più precisamente, l'analisi mira a comprendere in che modo il nuovo Codice riesca a bilanciare la tutela dell'interesse pubblico con la tutela del privato sin dalla fase procedimentale, la cui dinamica condiziona la successiva fase processuale².

Senza anticipare quanto si dirà più avanti, va sin da subito rilevato che la figura del pubblico ministero rimane centrale nella fase istruttoria; anzi, si rafforza il suo ruolo a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento. In questo senso, ad esempio, si pone l'obbligo ora imposto al procuratore di svolgere l'attività istruttoria non solo in funzione della formazione di prove a carico della parte convenibile, ma anche a discarico di quest'ultimo³.

europa dei diritti dell'uomo, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 428 ss; in generale P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996

² Come è noto nella teoria del processo e del procedimento esistono diversi orientamenti in ordine alla loro distinzione o, all'opposto alla loro configurazione unitaria. In particolare, in letteratura E. FAZZALARI, *voce, Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 653 e ss., ha distinto le due fasi osservando che "Il «procedimento» consiste in una determinata sequenza di norme, nonché degli atti da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili, in vista del - e compreso il - compimento di un atto finale. Fra le varie specie di procedimento, fa spicco quella indicata come «processo»: quivi la sequenza è disposta in modo che all'iter di formazione dell'atto partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l'atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti"; la distinzione tra procedimento e processo è sostenuta da A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, 1042, e ss, specie pp.1047-1048 in cui si dà conto anche del superamento della fondamentale tesi di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv.trim. dir. pubbl.*, 1952, p.118 volta a configurare una concezione unitaria del procedimento e del processo. In effetti, l'originaria teoria del procedimento amministrativo, influenzata dalla letteratura germanica, è stata ispirata dal processo civile, il che aveva indotto ad informare la tutela dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo ad un modello processuale, ad una "processualizzazione" del procedimento attraverso l'introduzione di istituti principali propri del processo quali il contraddittorio e la motivazione. In questo senso M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv.dir. proc.* 1980, ora anche in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1428; tuttavia, come osserva A. SANDULLI, *Il procedimento, op.cit.* p.2048, anche se è stato sostenuto che "la legge sul procedimento abbia provocato una parziale "processualizzazione" del procedimento. (...) si tratta di un uso atecnico del termine, volto a significare per l'appunto, l'introduzione di comuni regole recanti garanzie partecipative", osservazione che si può estendere nello specifico anche alla fase ante causam del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile che pur essendo ora connotato da nuove garanzie partecipative, rimane distinta dalla fase processuale; in seguito una distinzione tra procedimento è stata riconosciuta dallo stesso F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p.228 e ss, in cui si precisano i diversi ruoli, da un lato del giudice volto a tutelare un interesse oggettivo, dall'altro quello della pubblica amministrazione volto a tutelare l'interesse pubblico; a sostegno della distinzione tra i due momenti G. BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di E.Guicciardi*, Padova, 1975, p. 784; V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc.amm.* 1993, p.266; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p.226 e ss.; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. ammin.* 1996, p.27; in senso opposto nel senso di una configurazione unitaria, oltre alla dottrina già citata, anche F. TRIMARCHI, *Procedimento amministrativo e processo*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforma legislativa e trasformazione dell'amministrazione. Atti del Convegno di Messina-Taormina*, 25-26 Febbraio, 1988, Milano, 1990, p. 123

³La disposizione è in linea con l'orientamento di parte della dottrina e della giurisprudenza che aveva riconosciuto al pubblico ministero non il ruolo di sostituto o rappresentante processuale della pubblica amministrazione, ma di organo che agisce nell'interesse generale dell'ordinamento, per il quale diventa funzionale la ricerca della verità. Nel senso di ritenere il procuratore un sostituto sostanziale dell'amministrazione danneggiata A. CORPACI, *Il principio*

Va comunque evidenziato che tutte le attività istruttorie sono state oggetto di una precisa tipizzazione in funzione di garanzia del soggetto presunto responsabile. In questa sede si è scelto di concentrare l'attenzione solo su alcuni profili della fase preprocessuale che più immediatamente di altri sembrano prestarsi ad una valutazione del bilanciamento operato dal Codice rispetto alle garanzie di cui dispone ora il cittadino sottoposto a procedimento.

Pertanto l'analisi, dopo alcune considerazioni preliminari necessarie ad un miglior inquadramento delle novità introdotte, si soffermerà sui principali istituti della fase istruttoria, in modo da tale che le osservazioni svolte possano essere messe in relazione a quelle relative alle garanzie riconosciute al privato, così che i risultati raggiunti potranno essere ricomposti in una riflessione organica mirata a rispondere al quesito inizialmente posto⁴.

2. Osservazioni preliminari: circa l'efficacia interruttiva dell'invito a dedurre

Come accennato, nell'impostazione di questo lavoro si è scelto di analizzare la fase procedimentale del giudizio, posto che le dinamiche funzionali degli istituti, la dialettica tra le parti, sempre si riverberano sulla successiva fase processuale e sulla sua coerenza rispetto al principio del giusto processo.

In questa ottica, sono state analizzate alcune delle principali novità relative al ruolo e ai poteri del pubblico ministero contabile, da un lato e alle garanzie di difesa nella fase istruttoria del giudizio, dall'altro.

Si tratta di innovazioni che definiscono un sistema le cui coordinate di riferimento sono rappresentate da garanzie integrative del *due process of law* come l'obbligo di motivazione e il diritto d'accesso.

Di tali coordinate occorre dare un preliminare cenno al fine di poter meglio inquadrare le innovazioni e le problematiche relative ai singoli istituti sui quali si è scelto di concentrare l'analisi.

In riferimento all'obbligo di motivazione, il Codice ne impone il rispetto per tutti i provvedimenti istruttori del pubblico ministero; la sua violazione rilevabile anche nei casi di "motivazione apparente" costituisce causa di nullità non solo del singolo atto istruttorio, ma anche delle operazioni conseguenti (art.65 Codice).

cardine della responsabilità amministrativa, cit. p.276 e ss; M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, cit., p.171; diversamente, nel senso di attribuire al procuratore contabile un ruolo di tutela dell'interesse generale F. STADERINI, voce, *Responsabilità amministrativa e contabile*, cit., p.105 e ss; precedentemente G. COLOMBINI, *Il pubblico ministero nel processo contabile*, cit. p.423 e ss., specie p.427-428; nel medesimo senso M. ORICCHIO, *La fase pre-processuale ed il ruolo del P.M. nel rito contabile*, in M. ATELLI (a cura di), *Lineamenti*, op.cit., p.12

⁴ Per un primo commento A. CANALE - F. FRENI - M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, 2017; P. SANTORO, *Il codice di giustizia contabile e il giusto processo*, in, www.contabilità-pubblica.it; D. MORGANTE, *Il Codice di giustizia contabile e le novità di maggiore rilievo per il pubblico ministero contabile*, in *Federalism.it*, n.3/2017, p. 4 e ss.

L'obbligo di motivazione per gli atti della fase preprocessuale denota la consapevolezza del legislatore dell'esistenza del legame fisiologico tra la motivazione e il *due process of law*, specie in riferimento al divieto di "motivazione apparente", vale a dire al divieto di addurre motivazioni inidonee a far percepire le ragioni poste a base della decisione⁵.

La disposizione assume particolare rilievo in considerazione dell'evoluzione degenerativa che l'obbligo di motivazione ha subito negli ultimi anni nel nostro ordinamento, in cui la decisione motivata non ha subito tanto una "dequotazione", ma un vero e proprio "depotenziamento"⁶.

In particolare, relativamente all'attività del pubblico ministero contabile, il valore della motivazione non sembra essere offuscato dall'idea che l'istruttoria possa svolgersi in modo più efficace senza l' "eccessivo garantismo" che permea ora tutti gli atti istruttori. Questa posizione si basa sull'equivalenza tra la funzione istituzionale del pubblico ministero, volta all'accertamento dell'entità e delle responsabilità per il danno cagionato e la funzione stessa della motivazione volta a garantire il presunto responsabile da un esercizio arbitrario del potere⁷. Ne deriverebbe la conclusione che una decisione è giusta solo perché ritenuta tale dal pm, senza alcuna garanzia degli elementi oggettivi sui quali è basata⁸.

Ma pur ritenendo ammissibile il suddetto assunto, non deve essere trascurato che l'obbligo di motivazione assurge anche alla responsabilizzazione del pubblico ministero nell'esercizio della sua funzione dato che non serve soltanto ad illustrare le ragioni della decisione, ma anche ad assumere " ex ante ed in concreto le responsabilità derivanti dalla decisione: essa viene a coincidere con l'autoimputazione delle conseguenze della decisione"⁹.

E' pertanto la garanzia di un'adeguata esposizione di fatti e considerazioni obiettive ad escludere l'ipotesi che l'atto venga fondato su ragioni arbitrarie, o quantomeno riconducibili ad una concezione "antropomorfa e soggettiva" del decidere, concezione che da tempo attraversa anche la dottrina amministrativistica¹⁰.

⁵ Si veda *ex multis*, Cass., sez. II civ., 25 febbraio 2014, n. 4488.

⁶ Il depotenziamento della motivazione e le sue implicazioni sono analizzate da M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. Amm.*, n.3/2017, p. 894, specie p.901 e ss; la dequotazione della motivazione era stata rilevata nel noto studio di M. S. GIANNINI, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 268 ss.

⁷ In questo senso M. ORICCHIO, *La denuncia di danno*, in *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, cit. p.314.

⁸ Sul punto G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Il Mulino, 2009, specie p.68-72; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 318 e ss.

⁹ Così A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, Padova, 2013, p.227.

¹⁰ Sul punto A. ROMANO TASSONE, voce *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl., Appendice*, Torino, 1997, 683 e ss, specie p.690.

In questa prospettiva il Codice compie un ulteriore passo nell'adeguare il giudizio di responsabilità al canone proprio del *due process of law*, riconoscendo il diritto d'accesso agli atti istruttori indicati nell'invito a dedurre.

Rispetto a quest'ultimo istituto peraltro il Codice, nell'intento di informare il complessivo giudizio di responsabilità ai canoni del giusto procedimento, di rispondere all'esigenza di certezza delle posizioni giuridiche del privato e di definire entro un ragionevole tempo il procedimento di responsabilità, ne riconosce l'idoneità interruttiva dei termini di prescrizione. Allo stesso tempo è stato introdotto un limite alla dilatazione dei termini di prescrizione che può essere interrotta per una sola volta ed entro un massimo di sette anni (art.66). Il Codice evita di intervenire sull'annosa questione dei termini di esordio della prescrizione, il che lascia aperte le problematiche relative al *dies a quo* nell'ipotesi di danno indiretto, specialmente in riferimento ai casi di occultamento doloso del danno¹¹, rispetto alle quali non può che auspicarsi un intervento in sede di successiva modifica¹².

In connessione alle questioni finora accennate sembra essere l'insorgenza di ulteriori problematiche in materia, specie sotto il profilo teorico e logico sistematico del giudizio di responsabilità, problematiche

¹¹ La questione della "scoperta" del danno rileva soprattutto in riferimento alle problematiche finora riscontrate nell'individuazione del *dies a quo* nei casi di illeciti penali commessi da pubblici dipendenti con ripercussioni dannose per l'erario. A riguardo si sono finora sviluppati diversi orientamenti giurisprudenziali nel cui ambito si può distinguere una tesi che identifica il *dies a quo* con la data del provvedimento di sospensione cautelare conseguente all'ordinanza di custodia cautelare (in questo senso Corte conti, sez. I, 8 gennaio 2003, n.4; Id., sez. Emilia Romagna, 19 gennaio 2007, n.23); diversamente altra parte della giurisprudenza individua l'esordio della prescrizione con la data del rinvio a giudizio penale (così ad esempio, Corte dei conti, sez. Lombardia, 10 gennaio 2012, n.22; Corte dei conti, sez. Campania, 14 marzo 2012, n.323; precedentemente anche Corte dei conti, sez. Abruzzo, 2 marzo 2011, n.77) oppure al momento in cui il giudice penale accerta con sentenza il fatto (in questo senso, *ex multis*, Corte conti, sez. Sicilia, 29 settembre 2011, n.265; Corte conti, sez. III, 16 ottobre 2001, n.274), giungendo persino ad individuare il *dies a quo*, nei casi di connesso danno all'immagine alla data della diffusione tramite mass media del processo penale. (cfr. Corte conti, sez. riun., 25 ottobre 1996, n.63/A, in *Riv. Corte conti*, n.6/1996, p.87); cfr. V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile. Profili sostanziali*, in Id. (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2013, p.260, specie nota 445 in cui si ricostruiscono ampiamente i diversi filoni giurisprudenziali di cui sopra

¹² Com'è noto, in base all'art. 1, comma 2, legge 14 gennaio 1994, n. 20, come sostituito dall'art.3, d.l. n.543/1996, convertito in legge n.639/1996, l'originario termine decennale è stato ridotto disponendo che il "diritto al risarcimento si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla sua scoperta"; cfr. Corte conti, sez. riun., 15 gennaio 2003 n.3/QM/2003 in cui si esplicita che nei casi di danno indiretto il *dies a quo* "va fissato alla data in cui il debito della P.A. nei confronti del terzo danneggiato è diventato certo, liquido ed esigibile in conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di condanna della P.A. e della esecutività della transazione tra terzo e P.A."; questo indirizzo è stato ribadito anche nella decisione delle sezioni riunite della Corte dei conti del 5 settembre 2011; per una critica a questo indirizzo ritenuto "buonista" perché "teso a "salvare" amministrazioni indolenti che non abbiano tempestivamente segnalato il danno alla procura" si veda V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, cit. p.254 e ss; sul tema si veda F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni. Istituti e rassegna della giurisprudenza*, Milano, 2007, p.490 e ss; G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984

stimolate da una significativa novità del Codice: l'attribuzione dell'idoneità interruttiva della prescrizione all'invito a dedurre (art.66).

Le scarse disposizioni della precedente normativa avevano aperto spazio a diverse interpretazioni sia in ambito dottrinario che in quello giurisprudenziale, in cui si sono venuti a polarizzare due contrapposti orientamenti circa la possibilità di riconoscere all'invito a dedurre efficacia interruttiva del quinquennio di prescrizione previsto per l'esercizio dell'azione erariale.

In particolare, un filone maggioritario della giurisprudenza contabile, supportata da parte della letteratura si è assestata soprattutto dalla sentenza n.14/QM/2000 in poi nel senso di attribuire all'invito a dedurre idoneità interruttiva pur in assenza di esplicite disposizioni normative.

Il perno centrale del ragionamento seguito dalla Corte è stato basato sul ruolo centrale che il pubblico ministero svolge rispetto alla tutela dell'erario pubblico e degli interessi patrimoniali della pubblica amministrazione, ruolo per il cui svolgimento è fondamentale il potere di costituire in mora il presunto responsabile del danno.

A tal fine il pubblico ministero contabile sin dalla fase preprocessuale può manifestare la volontà ad ottenere il risarcimento del danno attraverso una intimazione di adempimento, costituendolo in mora¹³.

Questo filone giurisprudenziale è stato supportato da parte della letteratura che ha sostenuto la necessaria configurazione di un rapporto di sostituzione sostanziale in cui si colloca il pubblico ministero rispetto alla pubblica amministrazione, in forza della quale può "far valere il diritto al risarcimento che rientra nella sfera di competenza dell'ente sostituito"¹⁴. In questa prospettiva l'invito a dedurre pur avendo finalità diverse dall'atto di costituzione in mora, qualora contenga anche gli elementi previsti dagli artt.1219 e 2943 del cod.civ., per la costituzione in mora, può esplicare effetti interruttivi della prescrizione¹⁵.

Si tratta di un orientamento che, come accennato, è stato recepito dal Codice di giustizia contabile che riconoscendo idoneità interruttiva all'invito si è discostato da altra parte della letteratura che aveva condivisibilmente disconosciuto all'invito tale efficacia partendo dall'inquadramento delle funzioni

¹³ Cfr. Corte conti, sez. riunite, 20 dicembre 2000, n.14/QM/2000 in *Riv. Corte conti*, n.6/2000, p.55

¹⁴ Così M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, cit.,p.167-184, specie p.171; A. CORPACI, *Il principio cardine della responsabilità amministrativa*, cit. p.276 e ss;

¹⁵ Cfr. Corte conti, sez. riunite, 20 marzo 2003, n.6/QM/2003; Corte conti, sez. riunite, 14 gennaio 2004, n.1/QM/2004; da ultimo tale orientamento è stato ribadito dalla Corte conti, sez. riunite, 18 luglio 2007, n.4/QM/2007 che ha evidenziato come si sia oramai consolidato un orientamento giurisprudenziale per il quale ai fini dell'efficacia interruttiva dell'invito a dedurre sia necessario e sufficiente che lo stesso contenga oltre ai requisiti di forma e sostanza della costituzione in mora, anche "la manifesta intenzione della parte pubblica di rammentare la vitalità e l'esistenza del suo diritto".

proprie dell'istituto¹⁶. Queste sono riconducibili in primo luogo alla garanzia del diritto di difesa del presunto responsabile in una fase precedente la fase processuale; in secondo luogo l'invito a dedurre assolve ad esigenze di economia processuale poiché “delimita con maggior precisione il *thema decidendum* evitando l'appesantimento di questo con inutili supplementi istruttori”; in terzo luogo l'invito è funzionale ad agevolare l'attività istruttoria del procuratore regionale perché gli permette di acquisire direttamente dal convenuto le informazioni di cui necessita.

In questa prospettiva ben si coglie la valenza preprocessuale dell'istituto che “non dovrebbe logicamente esplicare effetto interruttivo del termine prescrizionale, anche ove sia munito di tutti i requisiti formali richiesti per ogni atto di costituzione in mora”¹⁷. Questa posizione era peraltro fondata sull'assenza di una esplicita previsione normativa che legittimasse il procuratore ad emettere un “siffatto atto interruttivo di natura sostanziale” che spetta esclusivamente all'ente titolare senza alcuna possibilità di essere sostituito dal procuratore regionale.

In effetti, in assenza di una specifica previsione normativa, l'attribuzione all'invito a dedurre di una idoneità interruttiva avrebbe configurato una interpretazione forzata e stridente con le disposizione del codice civile sul cui modello è improntato il giudizio di responsabilità.

Il codice civile (artt.1219 e 2943) infatti, presuppone che l'interruzione della prescrizione per effetto della costituzione in mora derivi dal titolare del diritto di credito, in questo caso l'amministrazione danneggiata, non sussistendo alcuna legittimazione del procuratore regionale a sostituirsi all'ente titolare, né a distorcere la funzione dell'invito a dedurre da atto di garanzia ad atto con valenza sostanziale equivalente alla costituzione in mora.

A venire in rilievo è una duplice distonia sul piano soggettivo e sul piano oggettivo che viene ora cristallizzata nella disposizione dell'art.66 del Codice contabile.

Sul piano soggettivo si configura una sostituzione sostanziale dell'amministrazione danneggiata che il legislatore né prima del Codice contabile, né ora ha inteso esplicitare e disciplinare: l'amministrazione rimane parte sostanziale di ogni fase del giudizio senza possibilità di sostituzione. Ciononostante, l'art.66 del Codice contabile equiparando sul piano degli effetti l'invito a dedurre alla costituzione in mora realizza anche una seconda distorsione sul piano oggettivo. La funzione dell'invito, pur nella triplice articolazione sopra accennata, è di garanzia del diritto di difesa, esso è funzionale alla contestazione di fatti specifici rispetto ai quali il convenuto ha il diritto di presentare le proprie deduzioni, rimane pertanto un istituto

¹⁶ In questo senso M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2012, p.583 e ss; P. BRIGUORI - A. LAINO, *Giudizi di responsabilità*, in S. BATTINI - B. G. MATTARELLA - A. SANDULLI - G. VESPERINI (a cura di), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Torino, 2007, p.1593.

¹⁷ Così M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p.584, anche per il virgolettato sopra

geneticamente diverso dagli atti giudiziali e stragiudiziali interruttivi della prescrizione. La sua equiparazione sul piano degli effetti rappresenta una distorsione dello strumento che denota una indecisione del legislatore non solo rispetto alla risoluzione di uno dei nodi centrali del giudizio di responsabilità rappresentato dal ruolo della pubblica amministrazione, ma anche rispetto al modello di giudizio che si discosta sempre più da quello civile per accostarsi a quello penale sebbene con qualche differenziazione.

Il nuovo Codice, infatti, in modo parzialmente analogo all'art.161 del codice penale introduce un limite alla reiterazione dell'atto interruttivo, poiché a seguito dell'interruzione viene aggiunto un periodo di due anni per raggiungere l'ordinario termine quinquennale di prescrizione, anche se in ogni caso il termine complessivo non può eccedere il periodo complessivo di sette anni.

Se da un lato, appare evidente che l'effetto finale sortito in forza dell'idoneità interruttiva dell'invito è un sostanziale allungamento dei tempi di prescrizione rispetto alla fissazione del termine dei cinque anni previsto per la responsabilità contrattuale; dall'altro, l'introduzione del limite va comunque positivamente intesa come un opportuno bilanciamento al potere del procuratore regionale di interrompere la decorrenza della prescrizione allungando secondo la propria discrezionalità i tempi dell'istruttoria.

Una scelta maggiormente garantista del diritto di difesa oltre che coerente con gli istituti e i ruoli del giudizio di responsabilità sarebbe stata quella di lasciare l'invito a dedurre nel suo alveo di strumento pre-processuale unicamente necessario al contraddittorio tra le parti; allo stesso tempo si sarebbe potuto sollecitare un ruolo più attivo della pubblica amministrazione mediante l'esplicitazione dell' **"obbligo"** di costituzione in mora del presunto responsabile su richiesta del procuratore regionale, anziché lasciare sostanzialmente a quest'ultimo il potere di sostituirsi al soggetto titolare del credito mediante un atto diverso da quello propriamente connesso alla manifestazione della volontà di ottenere il soddisfacimento del diritto.

In questo modo, senza ricorrere a distorsione degli istituti esistenti, in sede di modifica dell'attuale Codice, si potrebbe riuscire a rafforzare il ruolo di ciascuna parte del giudizio di responsabilità ottenendo al contempo una maggiore coerenza di sistema nel suo complesso.

3. La valorizzazione dell'iniziativa d'ufficio del procuratore attraverso per effetto della *notitia damni* "comunque acquisita"

Come sopra accennato, il Codice di giustizia contabile interviene su diversi aspetti del giudizio di responsabilità ma che in questa sede si è scelto di concentrare essenzialmente sui temi inerenti alla fase pre-processuale innescata dalla denuncia o dall'acquisizione dell'informazione relativa al danno. E' su

quest'ultima che, per l'impostazione impartita all'indagine, appare opportuno volgere la riflessione, al fine di cogliere le implicazioni sul ruolo del p.m. contabile e sul suo rafforzamento nella fase pre-processuale. In linea generale, si possono cogliere alcune innovazioni che in parte operano una sistematizzazione degli approdi di dottrina e giurisprudenza in materia, in parte realizzano un coordinamento della disciplina del giudizio di responsabilità amministrativa con le più recenti riforme della pubblica amministrazione.

Il Codice, infatti, in coerenza con la giurisprudenza costituzionale (sent.209/1994; sent.337/2005) ribadisce i caratteri di specificità e concretezza della notizia di danno, quali elementi necessari per l'avvio dell'istruttoria. Sul punto le Sezioni Riunite della Corte dei conti, con la sentenza n.12/QM/2011, hanno chiarito che la notizia di danno specifica e concreta riguarda “uno o più fatti, ragionevolmente individuati nei loro tratti essenziali e non meramente ipotetici, con verosimile pregiudizio per gli interessi finanziari pubblici, onde evitare che l'indagine del p.m. contabile sia assolutamente libera nel suo oggetto, assurgendo ad un non consentito controllo generalizzato”.

I connotati di specificità e concretezza della notizia del danno, esplicitati già dal legislatore del 2009 (art.17, comma 30-ter della legge 102/2009), sono ora ribaditi dal dlgs n.174/2016, che all'art.51, oltre a riprendere la previgente disposizione, recepisce anche il precedente orientamento giurisprudenziale stabilendo che la “notizia di danno, comunque acquisita, è specifica e concreta quando consiste in informazioni circostanziate non riferibili a fatti ipotetici o indifferenziati”(art.51, 2 comma).

Peraltro, il Codice rafforza la specificità e la concretezza della notizia, disponendo una sanzione di nullità degli atti istruttori che può essere chiesta da qualunque interessato innanzi alla sezione giurisdizionale territorialmente competente “in ogni momento”, dunque anche prima dell'avvio del giudizio di responsabilità, oltre che in sede dibattimentale¹⁸.

Ma le disposizioni del Codice intervengono anche sulla dibattuta questione dell'idoneità della notizia da fonte anonima all'avvio dell'attività di istruttoria stabilendo che è sufficiente una notizia del danno con le suddette caratteristiche di specificità e concretezza, non essendo necessario che si tratti di una denuncia, né che sia identificata la fonte di provenienza¹⁹. Anche in questo caso, il legislatore ha recepito

¹⁸ In particolare, in base all'art.51, commi 3, 4 e 5 del Codice, l'istanza di nullità può essere proposta per gli atti prodromici alla citazione in giudizio, compreso l'invito a dedurre; in questo caso la sezione adita deve pronunciarsi entro 30 giorni dal deposito dell'istanza (comma 4). La pronuncia di nullità può essere richiesta anche rispetto agli atti compiuti in seguito all'avvio del giudizio di responsabilità, con la comparsa di costituzione in via d'eccezione; in quest'ultimo caso si prevede che la decisione sia assunta con la sentenza che definisce il giudizio, insieme alle altre questioni di rito. In questo senso si erano espresse peraltro le Sezioni riunite della Corte di conti nella sent. n.13/QM/2011. In sintesi le nullità correlate alla mancanza di specificità e concretezza della notizia danni non sono mai rilevabili d'ufficio, ad eccezione come si dirà più avanti, del danno all'immagine.

¹⁹ In particolare le Sezioni riunite della Corte dei conti nella citata sent. n.12/QM/2011, chiariscono che “il termine *notizia* comunque non equiparabile a quello di denuncia sia da intendersi, secondo la comune accezione, come dato cognitivo derivante da apposita comunicazione, oppure percepibile da strumenti di informazione (anche) di pubblico dominio. Con l'aggettivo *specifica* la norma si riferisce poi ad un'informazione ragionevolmente

L'orientamento espresso dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti che nella sent.12/QM/2011, avevano avuto modo di chiarire che nei casi in cui “la notizia ricavabile dallo scritto anonimo identifichi con adeguata sicurezza, nei suoi elementi essenziali, un illecito contabile, tale fonte potrà costituire- a prescindere dalla sua provenienza- il presupposto richiesto dalla legge per l'avvio dell'attività istruttoria del procuratore regionale: la legge (...) non richiede l'esistenza di una fonte qualificata di informazione, ma unicamente determinate caratteristiche oggettive (specificità e concretezza) di detta notizia”²⁰.

Dunque, diversamente dal precedente modello in cui la disciplina si occupava principalmente delle modalità per avviare l'attività del p.m. e non delle “modalità di acquisizione della notizia danni” sortendo l'effetto di dare alla denuncia del fatto dannoso un rilievo centrale, l'attuale Codice disciplina anche le modalità di acquisizione della notizia ampliando la tipologia, mutuando il linguaggio processualpenalistico, delle “notizie non qualificate”²¹.

Si tratta di una tipologia alla quale possono essere ora ricondotte le notizie di danno “comunque acquisite” con le quali il Codice ha inteso fare riferimento alla modalità di acquisizione tramite il dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*), che purché circostanziati e resi con dovizie di particolari possono innescare ora l'avvio delle indagini da parte del p.m.contabile²².

circostanziata, che abbia cioè una sua peculiarità e individualità e non sia relativa ad una pluralità indifferenziata di fatti, tale da apparire generica; l'aggettivo *concreta*, da ultimo, è da intendersi come obiettivamente attinente alla realtà e non a mere ipotesi o supposizioni.”; sul punto si veda V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, Milano, 2013, p.417 e ss.

²⁰ Si coglie l'intento del legislatore di dedicare l'azione della Procura non a tutti i fenomeni di cattiva amministrazione ma soltanto a quelli caratterizzati dalla presenza di elementi specifici e concreti. Come è stato osservato, da G. ASTEGIANO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario, 2017* p. 9, si è trattato di una precisazione necessaria in considerazione delle numerose segnalazioni, soprattutto da parte di privati, consiglieri comunali e provinciali, oltre che dalle stesse amministrazioni, che pur denunciando disfunzioni, irregolarità, illegittimità, non riescono ad innescare l'azione per la genericità degli elementi, oppure per l'assenza del danno erariale.

²¹Le notizie qualificate sono quelle provenienti da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, così come previsto dall'art.52 del Codice, per le seconde ci si riferisce a quelle segnalazioni che pur essendo caratterizzate dalla specificità e dalla concretezza, provengono da privati cittadini, da associazioni portatori di interessi diffusi, da organi di informazione, da fonti giornalistiche o confidenziali; Si veda la definizione di S. GRECO, *Denuncia di danni erariali*, cit., p.946 e ss; in relazione all'avvio dell'attività istruttoria del pubblico ministero contabile e alle sue distinzioni rispetto al sistema penale si veda M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio innanzi alla Corte dei conti*, Napoli, 2008, pp.33-38.

²² In questo senso la relazione di accompagnamento al d.lgs n. 174/2016, punto 7.3.3, che chiarisce come la disposizione di cui all'art.51, comma 2, del Codice sia necessaria per “conformare indirettamente il dettato normativo al contenuto delle “Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*), contenute nella determina dell'Anac n.6 del 28 aprile 2015”; sul punto si veda anche il commento di S. AURIEMMA, *La riforma della pubblica amministrazione - la codificazione della disciplina dei processi innanzi la corte dei conti*, in *Gior.Dir. Amm. n.5/2015*, p.621 che evidenzia una problematica di cui non ci si può occupare in questa sede relativa alla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti; “Il tema involge un interesse oggettivo dell'ordinamento all'emersione dei fenomeni di corruzione e malamministrazione ed è stato dapprima affrontato dalla L. anticorruzione n. 190/2012 e di recente integrato dal decreto L. n.90/2014 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito dalla L. n. 114/2014, che da un lato ha modificato (con l'art. 31) il testo dell'art. 54 *bis* introducendo l'Autorità nazionale

All'ampliamento dello spettro delle modalità di acquisizione della *notitia damni* giunto a ricomprendere la segnalazione in forma anonima e tramite il *whistleblowing* dovrebbe corrispondere un rafforzamento dell'iniziativa d'ufficio da parte del p.m contabile²³.

In effetti, le disposizioni del Codice di giustizia contabile rimarcano una tendenza in atto, dato che prima della sua introduzione era stato possibile rilevare un aumento delle notizie di danno “non qualificate” che hanno prodotto, una “valorizzazione dell'iniziativa d'ufficio” del p.m. contabile²⁴.

4. (segue) La valorizzazione dell'iniziativa d'ufficio per effetto della regolazione dei rapporti tra controllo e giurisdizione. L' “onere” di segnalazione

La suddetta valorizzazione dell'iniziativa d'ufficio del procuratore è attesa soprattutto per effetto di un'altra disposizione del Codice che impone un chiaro onere di segnalazione per i magistrati della Corte dei conti assegnati alle sezioni e agli uffici di controllo per i fatti di cui vengano a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni (art.52,4 comma). Il pubblico ministero dopo l'acquisizione della notizia è tenuto ad avviare l'attività di accertamento per la verifica dell'ipotesi di danno, il che per la specificità e concretezza

anticorruzione (A.N.AC.) quale soggetto destinatario delle segnalazioni, dall'altro lato (art. 19, comma 5) ha stabilito che l'Autorità “riceve notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2011, n. 165”; in argomento si rinvia a R. CANTONE, *La Tutela del whistleblower: art.54-bis del d.lgs.n.165/2001*, in B. G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, p. 255, specie p.259 in cui l'A. evidenzia l'assenza di meccanismi di incentivazione di report da parte di dipendenti e dunque la ridotta efficacia dello strumento

²³ Naturalmente deve trattarsi sempre di notizia specifica e concreta, ad eccezione solo per le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge per le quali, come ricorda la sent. 12/QM/2011, “non soltanto è prevista una sanzione pecuniaria come conseguenza dell'accertamento di responsabilità amministrativa, ma in cui la norma definisce altresì l'automatica determinazione del danno, mentre va escluso che possano rientrarvi le ipotesi in cui la legge si limiti a prevedere che una certa fattispecie <<determina responsabilità erariale>>, o espressioni simili”; a riguardo si veda M. ORICCHIO, *La denuncia di danno*, cit. p. 296, il quale ricostruisce sulla base del quadro normativo e giurisprudenziale le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge quali: l'art.5 della legge n.89/2001 in caso di equa riparazione per irragionevole durata del processo; l'art.23 della legge n.289/2002 relativo ai debiti fuori bilancio; art.2, comma 8, della legge n.241/1990 relativo al silenzio inadempimento della p.a.; l'art.55-quater del d.lgs.165/2001 relativo a sentenze di licenziamento o condanna dei dipendenti pubblici; l'art.51, comma 7, del d.lgs n.174/2016 in base al quale la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti di amministrazioni pubbliche o di organismi ovvero enti controllati, per i delitti commessi a danno delle stesse amministrazioni, sia comunicata al competente procuratore regionale. Peraltro l'A. osserva come quest'ultima disposizione sia pleonastica poiché “fa salvo il disposto di cui all'art.129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del c.p.p., che prevede la comunicazione da parte del pubblico ministero penale dell'esercizio dell'azione penale per un reato che abbia cagionato danno all'erario ovvero quando per tale ipotesi un dipendente pubblico sia stato arrestato. Ne consegue che l'apertura dell'istruttoria avviene normalmente già con questa notizia, sopraggiungendo quella della sentenza definitiva in sede penale solo a distanza di molti anni: ma il richiamo dell'art.129, comma 3, è contenuto anche nell'art.52, comma 5 del codice”

²⁴ In questi termini M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, cit. pp.72-73 che conclude come sia evidente che in questo mutato contesto di maggior sensibilità del corpo sociale verso l'attività delle pubbliche amministrazioni lo strumento della denuncia di danno erariale “quale principale (se non esclusiva) fonte di conoscenza per il pubblico ministero non è più efficiente, da un lato e congruente, dall'altro”.

necessaria all'avvio dell'azione, dovrà comprendere verosimilmente anche l'acquisizione degli atti connessi all'esercizio della funzione di controllo.

La disposizione interviene sul complesso tema del rapporto tra funzione di controllo e consultiva da un lato e giurisdizione di responsabilità di cui è titolare la Corte dei conti, dall'altro, questione che ha lungamente impegnato la dottrina e rispetto alla quale un punto di riferimento è stato rappresentato dalla nota sentenza della Corte costituzionale n.29 del 1995²⁵.

In essa la Corte, dopo aver ribadito il carattere collaborativo del controllo sulla gestione, ha chiarito come la funzione di controllo ed in particolare i poteri istruttori potessero essere esercitati rispetto ad “oggetti previamente individuati e indiscriminati, privi di qualsivoglia sanzione, per cui, nel caso in cui si fosse attivato l'intervento del giudice contabile quando gli scostamenti dai parametri di riferimento risultanti dal controllo sulla gestione fossero risultati tali da configurare un danno erariale, tale esito non poteva essere considerato come diretta conseguenza del controllo successivo sulla gestione”²⁶.

La Corte dunque evidenziava la netta distinzione tra la funzione di controllo e funzione giurisdizionale giungendo, al fine di garantire i diritti di difesa ex art.24 Cost., ad escludere che le notizie e i dati acquisiti nell'esercizio della prima potessero essere utilizzati nella fase processuale senza un previo invito a fornire deduzioni sugli elementi acquisiti a carico del presunto responsabile.

Rispetto a tale impostazione di chiara separazione tra le due funzioni si sono verificati significativi cambiamenti nel nostro ordinamento, al punto che una simile impostazione non sembrerebbe più coerente con il mutato quadro costituzionale in cui la funzione di controllo pur essendo distinta da quella giurisdizionale è ad essa complementare nel perseguire la tutela della finanza pubblica²⁷.

Più precisamente la funzione di controllo è finalizzata alla sana gestione delle finanze pubbliche, mentre quella giurisdizionale agisce in modalità sanzionatoria e risarcitoria al fine di garantire il reintegro dei danni erariali subiti.

In questa prospettiva di complementarità si può collocare anche la scelta del Codice di valorizzare la figura del pubblico ministero, in linea con l'evoluzione segnata dal decreto legge n.174/2012, convertito

²⁵ Cfr. S. CIMINI, *La responsabilità*, cit., p. 159 e ss; recentemente si veda Sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n.45 del 2016.

²⁶ Così G. COLOMBINI, *Il “nuovo” sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in *Riv.Corte dei conti*, n.4-5/ 2015, p.588 e ss, specie p.598

²⁷ Come è stato osservato, infatti, da G. COLOMBINI, *Il “nuovo” sistema dei controlli della Corte dei conti*, cit., p.59, il “le nuove forme di controllo di legittimità-regolarità (...) orientate a recuperare quella “legalità finanziaria messa in crisi dallo smantellamento dei controlli di legittimità sugli atti degli enti territoriali (e dal dilagare dei fenomeni di corruzione nelle amministrazioni pubbliche) (...), poggiano su di una base costituzionale forte, cioè non circoscrivibile al solo art.100 Cost. bensì riferita agli artt.81, 97, 117,119 Cost. e alle norme sovranazionali della costituzione economica europea, basi giuridiche che hanno imposto forti limitazioni alla spesa pubblica degli Stati membri e, all'interno degli Stati membri, alla spesa di tutte le amministrazioni pubbliche territoriali e non territoriali”.

con legge n. 213/2012 che gli attribuisce il compito, nell'ambito del giudizio di parificazione, di formulare osservazioni in merito alla legittimità e alla regolarità della gestione, oltre alla possibilità di proporre "misure di correzione" e di "interventi di riforma" necessari all'equilibrio di bilancio e al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza della spesa (art.1, comma 5, d.l. n.174/12); lo stesso giudizio di parifica si svolge in udienza pubblica, sulla base di un contraddittorio tra il procuratore generale e i rappresentanti della pubblica amministrazione, nel rispetto delle formalità della giurisdizione contenziosa.

Il pubblico ministero è venuto ad assumere un ruolo partecipe di "osservatore della legalità finanziaria" con l'onere di segnalazione degli elementi critici rilevanti sia sotto il profilo della legalità, sia sotto il profilo economico e amministrativo delle risorse pubbliche²⁸. La centralità del ruolo del p.m. è peraltro accentuata dall'evoluzione stessa della responsabilità amministrativa che ha perso i tratti del fenomeno meramente contabile per assumere connotati legati sempre più alla gestione economico finanziaria; la tutela della sana gestione della finanza pubblica, degli equilibri di bilancio è infatti presidiata dalle nuove fattispecie di responsabilità a carattere sanzionatorio²⁹. Si è venuto a delineare un sistema di controlli in cui la garanzia delle correzioni promananti dal pubblico ministero è "blindata" dall'eventuale innesco dell'azione di responsabilità da parte dello stesso³⁰; si assiste dunque ad una integrazione del rapporto tra controllo e responsabilità che non è del tutto scevra dal pericolo di appiattare quest'ultima su una preminente finalità sanzionatoria con il rischio di produrre effetti deterrenti sproporzionati rispetto all'obiettivo di una buona amministrazione³¹. Per queste ragioni il tema del rapporto tra responsabilità e controllo deve essere ricondotto alla fisiologica funzionalità esistente tra i due distinti istituti: da un lato la responsabilità si realizza su fatti che sono stati oggetto di accertamento; dall'altro, è il controllo che offre la certezza necessaria per la definizione del fatto. Nell'ambito di questa duplice connessione tra gli

²⁸ Cfr. S. PILATO, *Relazione*, cit.,p.16, il quale evidenzia in un'accezione positiva che "Nel giudizio di parifica, che chiude il ciclo annuale dei controlli sul bilancio dell'amministrazione regionale, l'ufficio del Pubblico Ministero adempie ai doveri propri della parte pubblica, e contribuisce alla realizzazione delle finalità indicate dal legislatore nella "formulazione delle osservazioni in merito alla legittimità ed alla regolarità della gestione" ed alla proposizione delle "misure di correzione" e degli "interventi di riforma" necessari per "assicurare l'equilibrio del bilancio" e migliorare "l'efficacia e l'efficienza della spesa" (art. 1 comma 5 legge 213/12). In tal modo, il sistema giuridico dei controlli si dota di misure più incisive per garantire l'effettività delle correzioni nell'andamento delle gestioni amministrative e contabili, e si avvale di strumenti più efficaci"; più ampiamente G.COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, cit., p.11 e ss.

²⁹ Sul punto si veda G. COLOMBINI, *Il "nuovo" sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in *Riv. Corte conti*, nn.3-4/2015, pp. 588-603.

³⁰ Analoghe osservazioni possono estendersi alla fase processuale se si considera che in base all'art.95 del Codice l'adesione ai pareri, ove prodotti in causa, resi dalla 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", come anche l'adesione ai pareri resi nell'esercizio della funzione di controllo di legittimità e di regolarità finanziaria assume una valenza probatoria di "esimente" ai fini dell'accertamento da parte del giudice della sussistenza o meno della gravità della colpa.

³¹ Cfr. F. GARRI, *I Controlli nell'ordinamento italiano*, cit.p. 266 e ss; più specificamente ID., *Rapporti tra controlli e giurisdizione sulle responsabilità degli agenti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1995, II, p.361.

“accertamenti rilevanti sul piano degli illeciti e valutazione delle certezze di fatti apprestate in sede di controllo” deve realizzarsi “un’azione coordinata che è il fondamento di un rapporto funzionale tra controlli e giurisdizione”³², funzioni poste a tutela della legalità e del buon andamento dell’azione amministrativa secondo la più accentuata declinazione di “antidoti” contro la cattiva amministrazione³³. Tale funzione di antidoto contro la cattiva pubblica amministrazione rimarcata dagli ultimi interventi legislativi in tema di controlli, non altera il suddetto rapporto di funzionalità con la giurisdizione di responsabilità, entrambe accomunate dall’obiettivo di tutelare le risorse pubbliche³⁴. Ed infatti la responsabilità ha ad oggetto l’attività e il comportamento del singolo soggetto mentre il controllo ha ad oggetto la complessiva attività amministrativa: l’una attiene agli atti e la gestione intesa in senso oggettivo (art.100 Cost.); l’altra, la giurisdizione, attiene al profilo soggettivo, vale a dire alla condotta del singolo che ha adottato gli atti e le decisioni amministrative imputabili all’ente (art.103 Cost.). E’ in questa prospettiva di verifica di entrambi i profili dell’azione amministrativa, soggettivo e oggettivo, che deve essere valutato il buon andamento della pubblica amministrazione (art.97 Cost.), soprattutto nell’attuale sua concezione di valore immanente al nostro ordinamento, collegato alla sostenibilità del debito pubblico (art.97 Cost.) oltre che all’equilibrio dei bilanci (artt.81,97 e 119, Cost.) e al coordinamento della finanza pubblica (art.119 Cost).

D’altro canto, le coordinate costituzionali disegnano un quadro in cui alla funzione di controllo è affidato l’obiettivo di tutelare la sana gestione delle risorse pubbliche, mentre alla funzione giurisdizionale è affidato il compito di ottenere il risarcimento delle perdite subite per atti commessi con dolo o colpa grave (art.100 e 103 Cost.).

In questa linea, come accennato si colloca il Codice, le cui disposizioni confermano l’assottigliamento della linea di confine tra attività giurisdizionale e controllo sotto un duplice profilo. Da un lato si inseriscono coerentemente, quasi completandolo, in un assetto normativo in cui le potenzialità di un approccio collaborativo del controllo sono state progressivamente eliminate da un’evoluzione del sistema dei controlli in chiave coercitiva, evoluzione accentuata e giustificata anche dalla Corte costituzionale dall’urgenza di rispettare i vincoli di bilancio imposti dalla normativa europea³⁵.

³² Così F. GARRI, *I controlli nell’ordinamento italiano*, cit., p.268.

³³ Evidenzia l’effetto dei controlli quali “antidoti” contro la cattiva gestione G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell’amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, Roma 7 / 8 ottobre 2016 - AIPDA *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, p.21, reperibile sul sito dell’Aipda.

³⁴ In questo senso F.G. SCOCA, *Sguardo d’insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, cit. p.15; anche G. D’AURIA, *I nuovi controlli della Corte dei conti davanti alla Corte costituzionale*, cit. p.1156.

³⁵ Cfr. Corte cost. sent. nn.39 e 40 2014, commentate da B. CARAVITA – E. JORIO, *La Corte costituzionale e l’attività della Corte dei conti*, in *federalismi.it*, n.6/ 2014.

Dall'altro, le disposizioni del Codice non vietano che in ragione della specificità e concretezza della *notitia damni*, le segnalazioni dei magistrati in esito alla loro attività di controllo possano essere corredate da documenti e atti acquisiti nel corso dell'esercizio della funzione di controllo.

Dunque si conferma l'integrazione tra funzione di controllo e funzione giurisdizionale, integrazione che come ribadito dalla stessa Relazione illustrativa non può giungere a ledere i diritti di difesa e del giusto processo ex art.24 Cost. e 111Cost..

Certo, l'assenza di un divieto esplicito ad utilizzare dati ed elementi raccolti in relazione ad un'ipotesi di danno erariale, quali prove precostituite in sede di controllo, idonee a confluire nel fascicolo istruttorio, consente interpretazioni attributive di una loro valenza probatoria³⁶.

Tuttavia, come accennato, ad escludere la valenza probatoria degli atti e documenti raccolti in sede di controllo è la stessa Relazione illustrativa al Codice che ha ricordato in primo luogo, come la prova del danno erariale sia interamente rimessa all'attività del procuratore all'interno del singolo giudizio di responsabilità (art.5, legge n.19 del 1994); in secondo luogo, ha ribadito il rispetto del “ principio di inutizzabilità delle notizie e dei dati acquisiti attraverso l'esercizio dei poteri inerenti al controllo sulla gestione, perché una loro piena trasposizione con valenza probatoria vanificherebbe grandemente i diritti di difesa delle parti”³⁷. Pertanto, anche nella complementarietà delle due funzioni viene ribadita la “diversa significatività dell'attività della Corte in sede di controllo e in sede giurisdizionale”, diversità testimoniata dalla previsione di un “onere” di segnalazione in luogo di un “obbligo” che attiene più propriamente all'esercizio dell'azione di responsabilità.

Ma anche in questa prospettiva non si può fare a meno di cogliere una valorizzazione del ruolo del p.m. che, pur rispettosa dei diritti di difesa ex art.24 Cost., si evolve verso un maggior avvicinamento al pubblico ministero penale pur essendo il procuratore contabile privo di un generale potere investigativo (art.330 c.p.p.) volto all'acquisizione della notizia del danno³⁸.

³⁶ In effetti, nel quadro complessivo delineato dal Codice è possibile ritenere che “l'esclusività dell'istruttoria del p.m. contabile va necessariamente coordinata con l'“onere di segnalazione” che grava sui magistrati del controllo(ex art.52, comma 4, c.g.c), in rapporto al quale(onere) l'allegazione degli elementi probatori dei fatti che possano ingenerare responsabilità erariale ne costituisce una semplice estensione”; così S. PILATO, *I rapporti tra funzioni giurisdizionali e funzioni di controllo*, in A. CANALE - F. FRENI - M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, 2017, pp. 100 e ss, specie p.123.

³⁷ Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs n. 174/2016, par.8.1, p.23.

³⁸ Così M.ORICCHIO, *La denuncia di danno*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, cit. pp.293-297; in particolare, tra le notizie qualificate si menzionano quelle trasmesse dal p.m. penale ai sensi dell'art.129 disp. att. c.p.p. “Quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'erario, il pubblico ministero informa il procuratore generale presso la Corte dei conti, dando notizia dell'imputazione”; in particolare “ il pubblico ministero invia la informazione contenente la indicazione delle norme di legge che si assumono violate anche quando taluno dei soggetti indicati nei commi 1 e 2 è stato arrestato o fermato ovvero si trova in stato di custodia cautelare”

Ed infatti il rischio che le disposizioni del Codice sembrano configurare è quello di distorcere la funzione di controllo in uno strumento di indagine utile alla magistratura contabile per “andare a ricercare attraverso gli uffici di controllo la *notitia damni*” in quelle amministrazioni che possano essere considerate a rischio sulla base di sospetti o preconcetti³⁹. Il Codice non garantisce dal pericolo di alterare il suddetto rapporto di funzionalità tra controllo e responsabilità amministrativa, tramutando quest’ultima in un potenziale obiettivo del primo, oppure quest’ultimo in un presupposto strategico per l’avvio dell’azione⁴⁰.

5. (segue) Le problematiche del rinnovato ampliamento dei presupposti per l’azione di responsabilità per danno all’immagine per effetto delle disposizioni del Codice

Il Codice di giustizia contabile dedica alla fase preprocessuale del giudizio Il Titolo I della Parte II il cui Capo I, art.51, disciplina la “Denuncia di danno” che innesca l’attività istruttoria relativa all’esercizio dell’azione erariale sulla base di specifica e concreta notizia. In linea generale, viene ripresa la previgente disciplina recata dal d.l. 1 luglio 2009 n.78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n.103, ma riapre alcune problematiche relative al danno all’immagine che si riverberano sull’ampliamento dei presupposti per l’avvio dell’azione di responsabilità da parte del procuratore. Il Codice, infatti, configura un quadro normativo in cui la notizia, pur specifica e concreta, ma relativa a qualunque reato comune commesso da pubblico dipendente risulta idonea all’avvio dell’azione di responsabilità per danno all’immagine della pubblica amministrazione⁴¹.

L’evoluzione del dibattito e soprattutto della giurisprudenza in tema di danno all’immagine è stata lunga e complessa in ragione delle problematiche sottese sia alla natura stessa della responsabilità amministrativa, risarcitoria o sanzionatoria, sia alla riconducibilità o meno del danno all’immagine alla fattispecie del danno erariale⁴².

³⁹Così D. BAIS, *La Corte dei conti tra controllo sulle gestioni pubbliche e giudizio di responsabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Econ. Pubbl.*, 1999, p.57 e ss

⁴⁰ Timori di questo genere erano stati espressi da parte della dottrina, *ex multis* si veda L. MERCATI, *Riforma dei controlli*, cit., p.288; ma anche A. CORPACI, *Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni delle pubbliche amministrazioni nella ricostruzione della Corte costituzionale: un tributo al valore simbolico di una riforma*, in *Giur.cost.* I, 1995, p326

⁴¹ In riferimento al danno all’immagine e alla sua origine pretoria si veda E.F. SCHLITZER, *La responsabilità amministrativo-contabile del responsabile del procedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano 2011, p. 469 ss.; precedentemente V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID., (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano 2008, p. 110 e ss.

⁴² Sul punto A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, p. 145 ss, specie p.156-157, in cui vengono ricostruiti in chiave critica le evoluzioni della dottrina e della giurisprudenza sia in riferimento alla tesi risarcitoria della responsabilità amministrativa, nel duplice sviluppo della responsabilità extracontrattuale e contrattuale, sia in riferimento alla natura pubblico sanzionatoria della stessa, per giungere a dimostrare come in seguito alla legge n.20/1994, la responsabilità amministrativa sia disciplinata “da un suo “diritto speciale”, che svuota di ogni concretezza sul piano degli effetti giuridici la disputa sulla natura della responsabilità amministrativa. (...) Sul piano degli effetti, più che

In riferimento a tale fattispecie è stato possibile osservare la vis espansiva della Corte dei conti che nell'intento di perseguire più efficacemente la sua azione a tutela dell'integrità dell'erario pubblico si è spinta oltre la nozione meramente patrimonialistica del danno erariale, diretto o indiretto, fino ad arrivare alla risarcibilità del danno all'immagine della pubblica amministrazione come danno patrimonialmente rilevante⁴³.

Già durante gli anni settanta si era delineato orientamento giurisprudenziale volto al superamento della nozione di danno erariale fondata esclusivamente sul danno al patrimonio verso l'approdo ad una più ampia dimensione del danno pubblico, comprensiva anche di danni non patrimoniali subiti dalla pubblica amministrazione a causa di condotte illecite dei propri dipendenti⁴⁴.

Soprattutto, a partire dagli anni novanta la Corte dei conti ha sostenuto la risarcibilità dei danni non patrimoniali (art.2059 c.c) derivanti da comportamenti delittuosi dei propri impiegati che si traducevano in una lesione dell'immagine della pubblica amministrazione. In tempi relativamente recenti la Corte, con la nota sentenza n.10/2003, ha sostenuto come il danno all'immagine non rientri nell'alveo dell'applicabilità dell'art.2059 c.c., ma sia riconducibile alla figura del danno esistenziale, comprendente qualsiasi lesione all'esistenza del soggetto danneggiato e pur essendo di natura non patrimoniale è suscettibile di risarcimento sulla base di quanto disposto dall'art.2043 c.c.; in particolare, la Corte ha ritenuto che il danno all'immagine della pubblica amministrazione fosse economicamente valutabile sia in ragione della cattiva utilizzazione delle risorse pubbliche, sia in ragione dei costi sostenuti dalla pubblica amministrazione per correggere gli effetti negativi in termini di minore affidabilità, credibilità e capacità operativa.

la natura speciale della responsabilità amministrativa, quello che rileva è, da un lato, la sua uniformità relativamente al settore pubblico e, dall'altro la sua alternatività rispetto alle figure ordinarie di responsabilità civile"; sul punto A.CORPACI, *Il principio cardine del giudizio di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, p. 265 e ss, specie p.278-279, osserva che la speciale natura della responsabilità amministrativa, si inserisce all'interno del quadro della responsabilità patrimoniale per danni, dato che è lo stesso dato normativo a collegarla al danno e alla colpa o dolo, nonché all'obbligazione risarcitoria; in riferimento alla natura risarcitoria della responsabilità amministrativa, senza pretesa di completezza, si veda L. SCHIAVELLO, *Rischio e responsabilità patrimoniale per deviazioni dalle attribuzioni d'ufficio*, Napoli, 1967; G. GRECO, *La responsabilità civile dell'Amministrazione e dei suoi agenti*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo.*, Vol.II, Rimini, 1993, p.990 e ss; in riferimento alla natura sanzionatoria si veda F. STADERINI, *Responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione* in *Riv.Corte conti*, n.2/1996, p.295 e ss; ID., *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti tra risarcimento e sanzione* in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 299, specie p.306.

⁴³ Sulla vis espansiva della Corte dei conti relativamente al danno all'immagine si veda S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, 2003, p.58- 70 che rileva l'insorgere di un problema rimasto essenzialmente irrisolto, relativo alla stima del danno non patrimoniale, e dunque la difficoltà di identificare l' "effettiva lesione all'integrità dell'erario pubblico"; in argomento si veda L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficacia*, Torino, 2002, specie p. 287-292.

⁴⁴ Sul concetto di danno "non in senso puramente ragioneristico" ma come "danno pubblico alla collettività" si è pronunciata la Corte Conti, sez. I, 15 maggio 1973, n. 39, in *Foro Amm.*, 1973, I, 3

Secondo questo orientamento la risarcibilità del danno arrecato all'erario era basata sull'accertamento della diminuzione patrimoniale quale conseguenza di una perdita di fiducia da parte dei cittadini nei riguardi della pubblica amministrazione o anche quale conseguenza delle risorse finanziarie da destinare al ripristino dell'immagine danneggiata⁴⁵. Tuttavia, il nodo nevralgico di questa impostazione rimaneva la determinazione stessa del danno, la sua identificazione e quantificazione, non essendo agevole misurare il grado di perdita o di crescita della fiducia dei cittadini e di conseguenza neanche i costi per l'attuazione di una campagna restauratrice dell'immagine della pubblica amministrazione⁴⁶.

In questa prospettiva, infatti, l'indeterminabilità del danno all'immagine si configurava come un ostacolo insormontabile, eccessivamente difficile da provare, il che finiva per frustrare in concreto la possibilità di applicare la relativa condanna.

Da qui la concezione del danno all'immagine della pubblica amministrazione non come danno conseguenza connesso agli effetti negativi sul patrimonio, ma come c.d. *danno evento*, essendo sufficiente ai fini della sua risarcibilità la sussistenza del fatto intrinsecamente dannoso, ragion per cui la sua quantificazione potrà essere basata non unicamente sulla base dei costi effettivamente sostenuti per porre rimedio agli effetti negativi⁴⁷. Peraltro, un evento dannoso in sé avrebbe consentito un esonero dall'onere della prova e la quantificazione del danno avrebbe potuto essere realizzata in via equitativa. Questa impostazione ha condotto a configurare, in via di prassi, la condanna per lesione all'immagine come una sorta di duplicato della sanzione penale per i delitti contro la pubblica amministrazione, giungendo talvolta ad assumere un peso persino maggiore della condanna penale⁴⁸.

Sulla scia di questo orientamento la giurisprudenza contabile ha continuato ad allargare il proprio raggio d'azione giungendo ad identificare un danno all'immagine anche in assenza di illecito penale, come è accaduto per la fattispecie del danno da disservizio o da non corretta utilizzazione delle risorse pubbliche⁴⁹. La questione si colloca in un quadro evolutivo più ampio che non può essere affrontato in

⁴⁵V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., p.118-119; E. F. SCHLITZER, *Il danno erariale: una nozione di non facile definizione*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, p.179 e ss., specie p.195 e ss.

⁴⁶ Il punto è evidenziato da A. CIARAMELLA, *Prime considerazioni sulle modifiche al regime della responsabilità amministrativa di cui all'art. 17, comma da 30-bis a 30-quinquies, del D.L. n. 78/09, convertito nella L. D.L. n. 78/09, convertito nella L.n. 102 del 2009*, in *Riv. Corte Conti*, n.3/2009, p. 253.

⁴⁷ In questo senso, Corte Conti, sez. riun., 23 aprile 2003, n. 10, in *Giur. It.*, 2003, 1710, con commento di M. POTO, *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vaglio delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti*.

⁴⁸ Così C.E. GALLO, *Passato, presente e futuro del danno all'immagine della pubblica Amministrazione*, in *Urbanistica e Appalti*, n.4/2011, p.412

⁴⁹ In questo senso Corte Conti, sez. giur. Toscana, 4 febbraio 2009, n. 70, in *Riv. Corte Conti*, n.1/2009, p.107; sul tema la Corte di Cassazione discostandosi dal riconoscimento del danno all'immagine come danno evento di natura non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art.2043 c.c., ne ha riconosciuto la risarcibilità quale *danno conseguenza* ai sensi dell'art.2059 c.c., in ragione della "diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente nel che si esprime la sua immagine, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire

questa sede ma che nel corso di oltre un decennio ha registrato una parallela evoluzione normativa della responsabilità amministrativa in cui anche forme tipizzate della responsabilità erariale sono state attribuite alla cognizione del giudice contabile⁵⁰.

Più specificamente, per il danno all'immagine un argine alle conseguenze derivanti dalla vis espansiva del giudice contabile è stato posto, come accennato, dal legislatore che mediante l'art.17, comma 30-ter del d.l. n.78/2009, convertito in legge n.102/2009, (c.d. Lodo Bernardo) aveva limitato l'azione risarcitoria per il danno all'immagine nei soli casi e modi previsti dall'art.7 della legge 97/2001, vale a dire nelle sole ipotesi di sentenza irrevocabile di condanna per i delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Capo I del Titolo II del libro II del Codice penale, quali i delitti commessi dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio.

Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale che con la nota sent.n.355 del 2010 ha avallato la scelta di limitare l'ambito di responsabilità erariale al fine di disinnescare effetti deterrenti sull'attività del pubblico funzionario che avrebbero potuto riverberarsi sull'efficacia ed efficienza della pubblica amministrazione. In particolare la Corte Costituzionale, "in linea con quanto affermato dalla Cassazione con la sentenza n. 26792 del 2008, ha ribadito che il danno all'immagine "in ragione della natura della situazione giuridica lesa, ha valenza non patrimoniale e trova la sua fonte di disciplina nell'art. 2059 cod. civ."

Nella stessa pronuncia il Giudice delle leggi ha peraltro offerto chiarimenti circa la natura patrimoniale del danno all'immagine sostenuta dalla giurisprudenza contabile precisando che "il riferimento, contenuto nella giurisprudenza della Corte dei conti, alla patrimonialità del danno stesso - in ragione della spesa necessaria per il ripristino dell'immagine dell'ente pubblico - deve essere inteso come attinente alla

delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con i quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca. Il suddetto danno non patrimoniale va liquidato alla persona giuridica o all'ente in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto" Cass., sez. III, 4 giugno 2007 n.12929, in *Giust. civ. mass.*, 2007. Tale orientamento è stato in parte corretto dalle sezioni unite nella nota sentenza 11 novembre 2008, n.26972 che ha ricondotto ad unitarietà la figura del danno non patrimoniale di cui all'art.2059 c.c., disconoscendo autonomia al danno esistenziale e ridimensionando la categoria del danno evento.

⁵⁰ Ne è derivato un ampliamento delle fattispecie potenzialmente riconducibili alla giurisdizione contabile che ha suscitato perplessità sotto diversi profili il principale dei quali è il frequente disancoraggio del danno dal pregiudizio concreto recato alle risorse pubbliche. Peraltro, in relazione alle fattispecie tipizzate di danno erariale, dato che la sanzione è il risultato di un procedimento amministrativo, è stato condivisibilmente osservato come l'attribuzione di un potere sanzionatorio al giudice contabile equivalga all'attribuzione di una competenza di natura amministrativa da esercitarsi secondo i principi della funzione giurisdizionale, distorcendo in questo modo un procedimento amministrativo in uno giurisdizionale; così S. CIMINI, *Tipificazione dell'illecito erariale e limiti dell'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in www.federalismi.it, n.23/2014, specie p.10-13

quantificazione monetaria del pregiudizio subito e non alla individuazione della natura giuridica di esso”

⁵¹.

In questo modo la Corte costituzionale pur ribadendo la natura non patrimoniale del danno all'immagine ne ha conservato il nesso con le conseguenze patrimoniali negative per le finanze pubbliche.

D'altro canto anche le Sezioni unite della Cassazione hanno successivamente ribadito come l'intervento del legislatore avesse creato i presupposti per una proporzionalità dell'azione di responsabilità amministrativa dato che, relativamente al danno all'immagine, nei casi in cui “non vi sia stato l'accertamento di uno dei delitti **tassativamente** indicati dalla legge come fonte di tale danno non patrimoniale da parte del giudice penale da porre a presupposto del giudizio di responsabilità amministrativa, dà luogo ad un eccesso di potere esterno della Corte dei conti che emette una condanna vietata dalla legge, erogando una tutela ad essa non consentita di posizioni dello Stato non giustiziabili”(Cass. Civ., SS.UU., sent.nn. 14831/2011,5756/2011;9198/2012; 20728/2012)⁵².

Tuttavia in materia un ulteriore intervento del legislatore ha ricreato le ambiguità circa gli ambiti della giurisdizione della Corte dei conti relativamente al danno all'immagine.

La legge n.190/2012, infatti, al comma 62 dell'art.1 ha modificato l'art.1, comma 1-sexies e 1-septies della legge n.20/1994, configurando l'ipotesi di azione risarcitoria in tutti i casi di sentenze di condanna per delitti contro la pubblica amministrazione e non solo per quelli di cui al Capo I del codice penale.

A riguardo, a dissipare i dubbi in materia sono intervenute le Sezioni riunite della Corte dei conti che con la sentenza 19 marzo 2015 n.8, hanno respinto l'interpretazione dell'art.1 della legge 190 del 2012 che avrebbe esteso le ipotesi risarcitorie oltre i limiti delineati dal Capo I del codice penale, chiarendo che “

⁵¹ In particolare secondo la citata sent.15 dicembre 2010, n. 355, della Corte costituzionale, il legislatore ha opportunamente configurato la responsabilità amministrativa in modo diverso rispetto alla responsabilità civile, in ragione dei profili sanzionatori che risultano essere più marcati rispetto a quelli risarcitori. In questa ottica il legislatore ha il potere di definire l'ambito delle condotte perseguibili definendo quanta parte del rischio dell'attività del pubblico dipendente debba rimanere a carico suo e quanta debba essere posta a carico della p.a., in modo da identificare un punto di equilibrio che non sia un deterrente per l'attività dei dipendenti pubblici; sul punto si vedano le condivisibili critiche di G. BOTTINO, *Il «danno alla immagine»: dell'amministrazione pubblica, o del legislatore?*, in *Giur. Cost.*, 6/2010, p. 4996, secondo il quale “È invero molto difficile, se non in via di principio, e dunque indimostrata, legare con un nesso eziologico, e per il tramite della «efficacia e tempestività della azione» delle amministrazioni pubbliche, la crisi economica del «sistema-Paese» con la responsabilità amministrativa per «danno all'immagine» (rectius, con il timore che i dipendenti pubblici hanno, nella loro azione quotidiana, di incorrere in tale forma di responsabilità). Vi è, al contrario, che la Corte costituzionale ha qui inteso avallare l'intenzione del legislatore di limitare un ambito di responsabilità (il «danno alla immagine») che, negli ultimi anni, la Corte dei conti - con la propria giurisprudenza - aveva ampliato, notevolmente e progressivamente”.

⁵² In questo senso anche Corte dei conti, sez. giur. Veneto, sent. 8 febbraio 2017, n.20, in www.corteconti.it.

le Procure della magistratura contabile possono esercitare l'azione per il risarcimento del danno all'immagine soltanto per i delitti di cui al Capo I del Titolo II del Libro secondo del codice penale⁵³.

Peraltro, nella stessa pronuncia la Corte dei conti ha ricordato come l'ampliamento delle ipotesi in cui può azionarsi il danno all'immagine era stata respinta da diverse pronunce delle Sezioni Riunite Civili della Corte di Cassazione che ne avevano escluso l'estensione anche ai reati comuni⁵⁴.

Sennonché, in tale quadro interviene ora il d.lgs.n.174/2016 che all'art.4, lett.h) e lett.g) dell'allegato 3, ha abrogato l'art.7 della legge n.97/2001 il che ha privato l'art.17, comma 30-ter del d.l.n.79/2009 del riferimento normativo in base al quale l'azione di risarcimento per danno all'immagine poteva essere esercitata dal procuratore contabile solo nei casi in cui vi sia una sentenza penale definitiva di condanna del pubblico dipendente per uno delitti commessi dal pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione.

Le conseguenze sono rilevanti dato che il Codice di giustizia contabile abrogando entrambe le disposizioni elimina non solo il limite della categoria dei delitti per i quali si può perseguire il danno all'immagine, ma anche le previgenti modalità di esercizio dell'azione risarcitoria. In questo modo, venuti meno gli specifici limiti normativi, si apre una nuova dimensione in cui ogni potenziale manifestazione del danno all'immagine della pubblica amministrazione, qualunque reato comune potrebbe essere ricondotto all'ampia categoria del danno erariale e dunque innescare l'azione da parte del procuratore contabile.

Si viene a configurare un ampliamento della giurisdizione contabile, già sostenuto in una delle prime sentenze successive al Codice, rispetto alla perseguibilità del danno all'immagine, che si completa anche attraverso l'adozione di nuovi presupposti per l'avvio dell'azione di risarcimento che in seguito alle suddette abrogazioni si identifica in qualsiasi sentenza penale di condanna irrevocabile che abbia accertato un delitto da cui derivi una lesione all'immagine della pubblica amministrazione commesso da pubblici dipendenti o da soggetti legati da rapporto di servizio alla p.a. (artt.51, comma 6 e 7 d.lgs. n.174/2016)⁵⁵. Allo stesso tempo questo ampliamento della giurisdizione si completa con le disposizioni relative alla quantificazione del danno che restano vigenti e identificano l'ammontare del risarcimento nella misura

⁵³ Peraltro, le Sezioni Riunite della Corte dei conti, nella stessa sentenza del 19 marzo 2015 n.8 hanno riconosciuto l'esistenza di alcune ipotesi speciali di risarcibilità del danno all'immagine previste dal legislatore (art. 55 quinquies, comma 2 del d.lgs n. 165/2001, così come integrato dall'art. 59, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009; art. 46 del d.lgs. n. 33/2013),” ma la disciplina organica avente ad oggetto la configurabilità di un danno all'immagine per la Pubblica Amministrazione specificamente collegato a fattispecie criminose è stata introdotta con l'art. 17, comma ter., D.L. n. 78/2009 più volte citato e testé in discussione”.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., sez.unite, 6 luglio 2011n.14831; Id. sent. 12 aprile 2012 ;n.5756; Id. sent. 23 novembre 2012 n.20728; *contra* Id., sez. penale III, 4 febbraio n.5481.

⁵⁵ In questo senso si veda anche la sentenza n.201 del 1 dicembre 2016 della Sezione Giurisdizionale Lombardia; M. ORICCHIO, *La denuncia di danno*, cit. p.291 e ss.

pari al “doppio della somma di denaro percepita o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente”⁵⁶.

Ne consegue la riconferma della risarcibilità del danno all’immagine anche in assenza di una lesione economicamente valutabile, in coerenza con quanto sostenuto da parte della dottrina e della giurisprudenza che, come sopra accennato, seguendo un approccio tendenzialmente sanzionatorio del giudizio contabile, ha ritenuto che ai fini della quantificazione degli effetti negativi sia sufficiente l’accertamento della lesione all’immagine come “valore in sé”⁵⁷.

In questa ottica, il danno all’immagine resta configurato come un danno alla funzionalità dell’amministrazione fondata sul principio di buon andamento di cui all’art.97 Cost..⁵⁸.

Tuttavia, come è stato sostenuto, la lesione all’immagine quale lesione al buon andamento della pubblica amministrazione è una lesione agli interessi della collettività e pertanto è una lesione ai fini dell’attività amministrativa che potrebbe configurare un danno erariale solo nella misura in cui comporta una “disutilità della spesa” o una perdita sul versante delle entrate⁵⁹.

⁵⁶ Il 1, co. 1-*sexies*, l. n. 20/1994, introdotto dall’art 1, co. 62, l. n. 190 del 2012, prevede che “*Nel giudizio di responsabilità, l’entità del danno all’immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*”.

⁵⁷ Diversamente parte della dottrina, ha evidenziato la specificità della funzione risarcitoria, connessa alla patrimonialità del danno si veda F. G. SCOCA, *Sguardo d’insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, (a cura di) ID., Padova, 1997, p. 1 e ss.; ID., *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile ad un decennio dalle riforme*, Atti del LI Convegno di studi amministrativi, Varenna, settembre 2005, Milano 2006, p.37 e ss, specie p. 64 in cui l’A. chiarisce che “ Il realizzarsi della fattispecie di responsabilità fa sorgere, come è ovvio, un diritto al risarcimento e, anche sotto questo profilo, ci si allontana fortemente, a mio avviso, dal modello della responsabilità sanzionatoria”; in questo senso anche A. POLICE, *Gli elementi essenziali della responsabilità*, cit. p.90; S. CIMINI, *Responsabilità provvedimento della p.a., responsabilità erariale e principio di buon andamento*, in *Foro amm. CDS*, fasc.3, 2011, p. 1041 e ss;

⁵⁸ Sul punto si veda V. TENORE, *La responsabilità amministrativo contabile. Profili sostanziali*, cit. pp. p.115-125; in questo senso anche le prime sentenze successive all’entrata in vigore del d.lgs n.174/2016 quali ad esempio sent. 27 gennaio 2017, n.53 Corte Conti sez.giur. Sicilia secondo la quale la quantificazione del danno deve rapportarsi anche alle qualifiche ricoperte nell’ambito dell’amministrazione oltre che alle somme di cui è stata accertata l’appropriazione indebita; Corte dei conti, sez. giur. Sicilia, 17 marzo 2017, n.187; sia la sent. 1 dicembre 2016, n.1, della Regione Lombardia che ai fini della sussistenza e della quantificazione equitativa del danno all’immagine, ritiene rilevanti, tra cui l’alta rilevanza sociale svolta dall’Amministrazione di appartenenza, la funzione istituzionale svolta, l’oggettiva gravità e lesività (verso la P.A.) dei fatti, la loro reiterazione nel tempo con vari gruppi criminali eroganti somme illecite; diversamente Corte dei Conti, Sez. giur. Veneto, sent. 19 dicembre 2016, n.219 ha ancorato la risarcibilità del danno alla lesione economicamente valutabile.

⁵⁹ Così F. GARRI - G. DAMMICO – A. LUPI - P. DELLA VENTURA - L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti- Responsabilità, conti pensioni*, Milano, 2007, p. 251; precedentemente, nel senso di ancorare la responsabilità amministrativa ad un danno all’erario F. GARRI, *La responsabilità per danno erariale*, Milano, 1965; A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, cit., p.101 ss.

In effetti, la tutela dei beni sottesi all'interesse legittimo al buon andamento della pubblica amministrazione, specie per effetto della sentenza n.500 del 1999 della Corte di Cassazione, rientra nell'ambito di competenza del giudice ordinario e del giudice amministrativo, la cui condanna nei confronti della pubblica amministrazione innesca l'azione di responsabilità nei confronti del dipendente pubblico che abbia arrecato un danno indiretto, seppur certo, concreto e attuale al patrimonio pubblico⁶⁰. Diversamente l'attuale quadro normativo disancora l'azione risarcitoria del danno all'immagine dalla concreta lesione patrimoniale, il che come evidenziato dalle prime sentenze successive all'entrata in vigore del Codice, rimette al giudice la quantificazione dello stesso in tutti i casi in cui non sia già definita la lesione alle finanze pubbliche⁶¹. Così, l'accertamento del danno, della perdita di valori, assume concretezza attraverso la costruzione del suo importo che spetta al giudice realizzare in via preliminare alla definizione del danno risarcibile e dell'importo da porre a carico dei responsabili⁶².

Verosimilmente, nel caso del danno all'immagine la quantificazione del risarcimento verrà fondata, non solo sul doppio del valore della somma di danaro illecitamente percepita ma anche di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente⁶³.

Dunque la quantificazione del danno quando non è deducibile dall'ammontare di danaro illecitamente percepito deve fondarsi su criteri equitativi ex art.1226 c.c., che tengano conto della posizione ricoperta dal soggetto nell'organizzazione amministrativa, la eventuale reiterazione del comportamento, l'emulazione da parte di altri soggetti, come anche le ricadute sulla collettività⁶⁴.

Si tratta di un processo di quantificazione dell'utilitas illecitamente percepita basato su deduzioni logiche che necessariamente devono avvalersi di strumenti propri delle scienze economiche, matematiche, e in ragione del *clamor fori* che costituisce uno dei criteri di base configuranti il danno all'immagine, anche di

⁶⁰ In questi termini, S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, 2003, secondo l'A. "l'eventuale condanna dell'ente pubblico mette, di regola, in moto il procedimento tendente ad accertare la responsabilità interna del funzionario per la reintegrazione patrimoniale dell'amministrazione (...). Da questa prospettiva, quindi, la tutela dell'interesse al buon andamento potrebbe essere ricondotta nuovamente all'ambito della giurisdizione contabile. In tal caso però l'intervento della Corte è pienamente giustificato poiché esso si fonderebbe non (solo) sulla mera violazione di regole di condotta del dipendente bensì su di un effettivo danno patrimoniale indiretto-caratterizzato dalla certezza, concretezza e attualità- arrecato dall'agente all'amministrazione pubblica che abbia risarcito il terzo danneggiato"; relativamente alle implicazioni derivanti dalla citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n.500 del 1999 si veda la bibliografia riportata alla nota 124 *ibidem*

⁶¹ Si veda in questo senso la prima sentenza emessa dopo l'entrata in vigore del d.lgs n.174/2016 dalla Corte Conti, Sez.giur. Lombardia, 1 dicembre 2016, n.201

⁶² Così F.GARRI - G. DAMMICO - A. LUPI - P. DELLA VENTURA - L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti- Responsabilità, conti pensioni*, cit., p.240.

⁶³ Sulla quantificazione del danno si veda la più volte citata sentenza n.8/2015 delle Sez, Unite della Corte dei conti; ID. sent. 10-QM/2013, specie par. 24; peraltro, la difficoltà di quantificazione della *utilitas* illecitamente percepita, è tale che in alcuni casi è stata identificata come un "limite intrinseco alla norma", Sez. Umbria, sent.n.2/2013

⁶⁴ Cfr. Corte conti, Sez.I, 13 marzo 2008, n.137, in www.corteconti.it

metodi propri della sociologia per valutare l'effetto reale della lesione sulla corpo sociale⁶⁵. Tuttavia, anche alla luce anche delle disposizioni del nuovo Codice non sembra agevole evitare il rischio di affievolire i principali connotati del danno erariale quali la certezza, la concretezza e l'attualità del pregiudizio arrecato all'erario e di sfumare i contorni della lesione all'erario sullo sfondo di una dimensione di incertezza e potenzialità⁶⁶.

6. La decisione di archiviazione tra valutazione prognostiche e perdurante assenza di un controllo giudiziale

Le osservazioni svolte finora acquisiscono una ulteriore valenza in riferimento alla nuova disciplina relativa all'archiviazione della *notitia damni* e dei suoi effetti rispetto ad una rinnovata concezione dell'obbligatorietà dell'azione e alla connessa questione della necessità di un controllo giudiziale sulla scelta di archiviare.

Per il giudizio di responsabilità, come è noto, non sussiste una chiara previsione costituzionale o legislativa che disponga l'obbligatorietà dell'azione di responsabilità. Sul punto la letteratura ha da tempo dimostrato che l'azione di responsabilità, in ragione della sua funzione di tutela di interessi pubblici sia obbligatoria al pari di quella penale per la quale l'obbligatorietà è espressamente prevista dall'art.112 Cost⁶⁷.

Il principio in parola mira da un lato a garantire l'indipendenza del pubblico ministero, dall'altro ad impedire che egli decida su criteri meramente discrezionali, prevedendo allo scopo modalità di controllo al fine di evitare che lo stesso pm si sottragga al suo obbligo⁶⁸

⁶⁵ In generale, in riferimento a questo approccio trasversale si veda S. CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Gior. dir. amm.*, n.2/2017, p.176 e ss; in effetti un'ampia giurisprudenza contabile ha fondato la quantificazione del danno su criteri soggettivi, inerenti alla posizione del responsabile all'interno della pubblica amministrazione e alla sua capacità di rappresentare l'amministrazione (Corte conti Veneto, sez. giur., 20 luglio 2009, n. 591), oltre ad altri elementi di natura sociale come l'impatto della notizia o la diffusione del fenomeno (Corte conti Bolzano, 7 dicembre 2001, n. 7; Corte conti, sez. I, 11 marzo 2008, n. 135; Corte conti Trentino Alto Adige, sez. giur., 1 giugno 2007, n. 28).

⁶⁶ Sul punto si veda F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 682, specie p., p. 675, che avverte come "in ragione della progressiva estensione degli interessi a presidio dei quali la fattispecie dell'illecito viene invocata, sfumi il profilo della tutela della finanza pubblica in senso proprio (e quello del recupero dell'ammacco), risultando invece più marcato l'impiego della responsabilità in funzione di tutela della legalità complessiva dell'azione amministrativa a prescindere da un pregiudizio economico effettivo".

⁶⁷ In questo senso G. COLOMBINI, *Il pubblico ministero nel processo contabile*, cit. p. 432, che osserva come la natura pubblica della funzione attribuita al p.m., rispondente all'esigenza di tutelare il "diritto obiettivo, in quanto assicura, provocando la pronuncia del giudice, la eliminazione della incertezza sulla sussistenza del diritto patrimoniale in funzione del quale viene concessa"; nel medesimo senso S. GRECO, *Denuncia di danni erariali e attività istruttoria del procuratore regionale*, in *Quad.reg.*, 1994, p.945; P. SANTORO, *L'illecito contabile*, cit. p.539; M. NUNZIATA, *Sulla necessità di prevedere l'obbligo per il pubblico ministero presso la Corte dei conti di esercitare l'illecito civile*, in *Mondo giud.*, 1993, p.234

⁶⁸ In questo senso V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, 1979, p.3; sulla triplice funzione dell'obbligatorietà dell'azione

Più ampiamente la disposizione costituzionale mira a “svolgere il ruolo di garanzia di legalità e di eguaglianza, garantendo l'indiscriminata applicazione della legge penale nei confronti di tutti”, in questo senso il principio di obbligatorietà si pone in diretta discendenza con quello di democraticità dello Stato⁶⁹. Dunque l'obbligatorietà ed i connessi principi di legalità e di eguaglianza si porrebbero su un piano contrapposto rispetto al potere discrezionale del pubblico ministero.

Tuttavia, sul piano empirico, è stata costantemente rilevata una enorme mole di lavoro a fronte di strutture insufficienti tale da non escludere in modo assoluto l'utilità e l'efficacia di un'azione penale discrezionale peraltro già sperimentata in altri ordinamenti⁷⁰.

Dunque, il nodo centrale, per il rito penale ma anche per il giudizio di responsabilità di cui ci stiamo occupando, rimane l'individuazione di strumenti idonei ad evitare che un giudizio prognostico del pm si traduca in scelte confliggenti con i principi di eguaglianza e non discriminazione che la norma costituzionale si prefigge di tutelare.

Sul punto il Codice, analogamente a quanto dispone l'art.125 disp.att. c.p.p., prevede che quando la notizia di danno, anche a seguito dell'invito a dedurre, risulti infondata oppure quando non vi siano elementi sufficienti a sostenere in giudizio la contestazione di responsabilità, il p.m. contabile dispone l'archiviazione del fascicolo istruttorio; peraltro l'archiviazione è prevista, per assenza di colpa grave, quando l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla 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(art.69, commi 1 e 2).

Quest'ultima disposizione relativa all'archiviazione per assenza di colpa grave è un altro passaggio di intersezione tra funzione di controllo e giurisdizione sul quale ci si è precedentemente soffermati in riferimento all'onere di segnalazione dei magistrati di cui all'art.52 del Codice⁷¹.

penale pure R. E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 878; C. MORSELLI, *Archiviazione*, in *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 378.

⁶⁹ Così G. D'ELIA, *Commento all'art.112*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol.III, Torino, 2006, p. 2126 e ss

⁷⁰ I vantaggi dell'azione penale discrezionale sono illustrati da V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero*, cit. p. 6-8

⁷¹ Cfr. *retro* par.3; un altro punto di intersezione tra controllo e giurisdizione attiene alla fase processuale, dove in riferimento alla disponibilità e valutazione della prova l'art.95, comma 4, prevede che il giudice ai fini della valutazione e della sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti per il rilascio dei medesimi”. Sul punto G. COLOMBINI, *L'amministrazione finanziaria*, cit. p.15, ricorda che la “valenza probatoria di “esimente” ai fini dell'accertamento da parte del giudice della sussistenza o meno della gravità della colpa” recepisce un orientamento che il legislatore, con il d.l.78/2009 convertito in legge 122/2010, aveva già manifestato a proposito dei casi in cui il fatto dannoso trae origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità. Sotto altro profilo la disposizione rileva in riferimento ai principi del libero convincimento del giudice e di libertà delle prove in base i

Per la prospettiva di osservazione scelta nell'impostazione di questo lavoro, finalizzata all'analisi del sistema di bilanciamento tra i poteri riconosciuti al p.m. contabile e le garanzie del presunto responsabile non è possibile soffermarsi sulle implicazioni derivanti dal valore di esimente assunto dai pareri resi dalla Corte dei conti, ci si limiterà a considerare che la *ratio* della disposizione contenuta nella relazione illustrativa del Codice, risiede nel fatto che l'azione amministrativa, nei casi in cui si conformi ad un previo parere reso dalla stessa Corte dei conti, non è in grado di rivestire “quei caratteri di assoluta mancanza di diligenza, propri della colpa grave e necessari alla affermazione della responsabilità amministrativa (art.1, 1 comma, primo periodo, legge 20 del 1994)”⁷².

Tornando alle altre ipotesi di archiviazione, relative all'infondatezza della notizia e all'insufficienza degli elementi ai fini della sostenibilità in giudizio della contestazione di responsabilità, occorre soffermarsi, come accennato, sulle implicazioni che ne derivano rispetto all'obbligatorietà dell'azione.

In riferimento all'ipotesi di archiviazione per infondatezza, la Corte Costituzionale, sebbene con riferimento al rito penale, aveva chiarito che non sussiste un obbligo del p.m. di avviare il processo per qualsiasi *notitia criminis*, dato che il principio dell'obbligatorietà dell'azione (penale), ha un suo limite intrinseco costituito dal non dover iniziare il processo nei casi in cui sia oggettivamente superfluo, il che implica l'obbligo di esercitare l'azione penale nel caso in cui manchino elementi necessari all'archiviazione⁷³.

Successivamente, le Sezioni riunite della Corte dei conti, nella sentenza n. 1/QM/2005, hanno essenzialmente ribadito che il potere di archiviazione del p.m. contabile scaturisce dal dovere del procuratore di avviare l'attività istruttoria una volta venuto a conoscenza del danno, sia tramite denuncia, sia tramite notizia purché specifica e concreta e non manifestamente infondata. Si tratta di un potere speculare all'azione contabile che si configura nei casi in cui, *prima facie*, non si rilevino elementi del danno o della responsabilità⁷⁴. In questi casi l'assenza degli elementi costitutivi dell'illecito erariale, come anche

quali spetta al giudice al valutazione delle risultanze processuali essendo riservate al giudice del merito “il quale è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove e risultanze che ritenga più attendibili ed idonee alla formazione dello stesso e di disattendere alcuni elementi ritenuti incompatibili con la decisione adottata, essendo sufficiente, ai fini della congruità della motivazione del relativo apprezzamento, che da questa risulti che il convincimento nell'accertamento dei fatti si sia realizzato attraverso una valutazione dei vari elementi probatori acquisiti in giudizio, considerati nel loro complesso” (Cass.civ., sez.III, 6 aprile 2001, n.5149). Da questa angolazione, la disposizione appare riduttiva del potere di libero apprezzamento del giudice dato che non è possibile eliminare dagli elementi rilevanti ai fini della decisione i pareri indicati;

⁷² Relazione illustrativa al d.lgs n.174/2016, p.25.

⁷³Cfr. Corte cost., 15 febbraio 1991 n. 88, in Giur. cost. 1991, p. 586; in argomento M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 135 ss; più recentemente G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, p. 170.

⁷⁴ Sulla natura obbligatoria dell'azione di responsabilità amministrativa si veda G. NICOLETTI, *La posizione del pubblico ministero nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Foro amm.*1991, 2207; S. TARULLO, *Il pubblico ministero presso la Corte dei conti e giustizia contabile*, in *Jus*, 1997, p.217, specie p. 224.

l'assenza dei presupposti per l'avvio dell'azione di responsabilità, oppure di altri elementi quali ad esempio la prescrizione del danno, inducono ad una archiviazione nella prassi detta "prearchiviazione", che si realizza anche prima che si svolga un'attività istruttoria⁷⁵.

Ma se da un lato sembra pacifico che l'archiviazione nei casi di infondatezza della notizia non incida sull'obbligatorietà dell'azione, dall'altro l'archiviazione previa valutazione della idoneità degli elementi a sostenere in giudizio la contestazione di responsabilità potrebbe destare dubbi sulla compatibilità con l'obbligo di esercitare l'azione di responsabilità, specie in assenza di un controllo giurisdizionale.

Come accennato, il primo comma dell'art.69 del Codice, riconosce al p.m. contabile la possibilità di elaborare un giudizio prognostico sulla solidità degli elementi di prova raccolti, una valutazione che rimane nella sua esclusiva titolarità dato che, a differenza di quanto accade nel rito penale, non vi è un analogo controllo del giudice sulla richiesta di archiviazione.

Sul punto, sia la letteratura che la giurisprudenza antecedenti al Codice erano giunti ad una posizione comune basata sulla consapevolezza che relativamente al giudizio di responsabilità, l'elemento soggettivo del dolo e della colpa grave, e "la necessità di discriminare in concreto la tipologia di modalità di esercizio del potere amministrativo non si conciliano con l'indiscriminata azione giudiziale". In particolare, era stato evidenziato come per "coltivare aspettative di successo", ma anche in ragione di varie esigenze, in primis quelle di deflazione del contenzioso oltre a quelle di contenimento delle spese processuali a carico degli enti pubblici, doveva ammettersi che il "procuratore possa/debba discriminare la fattispecie da portare in aula rispetto a quella da archiviare"⁷⁶.

Tale esigenza era stata peraltro già evidenziata nella letteratura processualpenalistica da quanti avevano posto la necessità di una organizzazione efficiente dei carichi di lavoro basata anche su un esercizio "discrezionale" del potere di archiviazione⁷⁷.

Ed è proprio in ragione dell'opportunità di riconoscere l'utilità di un margine di discrezionalità nell'esercizio dell'azione che parte della dottrina aveva sostenuto la necessità di prevedere anche per il rito contabile un "contrappeso", un controllo analogo a quello previsto dal giudice per le indagini preliminari in ambito penale⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. A. ODDI, *Il "giusto processo" innanzi alla Corte dei conti*, cit. p.202.

⁷⁶ Così M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, cit. p.256; in riferimento alla giurisprudenza contabile si veda anche Corte conti, sez. II, 26 novembre 2001, n.364, in *Riv.Corte conti*, n. 6/ 2001, p.58; Corte conti, Sez. riunite, 3 agosto 2011, n.12/Qm/2011; in letteratura M. ORICCHIO, *L'attività istruttoria del pm*, in M. ATELLI, M. ORICCHIO (a cura di), *Corte dei conti e giustizia contabile*, Milano, 2006. p.236-237.

⁷⁷ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit.p.428.

⁷⁸ In questo senso O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XVI, Padova, 1997, p.201; M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2009, cit. p.548-549; P. SANTORO, *L'illecito contabile*, Rimini, 2006 p.477; sul punto M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, cit., p.266- 267 aveva rilevato la "evidente "anomalia" della mancanza del controllo giurisdizionale sulle decisioni

E' stato infatti rilevato come l'atto di archiviazione in quanto sottratto a qualunque sindacato di natura giurisdizionale, non è idoneo ad evitare che l'azione di responsabilità si svolga nel rispetto dei principi di legalità e di obbligatorietà⁷⁹.

Né tanto meno è stato ritenuto idoneo in tal senso il controllo esercitato già di prassi dal Procuratore generale che nel controfirmare i decreti di archiviazione poteva valutarne le motivazioni e nel caso in cui non le avesse condivise poteva avocare a sé il fascicolo oppure assegnarlo ad un altro magistrato⁸⁰.

La questione, peraltro, è stata posta all'attenzione della Corte costituzionale con un'ordinanza di rimessione in cui si faceva riferimento alla violazione dell'art.111 Cost. riconducibile alla mancata formalizzazione del procedimento di chiusura dell'attività istruttoria del pubblico ministero, ma il giudice delle leggi ha ritenuto la suddetta questione di legittimità costituzionale irrilevante⁸¹.

D'altro canto, altra parte della dottrina, sulla base della natura inquisitoria del giudizio contabile, non ha ravvisato la necessità di sottoporre la decisione di archiviazione ad un controllo giurisdizionale, individuando nel pubblico ministero il soggetto preposto alla tutela degli interessi pubblici dell'ordinamento e dell'amministrazione⁸². Rispetto a queste problematiche rilevate in letteratura il Codice ha adottato una soluzione basata essenzialmente sul recepimento di quanto avveniva già in via di prassi dato che lascia la decisione relativa all'archiviazione interamente all'ufficio di Procura.

Ma questa soluzione implica che non si tenga conto della contraddizione insita allo stesso giudizio di responsabilità. Questo infatti viene instaurato da una parte pubblica, la procura, alla quale spetta la decisione di emanare l'atto di citazione o il decreto di archiviazione in assenza di controlli, ma allo stesso tempo è imperniato sul modello processuale civile in cui ciascuna parte agisce a tutela dei propri interessi⁸³. La questione assume rilevanza sotto il profilo della garanzia del diritto di difesa soprattutto in relazione ai casi in cui per un danno cagionato da più soggetti solo alcuni siano stati raggiunti da un atto di citazione. Sarebbe nell'interesse di questi ultimi contrastare la decisione del procuratore sia per ottenere una valutazione globale della fattispecie causativa del danno dalla quale potrebbe derivare una

adottate dalle procure" e aveva sostenuto la necessità di introdurre "una forma di approvazione giudiziale al proposito del procuratore di archiviare: sulla falsariga, ad esempio, del decreto del giudice per le indagini preliminari ex art 409, cod prod. pen".

⁷⁹ Cfr. F. TUZIO, *L'archiviazione del P.M. contabile: una decisione controversa*, in *Riv. Corte dei conti*, n.3/1999, p. 267 e ss.

⁸⁰ Cfr. A. ODDI, *Il "giusto processo"*, cit., p.202-203; A. CHIAPPINELLO, *La responsabilità amministrativa*, cit. p.367.

⁸¹ La questione era stata rimessa dalla Corte dei conti, Sez.giur.reg. Abruzzo, ord. 28 giugno 2004, n.56, in *Riv.Corte dei conti n.5/2004*, p.182 e ss.; la sentenza è commentata da G.ASTEGIANO, *Pubblico ministero contabile e "archiviazione" dell'azione*, in *Foro amm. Cds.*, 9/2004, p.2706; Corte cost., Ord. 4 luglio 2006, n.261, in *Riv.Corte dei conti*, n.5/2006 p.175.

⁸² In questo senso M. E. LOCCI, *Poteri e limiti del p.m. anche alla luce della riforma costituzionale sul giusto processo*, in www.amcorteconti.it, Roma giugno 2004, par.3.

⁸³ In questo senso G. ASTEGIANO, *Pubblico ministero*, cit. p.2077.

graduazione delle responsabilità, sia per ottenere il medesimo trattamento dei soggetti non raggiunti da atto di citazione per i quali il procedimento si è chiuso⁸⁴.

L'esclusività della decisione del procuratore appare ulteriormente rafforzata dalla disposizione contenuta nell'art.83 del Codice che, coerentemente con il portato dell'attuale art.111 Cost., limita il potere sindacatorio ordinatorio vietando la chiamata *inssu iudicis* contrariamente alla possibilità precedentemente riconosciuta al giudice di chiamare in giudizio un soggetto non convenuto ma destinatario del provvedimento di archiviazione⁸⁵. In definitiva, pare che nella stesura del Codice sia stata persa un'occasione che forse si potrà recuperare in fase di successiva modifica; allo stato attuale infatti, non solo non è stata colta l'opportunità di introdurre un controllo sul decreto di archiviazione, ma è stata acuita la solitudine del pm nell'elaborazione del suo giudizio prognostico con evidenti ricadute sulla garanzia del diritto di difesa, specie in ragione delle questioni riaperte in relazione al danno all'immagine.

7. Il bilanciamento attraverso la garanzia del diritto di difesa. Il “nuovo” invito a dedurre

Le innovazioni sinora osservate relative al ruolo del pubblico ministero consentono di analizzare più compiutamente le novità introdotte dal Codice volte a rafforzare le garanzie del diritto di difesa (art.24.Cost.) e del giusto processo (art.111 Cost.) anche nella fase preprocessuale. In particolare si concentrerà l'attenzione sul fondamentale istituto dell'invito a dedurre e successivamente sulla copernicana innovazione costituita dal diritto d'accesso. Come è noto l'invito a dedurre, introdotto dall'art.5, comma 1 del d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito con modificazioni dalla legge 14 gennaio 1994 n.19, consiste in un atto preliminare alla citazione in giudizio in base al quale il presunto responsabile è invitato a depositare le proprie deduzioni difensive e documenti, avendo anche la facoltà di chiedere l'audizione personale al pubblico ministero⁸⁶.

Esso rappresenta un presupposto processuale necessario per promuovere l'azione di responsabilità, è un atto procedimentale dalla duplice valenza: da una lato garantisce all'invitato la possibilità di rappresentare le proprie ragioni prima dell'eventuale citazione in giudizio; dall' altro consente di avere una maggiore

⁸⁴ Così A. ODDI, *Il “giusto processo”*, cit. p.203.

⁸⁵ Sul potere sindacatorio del giudice contabile e sul suo contrasto rispetto alle garanzie del diritto di difesa e alla terzietà del giudice si veda la disamina svolta da F. SAITTA, in *Giusto processo e giudizio di responsabilità*, cit.p. 762-766; più recentemente A. VETRO, *L'evoluzione della problematica sul “potere sindacatorio”, con particolare riguardo alla integrazione del contraddittorio su disposizione del giudice contabile, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, in www.contabilitapubblica.it, novembre 2012.

⁸⁶ Relativamente all'invito a dedurre quale strumento di garanzia del diritto di difesa tra i primi commentatori si veda R. DI PASSIO, *Natura giuridica, funzioni ed effetti dell'invito*, in *Riv. Della Corte dei conti n.1/1995*, p.440 e ss; R. URSI, *Le garanzie del presunto responsabile nella fase ante causam del giudizio di responsabilità amministrativa: l'invito a dedurre* in *Dir. proc. Amm.*, 1996, p.476; più ampiamente F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, cit., p.389 e ss; *contra* G. PISCITELLI, *L'invito a dedurre nel procedimento istruttorio del procuratore contabile*, in *Riv. Corte dei conti*, n.4/2002, p.315 e ss.

completezza istruttoria utile alla decisione del pubblico ministero se promuovere o meno l'azione di responsabilità⁸⁷.

Nel bilanciamento tra queste due diverse finalità si colloca il tema della garanzia del diritto di difesa della parte convenibile che nel giudizio di responsabilità assume particolare complessità in ragione della natura peculiare dello stesso giudizio. Esso si sviluppa su una separazione tra la fase pre-processuale e quella processuale ed è alla prima che appartiene l'attività istruttoria affidata al procuratore che si avvale di incisivi poteri di acquisizione⁸⁸. Peraltro, pur essendo il giudizio di responsabilità articolato secondo il modello civilistico, presenta molte analogie con il rito penale soprattutto nella fase pre-processuale, il che ha portato alla conclusione che si tratti di un "processo penale che si svolge nelle forme del processo civile"⁸⁹. Ma una differenza che accomuna il rito civile e quello penale rispetto al giudizio di responsabilità risiede nella preminenza, sebbene parzialmente bilanciata dalle innovazioni introdotte dal Codice, di una sola parte nell'acquisizione degli elementi probatori.

Queste problematiche relative alla compatibilità del precedente modello di giudizio di responsabilità con la garanzia dei diritti di difesa si sono ulteriormente acuite in seguito alla riforma dell'art.111 Cost. rispetto al quale sono sorti dubbi circa l'applicabilità anche dei principi previsti ai commi 3,4 e 5 dello stesso articolo, relativi alle garanzie e alla formazione della prova, che sembrano relativi soltanto al processo penale.

Sul punto parte della dottrina ha sostenuto l'applicabilità delle garanzie previste dall'art.111 Cost. sulla base di una sostanziale equivalenza tra le "esigenze di tutela sottostanti il rito contabile" e quelle del processo penale, anche in considerazione della natura del giudizio di responsabilità che pur essendo di tipo risarcitorio "ha senz'altro un chiaro aspetto sanzionatorio (che lo avvicina a quello penale)"⁹⁰.

Da questa posizione si è discostata un'altra parte della dottrina che ha evidenziato come l'applicazione dei commi 3,4, e 5 dell'art.111 Cost. anche al giudizio di responsabilità "presupponesse l'opzione di fondo circa la struttura- lato *sensu* penalistica o meno- del giudizio di responsabilità (...); tuttavia, aderendo

⁸⁷ In questo senso F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, cit., p.386-387, chiarisce come "La comunicazione dell'invito in questione, va (...) configurata quale vero e proprio presupposto processuale che deve, in quanto tale, sussistere al momento dell'introduzione della domanda stessa. Tale atto non integra, infatti, una condizione dell'azione, ossia una condizione che rende possibile l'esercizio del potere decisorio del giudice e che, come tale, può utilmente sopravvenire anche soltanto prima della decisione nel giudizio di merito, ma costituisce, un presupposto processuale assimilabile agli altri requisiti necessari che attengono alla costituzione ed allo svolgimento del rapporto processuale, la cui mancanza, secondo i principi generali in materia, si traduce nella carenza della possibilità di instaurare il relativo giudizio e nella conseguenziale sanzione della inammissibilità della domanda stessa."

⁸⁸ In questo anche Corte cost. 4 dicembre 2002, n. 513, in www.giurcost.it.

⁸⁹ Così M. RISTUCCIA, *Applicabilità dei principi del giusto processo al giudizio contabile*, in *Riv. corte conti* 2000, IV, p.203 e ss.

⁹⁰ In questi termini M.SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2009, p.133;

all'opinione che ravvisa nel principio della formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale (art.111, c.4) nient'altro che una specificazione in termini più incisivi del principio del contraddittorio già inserito in altra parte, per così dire, generale della disposizione costituzionale (comma 2)” era stata raggiunta la conclusione che “il principio stesso si applicasse anche alla c.d. istruttoria pre-dibattimentale”⁹¹.

Peraltro, in considerazione dell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico in cui sono pienamente riconosciuti i principi del giusto procedimento e del giusto processo oltre che della partecipazione, è stata ribadita la necessità di sgomberare il campo dalla possibilità di fornire alibi all'applicabilità del principio del contraddittorio nella formazione della prova alla sola fase processuale e non anche alla fase procedimentale⁹². In questo senso il percorso seguito non ha prediletto l'applicabilità dei principi del giusto processo, ex art.111 Cost., anche alla fase preprocessuale, ma ha inteso valorizzare il diritto di difesa ex art.24 Cost., “in ogni stato e grado del procedimento”, ivi compreso il procedimento preliminare a quello giudiziale, in cui la garanzia della difesa si esplica attraverso la presentazione di deduzioni, documenti e audizioni personali⁹³.

In quest'ultima prospettiva l'invito a dedurre è stato teoricamente configurato quale strumento di garanzia del diritto di difesa ex art.24 Cost. che peraltro nel nostro ordinamento trova esplicitazione anche mediante il contraddittorio che si instaura non solo nei procedimenti amministrativi ex art-10-bis della legge 241/1990, ma anche in quelli che in generale producono una restrizione della sfera giuridica soggettiva, in particolare nei procedimenti sanzionatori e ablatori, come anche in quelli di accertamento tributario o nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti⁹⁴.

⁹¹ Così F.SAITTA, *Giusto processo e giudizio di responsabilità*, in *Riv.Corte dei conti*, 5-6/2013, p.745, specie p.753; Id., *L'istruttoria del processo contabile nello spirito del novellato art.111 della Costituzione*, in *Lexitalia.it*, n.6/2005, p.5 e ss; va comunque evidenziato che successivamente l'A., *Giusto processo e giudizio di responsabilità*, in *Riv.Corte dei conti*, n.5-6/2013, p. 745 specie p.753, ha ritenuto maggiormente condivisibile la tesi secondo cui la fase preprocessuale non soggiace al principio del giusto processo di cui all'art.111 Cost., ma richiede che sia rafforzato il diritto di difesa ex art.24, 2 comma Cost..

⁹² Così F. SAITTA, *Giusto processo e giudizio di responsabilità*, *cit.*, p.753, che richiama alla nota 89 l'ammonimento di M. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005 p.75.

⁹³ Ci si riferisce a M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, *cit.*, p.204-207; precedentemente N. VICECONTE, *Il giusto processo contabile preso sul serio: giudizio contabile e fase pre-processuale*, in *Giur. cost.* 2008, p. 2711, specie p.2713; diversamente P. SANTORO, *L'illecito contabile*, Rimini, 2006, p. 462 e ss. ritiene che il contraddittorio non debba instaurarsi nella formazione della prova e che esso debba essere funzionale essenzialmente al p.m. per sondare la solidità del materiale acquisito.

⁹⁴ Sul punto si veda A. POLICE, *Commento sub. art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, vol.I, Torino 2006, p.518 in cui evidenzia come il diritto in parola sia stato “esteso anche ai procedimenti di natura non propriamente giurisdizionali ma di contenuto e forme contenziose”; recentemente sul procedimento sanzionatorio e sull'effettività del principio del contraddittorio si veda S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2016, specie p. 306 e ss.

In questa ottica l'istituto ha assunto nella giurisprudenza di fine anni novanta la valenza di presupposto necessario per l'azione di responsabilità che è ammissibile solo se preceduta dall'invito a dedurre⁹⁵.

Si è realizzato un allontanamento dal modello processuale civilistico ed un avvicinamento a quello processuale penale, manifestato dall'analogia con l'atto di avviso di conclusioni delle indagini preliminari di cui all'art.415-bis codice di procedura penale⁹⁶.

In realtà, nella prassi applicativa l'invito a dedurre si è rivelato poco più di una formalità preprocessuale, utilizzata spesso in forma distorsiva rispetto alla *ratio* garantista dell'istituto: nel giudizio di responsabilità il soggetto ha avuto finora l'effettiva possibilità di esercitare la propria difesa solo in seguito all'atto di citazione formulato sulla base prove già acquisite⁹⁷.

Sulla base di questa consapevolezza, il Codice introduce alcune novità volte a rafforzare l'invito in chiave difensiva e che allo stesso tempo rivelano tratti funzionali alla completezza delle indagini istruttorie.

L'art. 67, 1 comma, infatti, chiarisce che nell'invito a dedurre “sono esplicitati gli elementi essenziali del fatto, di ciascuna condotta contestata e del suo contributo causale alla realizzazione del danno contestato”.

La sua funzione di presupposto preprocessuale è evidenziata non solo dal suo dettagliato contenuto, ma anche dal rapporto con l'atto di citazione che è nullo nei casi in cui non sussista corrispondenza con “gli elementi essenziali del fatto esplicitati nell'invito a dedurre, tenuto conto degli ulteriori elementi di conoscenza acquisiti a seguito delle controdeduzioni” (art.87). La disposizione, riferendosi agli “ulteriori elementi”, sembra consentire un margine di non piena corrispondenza tra il nucleo dei fatti contestati nell'invito a dedurre e la successiva citazione, ponendosi in linea con la consolidata giurisprudenza contabile che ha escluso la necessità di una piena corrispondenza tra i due atti⁹⁸.

⁹⁵Sul punto si veda le due pronunce su questione di massima della Corte dei conti, Sezioni Riunite, 16 febbraio 1998 n.7/QM/98; Corte dei conti, Sezioni Riunite, 19 giugno 1998, n.14/QM/98; per una ricostruzione della giurisprudenza si veda C. SCARANO, *Lo stato della giurisprudenza sull'istituto dell'invito a dedurre*, in www.amcorteconti.it, giugno 2004.

⁹⁶ L'invito a dedurre, infatti, non è assimilabile ad un avviso di garanzia: tutta l'attività istruttoria svolta dal pubblico ministero contabile avviene in una fase precedente al contraddittorio che si instaura a seguito dell'invito stesso; cfr .M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio innanzi alla Corte dei conti*, cit., p.186 e ss; va comunque precisato, come si dirà più avanti, che l'analogia con il sistema processuale penale non si estende alla decisione di archiviazione che nei giudizi di responsabilità dinnanzi alla Corte dei conti spetta al procuratore regionale mentre, come è noto, nel giudizio penale spetta al giudice ex art.409 c.p.p.; allo stesso modo, non vi è analogia con il potere del Collegi di sindacare l'archiviazione o di avviare il giudizio in assenza della domanda iniziale.

⁹⁷ In questo senso G. VERDE, *Il giudizio di responsabilità, Lineamenti di una riforma alla luce dei principi del giusto processo*, Relazione al Convegno di Varenna, 2005, “Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (a dieci anni dalle riforme) in atti Milano, 2006, p.236, efficacemente descrive l'istituto dell'invito a dedurre come uno strumento utilizzato di prassi dai procuratori principalmente per comprendere gli ostacoli da superare in vista del successivo atto di citazione”; S. A. VIOLANTE, *La parità delle parti nel processo contabile*, in *Nuova rass. 2001*, p. 2077 e ss.

⁹⁸ Sul punto sono esemplificative alcune pronunce quali Corte dei conti, Sezioni riunite, 16 febbraio 1998 , n.7/QM/1998; Id., 19 giugno 1998, n.14/QM/1998; in particolare in quest'ultima pronuncia le sezioni riunite si

A riguardo occorre evidenziare che il Codice se da un lato nega al pubblico ministero la possibilità di svolgere ulteriori indagini istruttorie successive all'invito a dedurre, dall'altro consente di “compiere accertamenti sugli ulteriori elementi di fatto emersi a seguito delle controdeduzioni” (art.67, 7 comma).

La Relazione illustrativa avverte che la norma deve essere letta “in chiave rigorosamente garantista in quanto vuole porre un limite all'attività istruttoria d'iniziativa del pubblico ministero contabile all'esito della *discovery*”⁹⁹.

Tuttavia, parte della dottrina ha rilevato come la possibilità di avviare ulteriori indagini istruttorie successive all'invito consente al pubblico ministero di inserire nella successiva citazione e quindi nel giudizio, elementi “ulteriori” rispetto ai quali il privato non ha avuto modo di presentare alcuna deduzione¹⁰⁰. Il che svilirebbe, almeno parzialmente, il diritto riconosciuto dal Codice alla parte convenibile di esaminare “tutte le fonti di prova indicate a base della contestazione”(art.67, comma 1).

In questa prospettiva, la possibilità riconosciuta dall'art.67, 7 comma, al pubblico ministero di svolgere ulteriori accertamenti su fatti emersi in seguito all'invito a dedurre, sembrerebbe offuscare la funzione di garanzia dell'istituto che può rinvenirsi nell'assicurare al presunto responsabile la possibilità di esplicitare appieno la sua strategia difensiva al fine di evitare la citazione in giudizio¹⁰¹. In effetti, in linea con la

erano allontanate dall'inquadrare l'istituto dell'invito a dedurre “nelle categorie elaborate dalla dottrina di settore con riferimento a modelli processuali diversi”; in questa ottica non vi è necessità di piena corrispondenza tra l'invito a dedurre e il successivo atto di citazione poiché “non si verifica né violazione delle norme limitative della variabilità della domanda neanche sotto forma di *mutatio libelli*, né si profilano vizi di ultra petizione, in quanto l'invito a dedurre appartiene alla fase delle indagini del procuratore regionale e precede l'instaurazione del rapporto processuale e del contraddittorio”; in linea conforme anche Id., 25 marzo 2005, n.1/QM/2005; Id., 2 aprile 2007; Corte conti, sez. app. II, 15 gennaio 2016, n.43; più recentemente si veda la Sentenza Sez. giur. Lazio n.219 del 4 luglio 2016.

⁹⁹ Cfr. Relazione illustrativa del d.lgs n.174/2016, p.20 in cui si ribadisce che “L'impulso all'attività integrativa deve essere di matrice difensiva, in quanto ricavabile dalle controdeduzioni, id est, da indicazioni di presunti responsabili, evidentemente necessitanti di approfondimenti ulteriori, se del caso nei confronti di altro destinatario di invito a dedurre (è noto infatti come, soprattutto nel caso di pluralità di ipotetici responsabili, le indicazioni difensive dell'uno possano risolversi in elementi accusatori dell'altro ovvero di soggetto non destinatario di invito”.

¹⁰⁰ Permane una parziale analogia con il rito penale in cui, secondo la costante giurisprudenza penale, in seguito alla notifica dell'avviso di cui all'art.415-bis c.p.p., il pubblico ministero può compiere ulteriori indagini; cfr. Cass. pen. Sez.III, 8 giugno 2011, n.35311.

¹⁰¹ La scelta compiuta con l'art.67, 7 comma, del d.lgs.174/2016, è assimilabile a quella compiuta con gli artt.419, comma 3 e 430 del codice di procedura penale che valorizzando il principio di continuità investigativa, consentono di utilizzare il materiale acquisito in seguito all'avviso di conclusione delle indagini; sul punto si veda F. VERDOLIVA, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, cit, specie p.69 che evidenzia come nell'ambito della procedura penale l'avviso di conclusione delle indagini debba contenere una descrizione accurata del fatto per cui si procede; in tal senso anche L. CARLI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari nella prospettiva del giusto processo*, in *Giust.pen.* 2000, III, c.674 e ss.; *contra* T. BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini: studi di procedura penale*, Napoli, 2004, specie p.173 e ss., il quale evidenzia come “ l'enunciazione del fatto serve soltanto per realizzare con la difesa un contraddittorio sul piano investigativo, finalizzato proprio a verificare se ricorrano effettivamente le condizioni per l'esercizio dell'azione penale” e per questo non richiede una descrizione dettagliata; in senso conforme anche S. CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, cit. p. 554.

funzione garantista dell'istituto, l'acquisizione di nuovo materiale dovrebbe comportare, quanto meno, l'invio di una comunicazione dell'ulteriore materiale acquisito, in mancanza della quale potrebbe insorgere la previsione di inammissibilità dell'atto di citazione in ragione dell'assenza di tutela delle facoltà difensive in relazione al complessivo materiale raccolto dal pubblico ministero.

La suddetta ulteriore comunicazione appare necessaria sia nel caso in cui le indagini sugli "ulteriori elementi di conoscenza" seguiti al contraddittorio vengano ad incidere sul nucleo dei fatti oggetto di contestazione, sia nel caso in cui l'attività investigativa abbia prodotto un'integrazione degli elementi di prova a carico della parte convenibile¹⁰².

Il rischio, avvertito da parte della dottrina, sarebbe quello di un effetto distorsivo dell'invito a dedurre, già verificatosi in passato, in cui la difesa del presunto responsabile assuma una linea cautamente remissiva onde evitare di stimolare una citazione più articolata e "aggressiva", rinforzata dall'acquisizione di elementi acquisiti dopo il contraddittorio¹⁰³. Si verrebbe a configurare uno scenario in cui il contraddittorio non serve tanto a garantire il diritto di difesa del privato, quanto consentire al pubblico ministero contabile la possibilità di valutare, attraverso il confronto sui documenti e audizioni dell'altra parte, la solidità del materiale acquisito nel corso della sua istruttoria¹⁰⁴. In questa prospettiva, le disposizioni del Codice, nonostante le significative innovazioni introdotte a garanzia del diritto di difesa, rimarrebbero assestate sul rafforzamento di un'altra funzione dell'invito a dedurre, quella più propriamente istruttoria, finalizzata alla completezza delle indagini del pubblico ministero, in modo da consentire un più fondato esercizio dell'azione di cui è titolare¹⁰⁵. Ne deriva un quadro in cui la garanzia del diritto di difesa e di un giusto processo (ex art.24 e art.111 Cost.) risulta offuscata dalle problematiche

¹⁰² In questo senso relativamente al processo penale A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali. La nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Indice penale Milano*, 2000, p.502; A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie e nuovi scopi eterogenei*, in *Cass. Pen.*, 2000, p.2812; A. MARANDOLA, *Due significative novità per il processo penale: l'avviso di chiusura delle indagini preliminari ed i "nuovi" poteri probatori del giudice dell'udienza preliminare*, in *Studium Iuris*, 2001, p.1130 e ss.

¹⁰³ In questo senso M. CLARICH - F. LUISO - A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla corte dei conti*, in *Dir. Processuale Amministrativo*, n.4 /2016, p.1271, specie 1272 in cui gli autori osservano che nella prassi "accade anche che la mancata difesa in sede pre-processuale venga stigmatizzata dalla procura nella fase giudiziale, come se il preteso responsabile non fosse libero di elaborare le strategie difensive"; precedentemente M. RAMPINI, *La formazione della prova nella fase istruttoria del processo contabile*, in www.corteconti.it, p.6.

¹⁰⁴ In tal senso, relativamente alle indagini preliminari del pubblico ministero penale ex art.415-bis c.p.p., P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2012, p.350; F. Nuzzo, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero una garanzia incompiuta per l'inquisito*, in *Cass.pen.*, 2001, p.675.

¹⁰⁵ Così M. CLARICH - F. LUISO - A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla corte dei conti*, cit. p. 1272; S. GRECO, *Denuncia di danni erariali*, cit., p.959 evidenzia la posizione del presunto responsabile, inconsapevole ed ignaro dell'avvio dell'istruttoria e di raccolta di prove a suo carico; in questo senso anche V. CAPUNTI JAMBRENGHI, *I diritti della difesa nel processo contabile*, in *Amm. cont.*, n.5/2004, p.557 e ss.

relative alla fase procedimentale nel cui ambito perdura la figura del pubblico ministero contabile quale dominus della prova¹⁰⁶.

Tuttavia, va considerato che l'attività istruttoria del procuratore nella fase procedimentale non ha natura decisoria, è finalizzata non alla costruzione della prova che avviene nella fase processuale, ma alla sua acquisizione. Peraltro, la mitigazione del rischio che uno squilibrio della fase preprozessuale possa riverberarsi sulla fase processuale si realizza tramite l'esercizio del diritto d'accesso riconosciuto alla parte convenibile che risulta la principale innovazione volta a garantire il diritto di difesa.

8. (segue) Il bilanciamento attraverso il diritto di accesso agli atti preprozessuali

A fronte della scelta operata con il codice di valorizzare principalmente la funzione istruttoria rispetto a quella di garanzia dell'invito a dedurre, è possibile individuare una forma di bilanciamento nel riconoscimento del diritto d'accesso spettante all'invitato¹⁰⁷.

Il nuovo Codice infatti, in linea con un più recente orientamento della giurisprudenza contabile, riconosce al convenibile il diritto di visionare ed estrarre copia di tutti i documenti inseriti nel fascicolo istruttorio depositato presso la segreteria della Procura regionale (art.71, comma 1); è peraltro riconosciuto il diritto

¹⁰⁶ Cfr. S. PILATO, *La formazione delle prove nei giudizi dinanzi la Corte dei conti*, in *Riv. Corte Conti*, 2002, 1, p.322; contra M. ORICCHIO, *La fase pre-processuale*, cit., p.47, riconosce alla parte convenibile "un generico interesse al rispetto della legge da parte del magistrato" configurando in questo modo l'invito a dedurre in uno strumento di partecipazione collaborativa nell'interesse della giustizia

¹⁰⁷ Una ricostruzione della giurisprudenza amministrativa e contabile relativa al diritto di accesso è svolta da L. VENTURINI, *Il valore della trasparenza dell'Amministrazione e l'evoluzione decennale del diritto di accesso: contenuto, limiti e modalità operative dell'istituto*, in *Riv. Corte dei conti*, n.2/2003, p. 369 e ss; sul diritto d'accesso in ambito amministrativo si veda A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella l. n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, n.3/1995, p. 315; A. SANDULLI, *La trasparenza amministrativa e l'informazione dei cittadini*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 158 e ss; in generale sul tema della trasparenza la letteratura è vastissima, con riferimento agli interventi in materia, relativi all'organizzazione e all'attività amministrativa si veda F. MERLONI, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di) *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative, 2013*; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* n.8-9/2013, p. 797 e ss; D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information in Italy: A Proper Revolution?*, in *Italian Journal of public law*, n.6/2014, p.235 e ss; ID., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2013*, in *federalismi.it*, n.6/2016; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, 2014; F. CARINGELLA - R. GAROFOLI - M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2007; più ampiamente G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI 1995; ID., *Administrative Transparency and Law Reform in Italy*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *Italian Studies in Law. A Review of Legal Problems*, 1994, vol. II, p.105-144; A. POLICE, *Trasparenza E Formazione Graduale Delle Decisioni Amministrative*, in *Dir. Amm.* n.2/1996, p. 229; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p.419; R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n.5/1987, p.534; F. CUOCOLO, *Articolo 22 (Commento all')*, in V. ITALIA & M. BASSANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Milano, 1995, p.527 e sss;

di accedere ai documenti ritenuti rilevanti per difendersi e detenuti da altre amministrazioni, dagli enti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti e dai terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie (comma 3); peraltro in caso di diniego o ritardo, il destinatario dell'invito può chiedere al pubblico ministero di acquisirli direttamente per renderli disponibili presso la segreteria (comma 5).

Come accennato, diversamente dall'attuale Codice (art.65), la precedente normativa non predisponendo alcun obbligo di motivazione per gli atti istruttori del pubblico ministero, il che riduceva l'invito a dedurre a poco più di una formalità preprocessuale utile per lo più ai fini dell'ammissibilità della citazione in giudizio. Ed infatti invitare il convenibile a presentare deduzione senza la possibilità di accedere alla documentazione su cui era fondato l'invito appariva quanto meno "contraddittorio"¹⁰⁸.

Sul punto autorevole dottrina aveva da tempo posto in risalto come l'accesso alla documentazione acquisita dal Procuratore regionale fosse indispensabile alla corretta contestazione degli stessi da parte dell'invitato, senza la quale verrebbe a mancare il presupposto per l'imputabilità del danno.

L'art.5, comma 1 della legge n. 19/194, infatti, non prevedeva il diritto di accedere al fascicolo, il che contrastava con l'effettività del diritto di difesa dell'invitato, non rendendo "attuale e concreta la possibilità di dedurre"¹⁰⁹.

A riguardo, la precedente giurisprudenza contabile è stata orientata, fino ad un passato recente, nel senso di escludere il suddetto diritto. In particolare, la negazione della legittimazione all'accesso era basata essenzialmente su due tipi di ragionamento: da un lato, in ragione del rango giudiziario dei documenti contenuti nel fascicolo istruttorio, è stata esclusa ogni analogia con l'art.415-bis del c.p.p. ed è stata altresì ritenuta inapplicabile la disciplina sul diritto d'accesso prevista per gli atti amministrativi (art.22 e ss della legge 241/1990)¹¹⁰; dall'altro in ragione della lacuna normativa, dato che l'art.5 della legge n.19/1994, non imponeva al pubblico ministero contabile l'obbligo di provvedere a trasmettere al convenibile gli elementi raccolti a suo carico durante l'istruttoria¹¹¹.

¹⁰⁸ Così M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, cit. p.244; in linea anche A. LOIODICE, *Il giusto processo nella fase preprocessuale*, in *Amm. Cont.* 2002, p.41 sottolinea l'insufficienza ai fini di garanzia dell'invito a dedurre, specie in un contesto in cui la formazione della prova avveniva in assenza di contraddittorio e del diritto d'accesso.

¹⁰⁹ Così F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, cit. p.389

¹¹⁰ Cfr. Corte conti, Sez. I centr. App., 24 novembre 2004, n.383; Sez. III centr. App. 26 settembre 2000 n.267; Corte conti, Sez. Puglia, n.1062/2006 e Sez. Sardegna n.1290/2007; in questo senso anche Corte cost. sent. n.252/2013 che ha escluso il diritto d'accesso al fascicolo istruttorio formato dal pubblico ministero poiché essi sono adottati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, ragion per cui non può applicarsi la disciplina degli atti amministrativi

¹¹¹ Cfr. Corte dei conti, Sez.I centr. App.29 gennaio 2001 n.13 e Sez. III centr. App. 26 settembre 2000 n.267; Corte conti, Sez. III centr. App. 20 dicembre 2012, n.830, nonché Sez. Puglia n.1062 del 2006 e Sez. Sardegna n.1290 del 2007; in questi termini F. SAITTA, *Giusto processo e giudizio di responsabilità*, cit., p.754; per la ricostruzione della giurisprudenza contabile in materia si veda M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare*, cit. p.243, che sottolinea il carattere imprescindibile del diritto d'accesso non solo per la principale funzione di garanzia del diritto di difesa ex art.24 Cost., ma anche nella prospettiva, sebbene non condivisa dall'A., di valorizzarne il fine collaborativo dato

Una minima eccezione a tale orientamento che accentuava una predominanza del pubblico ministero nella fase preprocessuale, era stata riconosciuta in relazione ad una incompletezza dell'invito a dedurre, riscontrabile nel caso in cui l'invito a dedurre richiama documenti che ne integravano il contenuto minimo necessario al tal punto che il diniego all'accesso avrebbe potuto compromettere la possibilità di presentare deduzioni. In questi casi è stato ritenuto che il diniego si traducesse in uno svilimento dell'istituto con il conseguente riverbero di inammissibilità sulla successiva citazione¹¹².

Tuttavia, a riguardo un punto di svolta è stato determinato dalle Sezioni Riunite che in assenza di una normativa sul diritto d'accesso, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, sono giunte ad una ricomposizione¹¹³ della precedente evoluzione giurisprudenziale riconoscendo la sussistenza del diritto di conoscere gli atti istruttori indicati nell'invito a dedurre in forza di uno *ius ad loquendum ex informata conscientia*¹¹⁴.

La Corte è giunta a tale conclusione partendo dagli "indici normativi" presenti nel nostro ordinamento in grado di condurre alla ricostruzione dei contenuti e delle garanzie di effettività di un confronto dialettico funzionale all'esercizio dell'azione erariale. Pur escludendo l'analogia con il rito processuale penale e pur ribadendo che il richiamo ai principi del giusto processo e del diritto di difesa risultano impropri essendo funzionali a garanzie proprie del processo che nella fase successiva all'invito non ancora si è instaurato, la Corte rimarca il rapporto di funzionalità esistente tra i contenuti dell'invito e quelli delle deduzioni e audizioni. E' nella prospettiva della funzionalità esistente tra i due atti che si giunge ad esplicitare come l'esame degli atti richiamati nell'invito a dedurre serva non solo a garantire "l'effetto utile" delle deduzioni e audizioni personali, ma anche a ad "assicurare la massima completezza istruttoria per ragioni di giustizia ed economia processuale, e consentire al presunto responsabile di svolgere le proprie argomentazioni al fine di pervenire eventualmente all'archiviazione"(Corte conti, Sez. riunite, 18 giugno 2015, 28/QM/2015).

che gli elementi presentati dal soggetto inviato possono essere utili all'approfondimento e al completamento del quadro cognitivo del procuratore.

¹¹² F. SAITTA, *Giusto processo e giudizio di responsabilità*, cit. 755 che esplicita come "in sostanza, soltanto in presenza di un invito a dedurre non esaustivo nell'espone le contestazioni avanzate e integrabile dalla documentazione ivi richiamata, il diniego all'accesso a tali documenti opposto dal requirente potrebbe comprimere il diritto a controdedurre, con conseguenze negative sulla successiva citazione"; cfr. Corte conti, Sez. I centr. App., 20 novembre 2009, n. 646 in *Riv. Corte dei conti*, n. 6, 2009, p. 122; più recentemente un ulteriore passaggio è stato segnato dalla giurisprudenza contabile, Corte dei conti, Sez. III, Appello n.830/2012, in cui si ribadisce l'inammissibilità della citazione in caso di diniego da parte del procuratore all'accesso agli atti richiamati nell'invito a dedurre

¹¹³ Si veda ad esempio Corte conti, Sez. I centr. App., 24 novembre 2004 n.383 opposto a Corte conti Sez. III centr. App., in cui si segue un orientamento opposto alla decisione del 20 dicembre 2012, n.830

¹¹⁴ Corte conti, Sez. Riunite, 18 giugno 2015, 28/QM/2015

Peraltro, nella stessa decisione, era stato valorizzato il requisito della motivazione per il respingimento, l'assenso o il differimento dell'istanza da parte del pubblico ministero, fatti salvi i limiti legali e le esigenze di riservatezza dell'istruttoria; è stata ribadita la necessaria motivazione del diniego la cui assenza avrebbe potuto comportare la nullità della citazione nel caso in cui la parte privata avesse dimostrato un effettivo e concreto pregiudizio al proprio diritto di difesa.

In effetti, la decisione si pone in linea non solo con un'evoluzione del nostro ordinamento verso un diffuso riconoscimento del diritto d'accesso come funzionale al principio di trasparenza, ma anche con una risalente giurisprudenza costituzionale che aveva avvertito la necessità di garantire il diritto di confutare le prove e i documenti raccolti a carico del presunto responsabile attraverso la visione di atti e documenti a suo carico.

La Corte costituzionale ha poi ribadito che il diritto di accesso si estende anche a procedimenti non giurisdizionali, dai quali possa derivare un pregiudizio alla sfera lavorativa o in generale alla qualità di vita del soggetto interessato, il quale deve essere messo in grado di costruire la propria difesa¹¹⁵.

A circa un anno dalla sentenza del 2015 il Codice di giustizia contabile interviene introducendo la disciplina del diritto d'accesso da parte dell'invitato a tutti i documenti i documenti presenti nel fascicolo istruttorio (art.71). La disposizione sembra dettare un accesso più ampio di quello richiesto dal criterio della legge delega in base al quale l'accesso deve essere garantito in riferimento "agli atti e ai documenti messi a base della contestazione"¹¹⁶. Diversamente, ma maggiormente fedele al criterio della legge delega l'art.67, comma1, del Codice fa invece riferimento al diritto di esaminare "le fonti di prova indicate a base della contestazione", in coerenza con l'orientamento espresso dalle Sezioni Riunite nella sentenza n.28/2015.

Si viene a configurare un differente livello del diritto d'accesso: da un lato all'intero fascicolo istruttorio (art.71); dall'altro ai soli elementi indicati nell'invito a dedurre. La differenza ha delle implicazioni di non poco conto in relazione al diritto di difesa. Nel primo caso, infatti, la parte convenibile potrebbe visionare e sfruttare in sede di deduzioni difensive documenti che il p.m. ha raccolto durante le sue indagini ma che ritiene di non utilizzare perché li ritiene poco significativi sul piano probatorio.

Nel secondo caso, la limitatezza ai soli elementi indicati nell'invito a dedurre, pur garantendo il diritto di difesa non ne consente la potenziale espansione.

¹¹⁵ In questo senso Corte cost, 14 dicembre 1995, n.505, in *Foro it.*, 1996, I,3250 e Corte cost. ord. 3 novembre 2000, n.460, in *Gior.dir. Amm.* 2001, p.261 con nota di B. G. MATTARELLA

¹¹⁶ L'art.20, comma 2, lett.g). 2 della Legge delega n.124/2015 dispone infatti che "dopo l'emissione dell'invito a dedurre, nel quale devono essere esplicitati gli elementi essenziali del fatto, pieno accesso agli atti e ai documenti messi a base della contestazione"

In realtà, un rafforzamento del diritto di difesa si coglie nel diritto riconosciuto all'invitato di accedere non solo a tutti gli atti probatori su cui si basa l'invito a dedurre, contenuti nel fascicolo, ma anche a documenti che l'invitato ritiene rilevanti per la difesa, siano essi detenuti da pubbliche amministrazioni ed enti soggetti alla giurisdizione contabile, oppure da terzi contraenti o beneficiari di risorse finanziarie a carico dei bilanci pubblici (comma 3, art.71)¹¹⁷.

Il diritto riconosciuto al privato di accedere “ai documenti ritenuti rilevanti per difendersi” detenuti da altri soggetti appare coerente con un modello processuale che sin dalla sua fase istruttoria è informato al principio del contraddittorio quale strumento non solo per garantire il diritto di difesa, ma anche al fine di giungere all'accertamento della verità, ad un risultato cognitivo corretto.

In questa prospettiva il codice prevede che nel caso in cui l'ente non detenga i documenti richiesti è tenuto ad un obbligo di collaborazione che si esplica con l'indicazione del soggetto che ne è in possesso e con la collaborazione al reperimento degli stessi (art.71, comma 4).

Soprattutto, una significativa innovazione è prevista laddove in caso di diniego o nel caso in cui siano decorsi invano i relativi termini, l'invitato, sulla base di una motivazione fondata sulla rilevanza dei documenti ai fini della propria difesa, può presentare una richiesta al pubblico ministero di provvedere all'acquisizione di documenti ovvero con il sequestro (art. 71, comma 5 e artt. 58 e 62).

Anche in questo caso si evidenzia un'analogia con le garanzie di difesa previste dal rito penale ed in particolare dal comma 3 dell'art.415-bis del c.p.p. che riconosce la possibilità all'indagato di chiedere al pubblico ministero di compiere ulteriori atti di indagine. Ma l'analogia con il modello penale termina in relazione alla tempistica prevista nel caso in cui il pubblico ministero contabile decida di non accogliere la richiesta dell'invitato di provvedere all'acquisizione o al sequestro di elementi utili alla sua difesa. Infatti, a differenza del caso in cui si decida di accogliere la richiesta in cui il pubblico ministero dà immediata comunicazione della disponibilità dei documenti presso la segreteria, nel caso in cui la richiesta non sia accolta il pubblico ministero, dandone comunicazione al richiedente, trasmette la stessa al presidente della sezione entro tre giorni. Sebbene la relazione illustrativa al Codice finalizzi tale previsione all'esigenza di maggior tutela della difesa del convenibile, rimane un'ambiguità in relazione al computo dei giorni, se essi debbano decorrere dalla presentazione dell'istanza oppure dalla decisione di non accoglimento della stessa da parte del pubblico ministero. Si configura, in caso di rigetto, un ruolo di tramite del pubblico ministero tenuto a veicolare, quasi *ex officio*, la decisione di rigetto al presidente della sezione al fine di consentire, sulla base di una verifica dell'operato della procura e delle ragioni dell'istanza, una decisione giurisdizionale che si inserisce in un procedimento diverso da quello innescato tradizionalmente dal

¹¹⁷ Tale diritto del convenibile richiama il potere generale di richiesta di documentazione del pubblico ministero previsto dall'art.58, comma 2 del Codice.

ricorso o reclamo dell'interessato. L'intento del legislatore è stato quello di rafforzare la figura del pubblico ministero contabile quale tutore della legalità che deve essere perseguita conducendo indagini anche "a favore della persona individuata quale presunto responsabile" (art.55, comma 1).

Ad ogni modo, sebbene con qualche lieve differenza, anche le disposizioni relative al diritto d'accesso rivelano una forte analogia con il modello penale in cui il diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero è garantito al difensore e al privato dall'art. 433, 2 comma, c.p.p.. In effetti, in ambito penale è stata da tempo avvertita l'esigenza di un riassetto del ruolo delle parti verso un maggiore equilibrio degli opposti poteri del pubblico ministero e del privato in coerenza con un sistema di tipo *adversary* che richiede un approccio più aperto e paritario nella formazione della prova¹¹⁸. In questo senso anche il Codice di giustizia contabile, ha inteso recepire il riconoscimento di un diritto d'accesso difensivo in chiave funzionale al contraddittorio tra le parti che senza una conoscenza dei documenti sottesi all'invito rischierebbe di configurarsi un mero esercizio dialettico. D'altra parte si tratta di un'innovazione coerente anche con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale "l'accesso al fascicolo (...) ha lo scopo di permettere ai destinatari di una comunicazione degli addebiti di prendere conoscenza degli elementi di prova contenuti nel fascicolo (...) affinché possano pronunciarsi in modo efficace sulla base di tali mezzi"¹¹⁹. Il diritto di accesso, infatti, costituisce "un corollario del principio del rispetto dei diritti di difesa" che implica la necessità di visionare e avere copia dei documenti fondativi dell'invito¹²⁰.

Il Codice dunque opera una scelta funzionale all'effettiva attuazione del principio del giusto processo e del diritto di difesa, conferendo al giudizio di responsabilità una connotazione garantista derivante dall'accentuazione della sua natura cognitiva in cui, anche nella fase preprocessuale il contraddittorio sembra ispirarsi al principio della parità delle armi¹²¹. Si tratta di un'innovazione significativa non solo in relazione all'effettività del diritto di difesa, ma anche in relazione al perseguimento della verità sin dalla fase procedimentale. Sotto il profilo più propriamente teorico, infatti il riconoscimento del diritto

¹¹⁸ Cfr. M. E. CATALANO, *Verso le colonne d'Ercole dell'abuso del processo: strategie e ruolo del pubblico ministero*, in *Giur. merito*, Supplemento al n. 12/2007 dedicato a *Abuso del diritto, del processo e nel processo*, p. 54, specie p. 58

¹¹⁹ Si veda CGCE, 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P, e C-254/99 P, *Limburgse c. Commissione*, §§ 315-316; in senso conforme CGCE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, § 65.

¹²⁰ In questo senso, Tribunale di primo grado, 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*, § 81; CGCE, 2 ottobre 2003, causa C-199/99 P, *Corus UK c. Commissione*, §§ 125-128

¹²¹ Sul punto si veda; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium Juris*, 2002, p.471; P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo*, Torino, 1993, p. 240

d'accesso al fascicolo giunge al tramonto della presupposta contrapposizione tra garantismo perseguito attraverso la parità delle armi nel contraddittorio, da un lato, e accertamento della verità dall'altro¹²².

D'altra parte, sebbene con riferimento al processo amministrativo, da tempo era stata evidenziata la funzione del contraddittorio quale “punto d'appoggio o più espressamente il punto di applicazione del metodo per l'assicurazione della verità”¹²³.

9. Il rito monitorio: le questioni lasciate aperte in assenza di bilanciamento tra le parti

Nell'ambito dell'analisi condotta finora volta a porre in evidenza l'effettività dei diritti di difesa, occorre fare un breve cenno alle questioni lasciate aperte dal Codice rispetto al rito monitorio.

Questo istituto era precedentemente disciplinato dall'art. 55 del Regio decreto 12 luglio 1934, n.1214, trovava applicazione nei giudizi di conto ed anche nei giudizi di responsabilità amministrativa (art.55, commi 1 e 2). Si prevedeva che nei casi in cui il danno risultasse di importo inferiore ad un dato ammontare, il Presidente della Sezione, poteva fissare una somma inferiore a quella della domanda la cui accettazione avrebbe determinato l'estinzione del giudizio (art.50 del reg.proc.n.1083/1933)¹²⁴.

Nella prassi applicativa l'istituto ha avuto una scarsa efficacia dovuta probabilmente all'eccessiva esiguità della soglia di utilizzo fissata dal legislatore, da un lato e ad una “scarsa conoscenza del rito e dei termini esatti della sua funzione”, dall'altro¹²⁵. Per questa ragione il Codice interviene con il principale fine di rafforzarne l'efficacia deflattiva stabilendo per i giudizi di conto e di responsabilità la possibilità di ricorrere al suddetto istituto “qualora emergano nei fatti dannosi di lieve entità, ovvero addebiti d'importo non superiore a 10.000 euro” (art.131, comma 1). Al fine di garantire l'attualità del valore finanziario ed economico della suddetta somma il Codice prevede anche che il limite della suddetta somma sia “accertato ogni tre anni in relazione alla variazione, accertata dall'Istat, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati”(art.131, comma 2).

¹²²Con riferimento al rito penale una critica di tale contrapposizione e più ampiamente delle caratteristiche che distinguerebbero il modello accusatorio da quello inquisitorio, è svolta da G. UBERTIS, *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p., 7 ss; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, p. 403; ID., *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., p.40-41 distingue il contraddittorio sulla prova come contraddittorio debole, dal contraddittorio per la formazione della prova quale contraddittorio forte, ritenendo quest'ultimo realmente funzionale all'accertamento della verità; critiche all'idea che il contraddittorio forte possa garantire l'accertamento della verità, specie nei modelli processuali di tipo *adversary* si veda M.TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009 p.108

¹²³F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 202; più specificamente in relazione al principio del contraddittorio ID., voce *Contraddittorio (diritto Amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX; su questi aspetti fondamentale anche E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano 1957, p. 109 s.; ID., *Processo (Teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino 1966, p. 1067 s.

¹²⁴ In seguito al d.l.n.248/2005, art.10-bis, comma 9, la somma massima del danno addebitabile nell'atto di citazione era stata aumentata da 2582,28 euro a 5000 euro.

¹²⁵ Così F. FRENI, *Il Rito monitorio*, in *Il nuovo processo dinanzi alla Corte dei conti*, cit. p.543 e ss,

In linea generale l'attuale rito monitorio conserva la struttura della precedente disciplina, rimane nei procedimenti speciali, il suo scopo deflattivo si persegue evitando la discussione della causa dinanzi al Collegio e consentendo di definire il giudizio mediante la determinazione dell'addebito da parte del giudice, sentito il parere del Procuratore regionale sull'ammontare dello stesso.

Nel caso in cui il convenuto accetti di pagare la somma addebitata, il presidente di sezione emette un'ordinanza che recepisce il contenuto della determinazione, ha forza di titolo esecutivo e produce la cancellazione della causa dal ruolo¹²⁶. Naturalmente, nel caso in cui il convenuto non accetti di pagare l'addebito il procedimento seguirà il rito ordinario.

Certo, è probabile che in ragione della elevata soglia di utilizzo il rito monitorio troverà ora una più ampia applicazione, ma proprio per tale ragione sembrava opportuno svolgere una riflessione più approfondita sulle problematiche già emerse dalla precedente disciplina e che non sono state oggetto di attenzione da parte del legislatore del 2016.

Si tratta di problematiche che in particolare attengono al ruolo del Presidente della sezione e del procuratore regionale, ruoli che si esplicano in assenza di contraddittorio con il convenuto.

A riguardo è stato osservato come il rito monitorio in realtà non si traduca in un ordine di pagamento inaudita altera parte, ma in un invito a pagare la cui possibilità di accettazione è correlata al potere di riduzione da parte del giudice contabile¹²⁷.

Si tratta di un potere che pur essendo nato come potere discrezionale eccezionale, si è evoluto nel senso di rispondere alla necessità di limitare il carico risarcitorio per il dipendente pubblico la cui attività è svolta in un contesto che non è interamente sotto il suo controllo¹²⁸.

In questa ottica, il Presidente di sezione, nell'esercizio del potere riduttivo determina l'ammontare da porre a carico del convenuto valutando elementi oggettivi e soggettivi che possono essere connessi con la condotta del dipendente pubblico, come la presenza di disfunzioni amministrative o il concorso di terzi

¹²⁶ La determinazione dell'addebito ha invece valore di decreto ingiuntivo; cfr. M.SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile*, cit. p.612

¹²⁷ Così L.GRECO, *Il processo contabile*, in *Riv.trim. Dir. pubblico*, 1961, p.236 e ss; l'art. 83 della legge n.2240/1923, legge di contabilità generale dello Stato, riconosce alla Corte dei conti il potere di "porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto"; in modo analogo tale potere è ribadito anche dall'art.52 del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti e dall'art. 19 del testo unico sullo statuto degli impiegati civili dello Stato; relativamente al potere riduttivo si veda F.GARRI, *In tema di potere riduttivo dell'addebito da parte della Corte dei conti*, in *Foro amm.* 1968, II, p.78; ID., *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti pensioni*, Milano, 1997, p.160 e ss; G.ABBAMONTE, *Per rinverdire il potere riduttivo della Corte dei conti nel giudizio di responsabilità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, II, p.1267; A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa*, cit. p.30

¹²⁸ Cfr. A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, cit. p.143; sul punto Corte conti, Sez.II, 18 marzo 2002, n.87, in *Foro amm.* C.d.S, 2002, 809;

soggetti. In questo modo il giudice contabile svolge una valutazione del “rischio di impresa della pubblica amministrazione” in forza del quale una parte del danno è connessa a circostanze non imputabili al convenuto e pertanto non può essere posta a suo carico¹²⁹.

L'esercizio di tale potere, che condiziona la definizione *ante causam* del giudizio, va collocato in un contesto evolutivo della responsabilità amministrativa che, specie nel corso degli anni novanta, è stata progressivamente personalizzata secondo una concezione della responsabilità improntata all'individualità e alla soggettività, sia nelle responsabilità per danni diretti all'amministrazione pubblica, sia in quella per danni indiretti¹³⁰.

In tale evoluzione la responsabilità ha conservato il suo ancoraggio patrimoniale ad un danno erariale economicamente concreto da cui scaturisce l'azione risarcitoria¹³¹, sebbene tale ancoraggio patrimoniale non esaurisca completamente la funzione della responsabilità amministrativa che non è meramente risarcitoria o compensativa, ma è volta a disincentivare condotte “illecite e dannose”¹³².

In questa prospettiva il potere riduttivo su cui si impernia il rito monitorio dovrebbe configurarsi non tanto come strumento sanzionatorio ma come uno strumento utile non solo al fine di considerare diversi elementi e circostanze che attengono alla complessità dei fatti amministrativi, ma anche a quello di ripartire il rischio dell'azione amministrativa conformemente all'art.2049 c.c.¹³³.

¹²⁹ Cfr. O. SEPE, *Giurisdizione contabile e di responsabilità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 9; nella giurisprudenza contabile ci si riferisce al “rischio di impresa” della pubblica amministrazione *ex multis*, Corte conti, Sez.II, 7 gennaio 1997, n.3/A, in *Riv. Corte conti*, n.3/1997, p.64; ID., .Sez.I, 8 febbraio 1995, n. 6/A, in *Riv.Corte conti*, n. 1/1995, p.117; ID., Sez.I, 14 settembre 1988 n.125, in *Riv.Corte conti n.5/1988*, p.100

¹³⁰ Il principio della personalità è stato introdotto prima con l'art.58 della legge sulle autonomie locali n. 142/1990 e poi successivamente dalle modifiche introdotte dalle leggi nn.19 e 20/1994 oltre che dalla legge n.639/1996 che di fatto hanno configurato la responsabilità parziaria in luogo di quella solidale, la limitazione della stessa responsabilità alla sola colpa grave oltre che l'intrasmissibilità agli eredi degli obblighi di risarcimento, salvo il caso di illecito arricchimento; sull'evoluzione della responsabilità e della configurazione della colpa si veda S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, specie p.436 e ss

¹³¹ F. G. SCOCA, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in Id. (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, p.6 e ss

¹³² Così F. G. SCOCA, *Problemi aperti in tema di giurisdizione sulla responsabilità amministrativa*, in *Atti del Convegno su Corretto utilizzo delle risorse pubbliche: idoneità dei mezzi di tutela e necessità del loro potenziamento (Gubbio, 20-21 aprile 2012)*, in www.giustamm.it, p.10; ID., *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in ID. (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, p.7

¹³³ In base all'art.2049 c.c. I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti; in questo senso Corte conti, Sez. Riunite, 19 aprile 1990 n.662/A, in *Foro amm. 1990*, 2475; Corte conti, Sez. I, 6 dicembre 1996 n.92/A, in *Riv. Corte conti n.1/1997*, p.70 e ss; sul punto la Corte costituzionale, nella sentenza 12 marzo 1975, n.54, in *Giur. cost.*, 1975, I, 695, aveva inteso il potere riduttivo come una sorta di alleviamento della responsabilità, giungendo da qui a ritenere non assoluto il principio della non rilevanza della colpa; in questo senso si veda P. MADDALENA, *Relazione del Procuratore regionale Paolo Maddalena in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 1996*, in *Riv.Corte conti*, 1996, p. 88 e ss

Nella prassi applicativa, infatti, il potere riduttivo viene esercitato sulla base di elementi che sono sia soggettivi, come il comportamento, l'inesperienza, la preparazione, le condizioni personali, sia oggettivi quali, ad esempio, la disorganizzazione amministrativa, la complessità della mansione, la prassi operativa e così via¹³⁴.

Si tratta di valutazioni che il Presidente di sezione svolge sulla base di documenti e fatti presentati dal pubblico ministero, *in audita altera parte*, analogamente al rito monitorio documentale civilistico¹³⁵.

Tuttavia, rispetto al modello civilistico, il giudizio di responsabilità amministrativo contabile si è progressivamente differenziato rivelando analogie, specie in relazione alla figura del procuratore contabile, con il modello penale¹³⁶.

In questa ottica viene in rilievo l'opportunità di introdurre un contraddittorio tra le parti necessario non solo a garantire i diritti di difesa ex art.24 Cost., ma soprattutto per accertare la verità e gli interessi oggettivi dell'ordinamento che il p.m. contabile è chiamato a tutelare.

Quest'ultimo, infatti, nella sua prospettazione accusatoria valuta i condizionamenti ambientali, soggettivi ed oggettivi indipendenti dalla condotta del presunto responsabile escludendo che il rischio dell'azione amministrativa ricada per intero sul dipendente pubblico¹³⁷.

In base a questi elementi nella determinazione del danno il procuratore può giungere a distinguere il danno risarcibile causato dalla condotta del convenuto, al netto di tutti gli altri fattori oggettivi che non sono connessi all'azione del dipendente pubblico, ma che concorrono a determinare il danno economico complessivamente subito dall'amministrazione.

Tali valutazioni del p.m. sono tradotte nel parere obbligatorio, sebbene non vincolante, che il Presidente di sezione richiede sulla determinazione dell'addebito; all'opposto, non è prevista alcuna formula che consenta al presunto responsabile di presentare le proprie deduzioni che potrebbero contribuire non solo a garantire i diritti di difesa, ma soprattutto ad accertare la corretta imputazione del danno. Questo, in

¹³⁴ In relazione all'inesperienza del convenuto riconducibile alla sua giovane età si veda, ad esempio, Corte conti, Sez.I, 22 novembre 1995 n.114, in *Riv. Corte conti n.6/1995*, p.115; oppure in ordine alle condizioni economiche cfr. Corte conti, Sez.I, 18 marzo 2003, n.105/A, in *Riv. Corte conti n.2/2003*, p. 93; Sez. Riun.19 aprile 1990 n.662/A in *Foro amm. 1990*, 2475; sulla rilevanza delle circostanze organizzative si veda Corte conti, Sez.II app., 9 agosto 1996, n.88/A, in *Riv. Corte conti n.6/1996*, p.107

¹³⁵ Negli ordinamenti processuali europei si possono distinguere due modelli di procedimenti monitori: il primo *derivante dal mandatum de solvendo sine causae cognitione*, basato su un'istanza non corredata da prove; il secondo è il procedimento monitorio documentale in cui l'istanza è basata su prove documentate. In entrambi non vi è contraddittorio tra le parti; sul punto si veda P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, p.7 e ss;

¹³⁶ In particolare, data la correlazione esistente tra il rito monitorio e il potere riduttivo del giudice contabile, è stata evidenziata da E.F. SCHLITZER, *Profili sostanziali della responsabilità amministrativo-contabile*, in ID. (a cura di), *L'evoluzione*, cit. p.90, un'analogia con il potere discrezionale del giudice penale ex art.132 e 133 c.p.

¹³⁷ Cfr. Corte conti, Sez.II centr., 10 aprile 2001, n.134/A; Corte conti, Sez. giur. Molise, n.276/1997

assenza di contraddittorio sia nei giudizi di conto che nei giudizi di responsabilità, rimane all'interno del rapporto tra p.m. e presidente di sezione senza alcun fattore di bilanciamento o di controllo della determinazione adottata.

L'introduzione in sede di modifica del dlgs.174/2016 una fase interlocutoria nel procedimento *ante causam* consentirebbe di ridimensionare il carattere discrezionale ed equitativo nella determinazione del danno e di arricchirlo di elementi che ne favoriscano l'obiettività¹³⁸. All'opposto, l'assenza di contraddittorio contribuisce, specie in relazione all'esercizio del potere riduttivo, alla persistenza di una eccessiva autonomia e discrezionalità nella valutazione dell'obbligazione risarcitoria che potrebbe apparire solo lievemente compensata dalle motivazioni addotte a giustificazione dell'ammontare del danno posto a carico del convenuto¹³⁹.

10. Conclusioni

Le osservazioni svolte finora consentono di rispondere al quesito posto all'inizio di questo lavoro circa la coerenza delle innovazioni introdotte con il funzionamento del complessivo sistema del giudizio di responsabilità, con specifico riguardo alla garanzia di difesa della parte presunta responsabile.

Come si è cercato di illustrare, con il Codice si è cercato di adeguare il giudizio di responsabilità ai principi propri del giusto processo (art.111 Cost.) e del diritto di difesa (art.24).

E' stato ampiamente rilevato come il Codice confermi il ruolo primario del pubblico ministero nella fase istruttoria del giudizio. Il riferimento è ad esempio, all'ampliamento delle ipotesi per l'insacco dell'azione di responsabilità, che si amplia, come già accadeva in via di prassi, a tutte le notizie "comunque acquisite", comprendenti non solo le denunce anonime, ma soprattutto i fatti segnalati in seguito a controllo. Quest'ultimo punto sembra essere un passaggio nevralgico dato che il Codice non ha introdotto, come precedentemente osservato, strumenti di garanzia affinché il rapporto tra funzione di controllo e funzione giurisdizionale non subisse torsioni che finiscano con l'appiattire il giudizio di responsabilità su una funzione meramente sanzionatoria e strumentale al controllo¹⁴⁰.

Allo stesso modo, il Codice abrogando parzialmente la precedente normativa in materia di danno all'immagine produce l'effetto di eliminare i limiti della categoria con la conseguenza che qualunque reato comune può essere classificato come danno all'immagine della pubblica amministrazione ed essere oggetto di azione di responsabilità. Si conferma dunque il ruolo del pubblico ministero che rimane il dominus della fase istruttoria, la cui preminenza non trova limite neanche nell'auspicato controllo

¹³⁸ Sulla necessità di affidare la valutazione del danno a parametri obiettivi e non a valutazioni meramente equitative ex art.1226 c.c, si veda F.GARRI, *I giudizi*, cit. p.162-163

¹³⁹ In questo senso A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, cit. p.141-144 definisce il potere riduttivo in assenza di controllo come un istituto a metà tra "clemenza e privilegio";

¹⁴⁰ Cfr. retro par.2

giudiziale sui decreti di archiviazione, con evidenti effetti rispetto al diritto di difesa, specie nei casi di danno cagionato da più soggetti.

Tuttavia, a fronte della suddetta potenziale valorizzazione il Codice introduce degli strumenti di garanzia del diritto di difesa non solo specificando il contenuto dell'invito a dedurre, ma soprattutto riconoscendo alla parte convenibile il diritto di accesso agli atti indicati nell'invito stesso.

Si tratta di una significativa novità in grado di bilanciare il contraddittorio tra le parti sin dalla fase preprocessuale, ma soprattutto la garanzia del diritto d'accesso è funzionale alla completezza dell'istruttoria e all'accertamento della verità. In questa ottica il Codice introduce un'altra novità stabilendo che il pubblico ministero, oltre a compiere ogni attività utile al fine di acquisire elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale, svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona individuata come presunto autore del danno. Si tratta di una disposizione analoga a quella di cui all'art.358.cp.p., che rimarca il ruolo del pubblico ministero la cui funzione di tutela dell'ordinamento implica non solo e non tanto la raccolta di fatti a carico del presunto responsabile, ma più ampiamente la ricerca della verità storica.

Sotto altro profilo, più in generale, le innovazioni introdotte dal Codice mostrano un'accentuazione dell'avvicinamento del giudizio di responsabilità al modello penale pur rimanendo un giudizio imperniato sul rito civile. Questa accentuazione si nota sin dalla fase preprocessuale ed è sintomatica di un altro aspetto relativo all'evoluzione del concetto stesso di responsabilità amministrativa verso profili più propriamente sanzionatori. Ed infatti, sin dalla fase preprocessuale coesistono elementi che possono essere inquadrati in una concezione risarcitoria della responsabilità amministrativa, riconducibile al modello civilistico, accanto ad elementi che accentuano la natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa, riconducibili al rito penale.

In realtà proprio la coesistenza di queste diverse anime della responsabilità conferma la natura speciale propria della responsabilità amministrativa per il cui giudizio è stato possibile condurre l'analisi anche avvalendosi delle analogie con il sistema penale, soprattutto con riguardo alle garanzie in esso previste. E' attraverso queste molteplici prospettive che la riflessione svolta induce a concludere che se da un lato il Codice introduce innovazioni tali da rendere la fase procedimentale di giudizio di responsabilità maggiormente coerente con i principi del giusto procedimento e del giusto processo, dall'altro rivela alcune questioni lasciate aperte che evidenziano la necessità di ulteriori affinamenti volti a ricondurre "a sistema" le novità introdotte.