RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 1 - 2023

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA

Comitato Scientifico

Vincenzo Barba
Monica Bergo
Chiara Bergonzini
Gianluigi Bizioli
Guido Calabresi
Ignacio Calatyud Prats
Francesco Capalbo
Elisa Cavasino
Aldo Carosi
Ines Ciolli
Carlo Colapietro
Giovanna Colombini
Barbara Cortese
Giacomo D'Angelo
Marcello Degni
Francesco Fimmanò
Sergio Foà
Loredana Giani
Massimo Luciani
Nicola Lupo
Vanessa Manzetti
Simone Mezzacapo
Vittorio Occorsio
Simone Pajno
Giuseppe Palmisano
Barbara Pezzini
Eugenio Picozza
Giovanna Pistorio
Guido Rivosecchi
Antonio Saitta
Gino Scaccia
Vincenzo Sforza
Riccardo Ursi
Giuseppe Verde

Direttore Responsabile

Laura d'Ambrosio

Vice Direttori

Francesco Sucameli
Giovanni Guida

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it

Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018

CODICE ISSN: 2612-4912

INDICE

Editoriale a cura di Loredana Giani……p.4

DOTTRINA

Il contenzioso sul giudizio di parificazione del rendiconto generale della regione Sicilia (2019) tra Corte dei conti, Corte Costituzionale e Corte di Cassazione. La cesura tra responsabilità politica e controllo giurisdizionale
di Sergio Foà e Emanuela Andreis.……p.14

La Corte Costituzionale garante dei crediti tra enti sub-statali della finanza pubblica allargata. Considerazioni a margine della sentenza n. 51 del 2023 sui c.d. "debiti fuori bilancio"
di Guido Rivosecchi e Francesco Sucameli……p.28

Istituzioni per il futuro e *foresight* tra Parlamento e Governo
di Luca Bartolucci ……p.49

I controlli della corte dei conti e le prospettive di riforma della pubblica amministrazione nella stagione del pnrr. una introduzione
di Carola Pagliarin ……p.64

La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione *off-balance o on-balance* dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole di EUROSTAT e codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)
di Vanessa Manzetti……p.81

ATTUALITÀ

Prime riflessioni sull'ordinanza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 304/2023
di Marco Caralesu ……p.114

Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati. riflessioni a margine di un recente caso inglese
di Pierre De Gioia Carabellese……p.119

Il danno all'immagine della pubblica amministrazione e il "buon uso del rinvio" (Nota a C. conti, sez. giur. Lombardia, 14 marzo 2022, n. 21)
di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo ……p.141

Il campo minato del controllo della corte dei conti ex art. 5 TUSP: la discrezionalità amministrativa tra onere motivazionale aggravato e autotutela doverosa
di Cristina Menale ……..p.174

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

Rubrica a cura di Giovanna Pistorio
……..p.202

STORIA DELLA DOTTRINA

Commento a cura di Simone Pajno

……p.223

Pietro Calamandrei "Chiarezza nella costituzione".

……....p.231

Editoriale

di Loredana Giani
Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo
Università Europea

L'intuizione di individuare gli assi portanti di questa rivista nei temi del "bilancio, comunità, persona" quale proiezione e allo stesso tempo misura del principio democratico e dei suoi complessi itinerari, pare oggi quanto mai attuale in una stagione, quale quella che stiamo vivendo, in cui l'individuazione di chiavi di lettura della crescente e cangiante complessità istituzionale e amministrativa risulta indispensabile. E decisamente alla rivista va il merito – come è stato già sottolineato anche dagli illustri colleghi che prima di me hanno firmato l'editoriale di ciascun numero – di aver fatto uscire dall'ombra dell'amministrazione finanziaria temi quali il bilancio, la finanza pubblica e, più in generale le materie di contabilità, ingiustamente relegati in una dimensione quasi ragionieristica, facendone emergere la reale natura e valenza sistemica, proiettandoli nella prospettiva del diritto costituzionale, dell'Unione europea e della dimensione sostanziale dell'agire amministrativo, concorrendo a dar corpo ad un nuovo diritto del bilancio costruito su una matrice valoriale nella quale si interfacciano e coniugano, secondo un rapporto di reciproca dipendenza, regole di sana gestione, di appropriatezza dell'agire amministrativo e della stessa organizzazione, effettività del principio democratico e, conseguentemente, degli stessi diritti fondamentali.

Una prospettiva che emerge chiara dalla lettura dei diversi articoli che compongono questo numero della rivista che si apre con lo **scritto di Sergio Foà** ed **Emanuela Andreis** "*Il contenzioso sul giudizio di parificazione del rendiconto generale della regione Sicilia (2019) tra corte dei conti, corte costituzionale e corte di cassazione. la cesura tra responsabilità politica e controllo giurisdizionale"* viene analizzata la questione relativa al riconoscimento della giurisdizione contabile sui saldi anche nel caso in cui sia approvata la legge regionale di rendiconto. Un tema sul quale si è registrato un ampio scambio giurisprudenziale che ha visto coinvolte la Corte dei conti, la Corte costituzionale e, da ultimo le Sezioni Unite nella Corte di cassazione in relazione al giudizio di parificazione del Rendiconto generale della Regione siciliana per l'esercizio finanziario 2019 rispetto al quale l'*incipit* è rappresentato dalla posizione assunta dalla Procura contabile ad avviso della quale doveva ritenersi in contrasto con i precetti costituzionali per l'erosione della copertura finanziaria dei LEA in ambito regionale la norma della Regione siciliana che autorizzava, a decorrere dall'esercizio finanziario 2016, l'utilizzo di una quota del Fondo sanitario per il finanziamento delle quote residue di un mutuo contratto con lo Stato. Una questione rispetto alla quale si è registrato un crescendo in ragione della posizione poi espressa dalle Sezioni riunite della Corte dei conti Sicilia, che hanno ritenuto, a differenza della Procura, la questione inammissibile e irrilevante, e dalle Sezioni riunite in speciale composizione che, invece, hanno ritenuto la questione rilevante in considerazione dell'impatto sul risultato di amministrazione. Una posizione, quella espressa dalle Sezioni riunite in speciale composizione con la sentenza n. 20 del 17 dicembre 2021 che poi ha dato origine ai plurimi contenziosi accennati in precedenza e in particolare alla sentenza n. 184 del 2022 della Corte costituzionale che nel ribadire la giurisdizione della Corte dei conti, in specie le Sezioni riunite in speciale composizione, in relazione alla adozione della decisione, nonostante la sopravvenienza della legge regionale di approvazione del rendiconto, ha configurato la decisione di parifica quale «*risultato dell'esercizio di una funzione di controllo-garanzia, a esito dicotomico (parifica/non parifica), cui accede l'eventuale impugnativa, in vista dell'obiettivo di assicurare la conformità dei fatti di gestione rappresentati nel rendiconto al diritto del bilancio e, in specie, ai principi della legalità costituzionale in tema di finanza pubblica*».

E gli Autori, nel ripercorrere con attenzione i diversi passaggi sottolineano la posizione della Corte nell'aderire alla lettura dei giudizio di impugnazione delle decisioni delle Sezioni regionali in unico grado, caratterizzato da due fasi: una prima necessaria ed officiosa svolta dal collegio regionale e una seconda, eventuale, in caso di impugnazione. Viene messo così in luce come il controllo sia una fase necessaria all'esercizio della giurisdizione contabile, evidenziando come non ciò però non debba essere inteso nei termini di una "giurisdizionalizzazione" della funzione di controllo, ma di necessaria esplicazione in forma giurisdizionale di tale attività.

Ancor di più gli Autori sottolineano, anche alla luce della decisione assunta dalla Corte costituzionale, come l'accertamento della irregolarità o illegittimità dei dati contabili, oggetto della decisione di parifica impugnata, sia volto a fornire anche all'ente controllato dati contabili corretti, tali da consentire all'ente di intervenire in sede di assestamento o nei successivi bilanci di previsione e rendicontazioni, in linea con il principio di continuità del bilancio.

Ripercorrendo i contenuti delle diverse decisioni che si sono succedute sulla complessa vicenda, ivi incluse le sentenze della Corte costituzionale n. n. 233 del 2022 e n. 89 del 2023, e la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione gli Autori offrono un quadro ricostruttivo chiaro che consente di comprendere con chiarezza anche la stessa natura e, conseguentemente della impugnabilità, delle decisioni delle «*deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo non riconducibili alle categorie individuate puntualmente dalle altre previsioni dell'art. 11 e, segnatamente, dalle lett. a) e d) , purché rientranti nella "materia della contabilità pubblica*».

Il tema delle materie di contabilità pubblica e dell'evoluzione del diritto del bilancio viene poi ripreso – da tutt'altra angolazione – nello scritto di **Guido Rivosecchi e Francesco Sucameli** "*La Corte costituzionale garante dei crediti tra enti sub-statali della finanza pubblica allargata. Considerazioni a margine della sentenza n. 51 del 2023 sui c.d. debiti fuori bilancio"*. Un'analisi che va ben oltre il problema centrale dei debiti fuori bilancio, ripercorrendo il percorso intrapreso dalla giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione "rigorosa" dei principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità delle finanze pubbliche introdotti in modo perentorio in sede di riforma costituzionale del 2012 che ha interessato gli artt. 81,97, 117 e 119. Principi che hanno portato più volte la Corte costituzionale a verificare il "legittimo fondamento giuridico" delle "coperture delle spese" e, ancora prima, alla legge di bilancio di ottemperare al principio della previa copertura, assicurando la gestione finanziaria secondo principi di chiarezza, veridicità e controllabilità dei bilanci nell'allocazione sistematica delle risorse per il finanziamento delle leggi di spesa. Una linea che ha poi portato la stessa Corte costituzionale, in significativa sinergia con la Corte dei conti, a censurare ogni illegittimo ampliamento della capacità di spesa degli enti sub-statali, assicurando così il rispetto degli equilibri finanziari e della legalità costituzionale-finanziaria e ciò muovendo dal convincimento secondo cui copertura ed equilibrio sono «facce delle stessa medaglia»; pur senza dimenticare, come ripetutamente sottolineato dalla Corte costituzionale, il carattere "tendenziale" dell'equilibrio, e che "copertura finanziaria" ed "equilibrio di bilancio" integrano una "clausola generale" quale parametro operante direttamente – anche senza *interpositio legislatoris* – nel giudizio di costituzionalità delle leggi che si riflette sui controlli sulla finanza pubblica affidati alla Corte dei conti. Il tutto sancendo, come ricordato dagli autori, il definitivo superamento della teoria della natura meramente formale della legge di bilancio e il conseguente rafforzamento della copertura finanziaria e dell'equilibrio, dato che la legge di bilancio produce «*effetti novativi dell'ordinamento*» esprimendo «*scelte allocative di risorse*» e che, come tale, deve essere assoggettata al controllo di costituzionalità (Corte cost., n. 10 del 2016).

Alla stregua di tale interpretazione, i richiamati precetti costituzionali esplicano i loro effetti anche tra i diversi esercizi finanziari in forza del "principio di continuità" dei conti dal quale la Corte fa derivare il principio costituzionale di "sincerità dei conti" (Corte cost., n. 157 del 2020).

Una impostazione teorica, quella ricostruita dagli Autori, che è alla base della inclusione delle più recenti pronunce della Corte costituzionale con le quali sono state dichiarate costituzionalmente illegittime leggi regionali che riconoscevano debiti fuori bilancio (in particolare le sentt. n. 51, n. 81, e n. 114 del 2023) nel filone "restrittivo" della giurisprudenza costituzionale in materia di equilibrio di bilancio, ritenendo illegittimo l'ampliamento della capacità di spesa per l'inosservanza delle regole del procedimento di riconoscimento che sono strumentali alla precostituzione di una copertura finanziaria effettiva.

Un tema, quello dei debiti fuori bilancio, che ha una rilevanza molteplice, in ragione della poliedricità delle problematiche che esso presenta, come ben evidenziato nel lavoro, nel quale alla prospettiva strettamente contabile – nella quale essi rappresentano una posta passiva, certa liquida ed esigibile, che non è stata registrata o non può essere registrata a causa dell'impossibilità di impegnare il bilancio, la cui formazione dipende dalla violazione di regole del procedimento di spesa a presidio della effettività delle coperture – viene affiancata quella civilistica, che apre la via alla aggressione diretta, una volta ottenuto il titolo esecutivo, della cassa da parte del creditore cui consegue la necessità di intervenire sul bilancio, per diminuire le spese programmate o aumentare le entrate disponibili, per rispristinare le coperture e l'equilibrio prospettico. E così, non essendo il debito registrato tempestivamente, non può essere imputato sui capitoli e sui residui della annualità precedente (principio di annualità), dovendo essere finanziato nell'annualità successiva, con nuove entrate o con il risultato di amministrazione disponibile, alle condizioni di legge.

E così nel lavoro si mette in luce come per le stesse ragioni (certezza ed effettività dell'equilibrio) le coperture devono rispettare il principio della competenza finanziaria rinforzata, garantendo coerenza tra i flussi di cassa delle entrate (delle nuove coperture) e i debiti e, conseguentemente, il riconoscimento debito e la contestuale variazione di bilancio, il c.d. procedimento "speciale" di riconoscimento, quale forma di variazione/assestamento, di cui "speciale" è il suo presupposto, per cui occorre dare copertura ad una obbligazione che non è solo programmata, ma che è già sorta, impegnando il patrimonio dell'ente territoriale (art. 119, secondo comma, Cost.).

In questo quadro gli Autori accendono "un faro" sulla sentenza n. 51 del 2023 della Corte costituzionale (di dichiarazione della illegittimità costituzionale della legge del Molise relativa al riconoscimento del debito "fuori bilancio" ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. *e)* del d.lgs. n. 118/2011 - "acquisizione di beni e servizi in assenza del preventivo impegno di spesa") evidenziando la sua significativa incidenza sui principi della contabilità pubblica facendo leva sulla violazione del principio di annualità come corollario del principio di effettività della copertura. Una interpretazione che richiama il consolidato orientamento secondo cui la legge di riconoscimento di un debito fuori bilancio deve provvedere alla relativa copertura «*facendo riferimento alle risorse finanziarie in quel momento effettivamente disponibili*».

La declaratoria di incostituzionalità, ritagliata sul principio dell'annualità del bilancio, è quindi un modo di riaffermare il principio sostanziale di copertura ed equilibrio nella sua continuità, attraverso la costante ricerca di una previa, congrua e attendibile copertura finanziaria.

Certo è che alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge molisana che ha avuto ad oggetto il riconoscimento del debito "fuori bilancio" dei comuni non può essere riconosciuto l'effetto di mettere *nel nulla* il debito stesso. Ciò significa che si producono effetti *ope legis* non travolti dalla

dichiarazione di incostituzionalità, anche perché altrimenti opinando, come ben sottolineato dagli autori, si produrrebbe l'effetto paradossale di premiare chi paga in ritardo (o non paga) o, addirittura, di indurre comportamenti che disincentivano la responsabilità politica e la responsabilità di mandato del decisore politico che potrebbe riconoscere debiti "fuori bilancio" confidando nella prescrizione dei diritti di credito degli altri enti sub-statali della finanza pubblica allargata.

Lo scritto di **Luca Bartolucci** "*Istituzioni per il futuro e* foresight *tra Parlamento e Governo*" porta invece la riflessione su temi di portata più generale, ma anche questi strettamente collegati al tema del diritto del bilancio.

L'Autore si sofferma, infatti, sul possibile rapporto tra le c.d. istituzioni per il futuro e il raggiungimento della sostenibilità, nei vari profili in cui essa si concretizza, andando a interrogarsi sul se queste potrebbero modificare il ruolo stesso dello Stato, facendolo diventare un vero e proprio *Sustainability State*, o viceversa portare a sostenere l'insostenibile.

Certo è che ove il fine ultimo di tali istituzioni fosse quello di riuscire davvero a integrare la sostenibilità nel processo decisionale politico e amministrativo a tutti i livelli, l'auspico dell'Autore è quello di vedere creare anche in Italia organismi che si occupano specificamente di *foresight,* andando ad inserire un momento di riflessione "*future-oriented*" in Parlamento, inizialmente anche fuori dal procedimento legislativo, per tentare di iniziare a superare quella "furia del presente" che ha oscurato ogni preoccupazione collettiva per il futuro e impedito di valutare nel tempo le decisioni dell'oggi. D'altro canto, sottolinea l'Autore, riprendendo una splendida immagine, il Parlamento può considerarsi il "porticato" tra Stato e società civile. Oggi, il porticato non basta più: non ci si può limitare a guardare (e rappresentare) chi è (adesso) nella piazza, ma si deve tener conto anche di chi quella piazza la occuperà in futuro, per espressa previsione costituzionale, agendo anche nell'interesse delle future generazioni. Per tale ragione, è necessario un vero e proprio cambiamento di paradigma per le Camere, anche recuperando quella funzione "pedagogica" che già Bagehot annoverava tra i principali compiti di un Parlamento: stavolta, però, educando al futuro.

Le riflessioni dell'Autore sembrano, dunque, portare ad interrogarsi sul fatto se questa necessità non sia già presente anche nella nostra Costituzione, soprattutto dopo la richiamata modifica del 2012 sul diritto del bilancio che ha portato a sottolineare le molteplici declinazioni della sostenibilità, ambientale, sociale, economica, di genere ecc.

A ritornare poi sul tema dei controlli della Corte dei conti è poi lo scritto di **Carola Pagliarin** "*I controlli della Corte dei conti e le prospettive di riforma della pubblica amministrazione nella stagione del PNRR. Una introduzione*", che va a evidenziare come nell'ambito della riforma della pubblica amministrazione, "riforma orizzontale" o di "contesto" nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, insieme alla riforma del sistema giudiziario, un importante tassello è rappresentato dalla disciplina dedicata alle funzioni svolte dalla Corte dei conti.

Al riguardo l'Autrice sottolinea come, al di là della stagione delle tentate riforme della PA, un vero e incisivo cambiamento si è avuto al riguardo delle funzioni della Corte dei conti in seguito alla crisi finanziaria del 2011 e alla conseguente riforma costituzionale del 2012, che, come già anticipato, ha portato il legislatore, ad introdurre nella logica dei vincoli di finanza pubblica, a prevedere un irrobustimento dei controlli sulla gestione amministrativa ed economico-finanziaria e, in particolare, di quelli di legittimità e regolarità dei conti.

E in tale quadro il sistema dei controlli intestati alla Corte dei conti disegnato dal decreto-legge n. 174 del 2012 sembrava aver accantonato la centralità del controllo successivo sulla gestione, come modello collaborativo.

Non solo. Come si è visto la Corte costituzionale ha dato (e sta dando) vita ad un "pacchetto" di sentenze volte a valorizzare il ruolo assunto dalla Corte dei conti in questo contesto normativo quale presidio del bilancio, inteso come "bene pubblico". Una dimensione che va a coniugarsi con la rinnovata attenzione alla "amministrazione di risultato" messa al centro della stagione del PNRR, ma già pietra d'angolo delle riforme realizzate tra la fine del Novecento e i primi anni del nuovo millennio, e che non poteva che chiamare in causa una nuova prospettiva nel sistema dei controlli, andando a interessare la legislazione volta dare attuazione e definire le coordinate del PNRR.

Il riferimento è all'art. 22 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che ha previsto l'utilizzo del controllo di cui all'art. 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, cosiddetto "concomitante", per "accelerare gli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale", nonché all'art.7 del decreto-legge n. 77 del 2021.

Nel primo caso però la vera novità è che il decreto-legge n. 76 sembra andare a collegare l'esito del controllo alla responsabilità dirigenziale, anche se, sottolinea l'Autore, l'accertamento di tale responsabilità come è noto, attiene al sistema dei controlli interni ai quali compete anche la valutazione della *performance* individuale e organizzativa relativamente al raggiungimento o meno degli obiettivi e che, semmai, può (o più esattamente *dovrebbe*) coinvolgere la Corte dei conti nell'ambito del controllo sul funzionamento dei controlli interni.

Nel secondo caso il decreto-legge n. 77 del 2021, invece, prevede un articolato sistema di controllo, *audit*, anticorruzione e trasparenza in cui è decisivo il controllo sulla gestione svolto dalla Corte dei conti, incaricata delle valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi del PNRR, da svolgere in cooperazione e coordinamento con la Corte dei conti europea.

Una volontà di potenziamento del profilo dell'"ausiliarietà" della Corte dei conti si rinviene nell'art. 46 della legge europea 2019-2020, la cui rubrica recita, significativamente, "[s]viluppo della funzione consultiva", secondo cui viene esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa qualora l'azione amministrativa si sia conformata ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva.

E invero, l'Autrice sottolinea come nell'ambito della realizzazione del PNRR saranno sostanzialmente coinvolte tutte le funzioni di controllo della Corte dei conti, evidenziando un favore verso un ruolo della magistratura contabile, per così dire, più "morbido", tale da non frenare l'azione amministrativa, ma idoneo, piuttosto, ad accompagnarla e correggerla in corso di esercizio.

Ebbene, tale auspicio dell'Autrice oggi sembra più che mai stridente con le ultime vicissitudini legislative che, nel mentre si stava procedendo alla pubblicazione del presente editoriale, hanno portato all'approvazione di due emendamenti all'art. 12 del dl PA , con cui si è sottratto alla Corte dei conti il controllo concomitante sul PNRR e sul Fondo complementare.

Il che lascia sullo sfondo oltre al paventato conflitto tra Governo e Corte dei conti, la ricerca delle nuove coordinate del controllo della Corte dei conti sulle Risorse del Pnrr.

L'auspicio è quello che le parole dell'Autrice siano profetiche e si stia per aprire - anche se così non sembrerebbe – una nuova stagione volta a ricostruire un quadro armonico del sistema dei controlli intestati alla Corte dei conti, funzionale a perseguire congiuntamente l'efficienza – nella riscoperta valenza centrale del "risultato" nella sua dimensione complessiva riferita alla appropriatezza dell'organizzazione e dell'azione - e il rispetto dell'equilibrio dei bilanci pubblici, essenziali entrambi ad una buona amministrazione, come, del resto, esplicitamente prescrive oggi l'art. 97 Cost.

A chiudere la prima parte dell'editoriale, è poi lo scritto di **Vanessa Manzetti** "*La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole di EUROSTAT e codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*" che analizza lo sviluppo del tema della sostenibilità economico-finanziaria delle operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP). Una analisi volta a sollecitare la riflessione sull'impatto che le operazioni di PPP possono avere sulla dimensione dei bilanci pubblici, e che muove da una premessa che evidenzia come, affinché il partenariato pubblico-privato non pesi sui bilanci pubblici, con le conseguenti ripercussioni sul rispetto dei vincoli sia della patto di stabilità europeo e interno, è necessario che tali operazioni rispondano ad alcuni criteri individuati non solo dal SEC2010, ma in modo ancora più dettagliato nel Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico redatto da Eurostat per interpretare le complesse regole del ESA.

Questi criteri, infatti, vanno ad individuare la distinzione tra opere di PPP a debito pubblico invariato o meno (o come si dice tecnicamente fuori bilancio o in saldo) in relazione alla determinante della corretta allocazione dei rischi in capo al privato o all'ente pubblico. Allocazione del rischio che sottolinea l'Autrice tutt'altro che agevole e che chiamano in causa il principio di equilibrio di bilancio, oltreché la declinazione finanziaria del principio di buon andamento e il "nuovo" (se così si può dire) principio del risultato introdotto all'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il principio del risultato, che viene proiettato nello scritto nella dimensione sostanziale evidenziata dalla più attenta dottrina e che non trova una piena corrispondenza nel dato codicistico, assume, infatti, l'essenza di un principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza, indirizzando quindi tutta la complessa attività programmatoria che sta alla base delle opere pubbliche, e dunque indirizzando anche la scelta del ricorso ad operazione economiche di partenariato pubblico privato a quei casi in cui è possibile dimostrare un effettivo e concreto vantaggio in termini globali per le amministrazioni aggiudicatrici, rispetto ad altre forme (quali ad esempio l'appalto).

Vero è sottolinea l'A. che il riferimento alla "cultura del risultato" chiama in causa uno dei principali problemi che inficiano le nostre amministrazioni, ovvero l'(in)adeguato livello di competenze tecniche, il ritardo nella modernizzazione dello Stato e la crisi della burocrazia.

A questo punto anche questo numero dell'editoriale si compone poi della Parte Attualità, composta dagli scritti di Marco Caralesu "*Prime riflessioni sull'ordinanza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 304/2023*", Pierre de Gioia Carabellese "*Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati. riflessioni a margine di un recente caso inglese*"; Emanuele Fratto Rosi Grippaudo "*Il danno all'immagine della pubblica amministrazione e il buon uso del rinvio* (Nota a C. conti, sez. giur. Lombardia, 14 marzo 2022, n. 21)", Cristina Menale "*Il campo minato del controllo della Corte dei conti* ex *art. 5 TUSP: la discrezionalità amministrativa tra onere motivazionale aggravato e autotutela doverosa*", in cui gli Autori partendo da casi specifici inquadrano e riconducono le tematiche analizzate nell'ambito più generale del diritto del bilancio e dei suoi principi e regole fondanti.

Così **Marco Caralesu**, commentando la sentenza SSUU Cassazione 304 del 9 gennaio 2023 riguardante la vicenda della parifica Sicilia 2019, ricava consistenti argomenti per sostenere che il controllo è il contenuto di una giurisdizione "speciale", attribuita alla Corte dei conti quale giudice del bilancio, consistente nel riscontrare un fatto (il bilancio come struttura tecnica di informazioni) con il sistema delle fonti del diritto del bilancio; riscontro che conduce ad un giudizio a carattere dicotomico e sillogistico (C. cost. sentt. n. 39 e n. 40/2014) avente ad oggetto i saldi previsti dalla

legge. L'ordinanza della Corte di Cassazione e la sentenza della Corte costituzionale n. 184/2022 sembrano, infatti, far emergere un quadro di maggiore chiarezza in ordine alla natura del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, che secondo l'Autore si rifletterà (auspicabilmente) sul profilo, ad esso strettamente connesso e conseguente, dell'applicazione degli "istituti processuali" che connotano l'esercizio della funzione giurisdizionale.

A riportarci a problematiche specifiche, ma sempre connesse a quel principio di sostenibilità, è poi lo scritto di Pierre De Gioia Carabellese "*Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati. Riflessioni a margine di un recente caso inglese*" che affronta il tema di indiscusso interesse delle controversie in materia di derivati, utilizzando il metodo comparato, o più precisamente quello di una analisi di diritto straniero.

L'Autore muovendo da una ricostruzione delle origini dei derivati, ricerca nel contesto di origine le chiavi di lettura per una loro comprensione, ricercandone le note nel loro habitat nel quale non vi è "causa" che conta, dato che l'aspetto rilevante è solamente l'accordo e la capacità a stipularlo sulla eadem res, evidenziando come una volta che questi strumenti e contratti approdano nell'ordinamento italiano (dal common law via UE), il derivato pone la questione della causa e della sua aleatorietà (operazioni con causa argentaria). L'Autore sottolinea, infine, come la vera tematica giuridica sia quella della corretta rappresentazione dell'informazioni speculative, fra cui quella relative al mark-to-market. Una tematica, quella oggetto di analisi, che letta ed esaminata dalla prospettiva del diritto del bilancio, chiama in causa il rischio che la speculazione finanziaria si presenti come un fattore ad alto rischio per la stessa sostenibilità dei bilanci pubblici.

Ed ancora lo scritto di **Emanuele Fratto Rosi Grippaudo** analizza la recente sentenza della sezione giurisdizionale per la Lombardia della Corte dei conti del 14 marzo 2022, n. 21, in tema di condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione contenute nel d.l. n. 78/2009, dichiarate non più vigenti a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016, e che, indirettamente, affronta il sistema del c.d. doppio binario, evidenziandone le criticità in merito alla compatibilità costituzionale.

L'Autore, partendo da questa recente sentenza, analizza infatti il "dialogo" che ha caratterizzato gli ultimi trent'anni tra legislatore, Corte dei conti e Corte costituzionale sulle condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione, ed evidenzia il grande pregio della sentenza n. 21/2022 della Sezione giurisdizionale per la Lombardia della Corte dei conti di far brillare di nuovo splendore l'antica gloria dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione, strumento che negli ultimi trent'anni si è andato progressivamente sgretolando come cenere nelle mani del giudice erariale.

Se il c.d. lodo Bernardo ha snaturato nello scopo e nel valore il danno all'immagine della pubblica amministrazione, lasciando nell'impunità quelle condotte foriere di un danno erariale non patrimoniale che non erano sussumibili in alcune fattispecie di reato, il d.lgs. n. 174/2016, che un legislatore più attento avrebbe scritto facendo maggiore attenzione al "diritto vivente", consente di operare una riespansione della giurisdizione contabile, superando parte delle criticità del precedente assetto normativo. Tale riespansione dovrebbe essere "guidata" dal legislatore, che dovrebbe chiarire la nozione di delitto commesso «a danno» della pubblica amministrazione, così come suggerisce la Consulta. Quest'ultima, a sua volta, qualora fosse investita nuovamente della questione di legittimità costituzionale, potrebbe pronunciarsi in modo chiaro e incisivo sul sistema del c.d. doppio binario, eliminando uno dei due "binari" od omologandone la disciplina al "binario" concorrente, di tal guisa obbligando il legislatore a intervenire, stavolta direttamente, sul punto. Nell'attesa che qualcosa si muova, non resta che osservare come la scelta della sezione giurisdizionale lombarda di ammettere

la contestazione del danno all'immagine della pubblica amministrazione nelle ipotesi di concorso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con delitti "comuni" venga accolta dalle altre sezioni del giudice contabile, in particolare da quelle che interpretano i recenti interventi della Corte costituzionale in senso favorevole alla rinnovata attualità del c.d. lodo Bernardo.

Infine, il contributo di **Cristina Menale** va ad approfondire l'art. 5, come modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della l. n. 118/2022, prevedendo che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso, dall'amministrazione procedente, alla Corte dei conti, che delibera, entro sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo art. 5, nonché dagli artt. 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Vale a dire che il parere ex art. 5, comma 3, TUSP può diventare un potentissimo (sottolinea l'A.) strumento di "verifica degli andamenti della finanza pubblica", ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 1, lett. a) della l. cost. n. 1/2012, ponendosi in linea con le riforme degli ultimi dieci anni che hanno previsto controlli sulle finanze pubbliche rivolti a prevenire squilibri di bilancio e danni irreparabili agli equilibri di bilancio (cfr. Corte cost. n. 60/2013 e n. 39/2014); controlli che non sono riconducibili al paradigma del controllo-referto, in quanto svolti non già nell'esclusivo interesse degli enti destinatari in funzione di stimolo all'autocorrezione, bensì di quello più comprensivo della legalità costituzionale- finanziaria e della tutela di interessi finanziari adespoti (Corte cost. nn. 39 e n. 40/2014; n. 89/2017).

Nel rendere i pareri che vengono richiesti ex art. 5 TUSP, la Corte dei conti, dovendosi mantenere nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della norma, non può dare indicazioni o esprimere considerazioni che si risolvano in una sorta di "cogestione" con l'Amministrazione, né può esprimere *ex ante* valutazioni che presuppongano necessariamente l'avvenuta gestione della costituenda Società o la conoscenza degli esiti dell'acquisizione di partecipazione in società già costituita (pena la violazione dell'art. 101 e dell'art. 108 Cost, che prevede che la magistratura contabile sia composta da giudici e da p.m. e non da un *tertium genus* ibrido, e che i suoi giudici sia soggetti soltanto alla legge).

Resta aperta e da verificare sottolinea l'Autrice la sussistenza dell'interesse a ricorrere e come può essere soddisfatto: deve infatti sempre sussistere "un giudice a Berlino", quando la decisione può determinare un effetto pregiudizievole violandosi l'art. 24 Cost. Ciò risulta indispensabile laddove la pronuncia di controllo non sia meramente "collaborativa", ma espressione di un controllo di "legittimità-regolarità".

La parte della rubrica a cura di **Giovanna Pistorio** "*Bilancio e tutela multilivello dei diritti*", richiama la situazione di attesa della sentenza concernente la questione pregiudiziale sollevata dalla Corte dei Conti, nelle Cause riunite C-363/21 e C-364/21, Ferrovienord SpA contro Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT).

La causa verte in torno al disposto del comma 6 all'art. 11 del CGC, secondo cui "Le sezioni riunite [della Corte dei conti] in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi (…) in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT", limitata dal decreto-legge n. 137 del 2020 "ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica".

Assai utile è l'aver riportato nel numero le Conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona presentate il 12 gennaio 2023 - Cause riunite C 363/21 e C 364/21 Ferrovienord SpA contro

Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT (C 363/21), nei confronti di: Procura generale della Corte dei conti, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Federazione Italiana Triathlon contro Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT, Ministero dell'Economia e delle Finanze (C 364/21), nei confronti di: Procura generale della Corte dei conti [domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalla Corte dei conti (Italia)] «Rinvio pregiudiziale – Regolamento (UE) n. 549/2013 – Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (SEC 2010) – Classificazione delle unità istituzionali nel settore S.13 (amministrazioni pubbliche) – Legislazione statistica dell'Unione – Meccanismi di controllo – Effetto diretto – Direttiva 2011/85/CEE – Quadri di bilancio nazionali – Effetto diretto – Tutela giurisdizionale effettiva – Verifica giurisdizionale da parte di un giudice contabile o di un giudice amministrativo».

Il numero chiude poi con il Commento a cura di **Simone Pajno** all'intervento di Pietro Calamandrei all'Assemblea Costituente nella seduta del 4 marzo 1947 "Alle origini del dibattito sui principi costituzionali come norme giuridiche", riportando uno scritto di Piero Calamandrei intitolato "Chiarezza nella Costituzione". Si tratta del testo di un discorso che il giurista e avvocato fiorentino pronunciò in Assemblea Costituente il 4 marzo 1947 a commento del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei Settantacinque, e successivamente oggetto di autonoma pubblicazione, che rappresenta una lettura su cui nessun commento può essere fatto, rappresentando una di quelle letture "essenziali".

Va da sé che anche questo sforzo della Rivista di concludere ogni numero con una lettura dei massimi esponenti della nostra dottrina, riporta alla centralità l'idea di "umanizzazione" del bilancio, perché l'equilibrio di bilancio non è fine a sè stesso, ma sta nella centralità dell'uomo, essendo funzionale all'effettività dei diritti sociali.

Il Bilancio è Comunità è Persona …

DOTTRINA

IL CONTENZIOSO SUL GIUDIZIO DI PARIFICAZIONE DEL RENDICONTO GENERALE DELLA REGIONE SICILIA (2019) TRA CORTE DEI CONTI, CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI CASSAZIONE[1]

La cesura tra responsabilità politica e controllo giurisdizionale

di Sergio FOÀ
Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Torino
Emanuela ANDREIS
Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Torino[2]

Sommario

1. La vicenda sostanziale e processuale.
2. La natura giuridica del giudizio di parificazione: Corte costituzionale, sentenza n. 184 del 2022. Permanenza della giurisdizione contabile al sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto
3. L'inserimento nel perimetro sanitario di una spesa estranea ai LEA: Corte costituzionale, sentenza n. 233 del 2022. La legge regionale incide sull'oggetto della parificazione.
4. La natura giuridica e i profili processuali del giudizio di parifica secondo l'organo nomofilattico della giurisdizione contabile.
5. L'epilogo del "caso Sicilia": le Sezioni Unite della Cassazione e le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale.

Abstract

Il saggio analizza la vicenda processuale del giudizio di parifica del rendiconto della regione Siciliana 2019 che ha dato luogo a due sentenze della Corte costituzionale (184 e 233 del 2022) e ad una sentenza di Cassazione. In tutti i diversi consessi la questione è stata risolta riconoscendo la giurisdizione contabile sui saldi anche nel caso in cui sia approvata la legge regionale di rendiconto. Inoltre, la Corte costituzionale rimarca la differenza tra spesa da destinarsi ai LEA sanitari e spesa per indebitamento. Viene ribadita la costruzione dell'unico grado di giudizio con una fase davanti alla Sezione regionale e una eventuale di impugnazione. Critiche vengono mosse alle Sezioni Riunite n. 5 del 2022 che avevano esercitato il proprio potere di nomofilachia valorizzando la funzione di controllo del giudizio di parifica: la delibera può ritenersi superata in quanto in contrasto con il successivo intervento della Corte costituzionale.

The essay analyzes the judicial story of the 2019 Sicilian Region judgment on regional budget which gave rise to two sentences of the Constitutional Court (184 and 233 of 2022) and a sentence of the Supreme Court (Cassazione). In all the various forums the issue has been resolved by recognizing the accounting jurisdiction over the balances even if the regional accounting law is approved. Furthermore, the Constitutional Court points out the difference between expenditure to be allocated to essential levels of health care (LEA) and debt expenditure. The construction of the single degree of judgment with a phase before the regional section and a possible appeal is reaffirmed. Criticisms are leveled at the Joint Sections 5 of 2022 which had exercised their power of "nomofilachia" by enhancing the function of control of the judgment on regional budget: the resolution can be considered outdated as it is in contrast with the subsequent intervention of the Constitutional Court.

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata sul sito www.diritteoconti.it
[2] Il presente lavoro è frutto di elaborazione condivisa. Sono da attribuirsi a E. ANDREIS i paragrafi 1,3 e 4; a S. FOÀ i paragrafi 2 e 5.

1. La vicenda sostanziale e processuale.

Il giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione siciliana[3] per l'esercizio finanziario 2019 è stato oggetto di una complessa ed articolata vicenda che ha coinvolto la Corte dei conti, la Corte costituzionale e, da ultimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Il punto di partenza del percorso che ha condotto ai molteplici contenziosi è la deliberazione n. 6 del 18 giugno 2021[4], con cui le Sezioni riunite per la Regione siciliana della Corte dei conti hanno parificato il rendiconto del 2019[5] con l'esclusione di alcune poste, tra cui il fondo contenzioso ed il fondo crediti di dubbia esigibilità del risultato di amministrazione. Tale decisione ha inoltre ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge regionale n. 3 del 2016, sollevata dalla Procura contabile con riferimento agli articoli 81, co. 3 e 117, co. 2, lett. e) ed m) e co. 3 Cost.. Con tale norma la Regione siciliana autorizzava, a decorrere dall'esercizio finanziario 2016, l'utilizzo di una quota del Fondo sanitario per il finanziamento delle quote residue di un mutuo contratto con lo Stato. La Procura contabile riteneva tale autorizzazione contraria alla Costituzione per l'erosione della copertura finanziaria dei LEA in ambito regionale. Tuttavia, le Sezioni riunite della Corte dei conti hanno ritenuto la questione inammissibile in quanto la Procura non aveva individuato i capitoli di spesa che sarebbero stati inficiati dalla disposizione, oltre che irrilevante per carenza del nesso di stretta strumentalità con il giudizio in corso.

Avverso la decisione delle sezioni riunite n. 6 del 2021 il Procuratore generale della Corte dei conti presso la sezione di appello della Regione siciliana ha presentato ricorso[6], ai sensi dell'art. 11, co. 6, lett. a) del Codice di giustizia contabile, alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione. La Procura lamentava la corretta quantificazione dell'accantonamento relativo al fondo crediti di dubbia esigibilità (FCDE), che, seppur non parificato dalle sezioni riunite regionali, sarebbe stato da queste erroneamente computato in difetto, in violazione delle disposizioni tecniche del d.lgs. n. 118/2011. Inoltre, con riferimento alla partita contabile relativa alle spese del "perimetro sanitario", anch'essa non parificata dalle sezioni riunite regionali, la Procura generale rilevava che non era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge regionale n. 3 del 2016, all'origine delle censurate irregolarità.

Il punto nodale dell'articolata e complessa vicenda è l'approvazione da parte dell'Assemblea regionale siciliana, nelle more della decisione delle Sezioni riunite in speciale composizione, del rendiconto generale della Regione per l'esercizio finanziario 2019 con legge 30 settembre 2021, n. 26.

Pochi giorni dopo, all'udienza del 7 ottobre 2021 sull'impugnazione[7] della deliberazione n. 6 del 2021, nonostante la dichiarazione del Procuratore generale contabile di sopravvenuta carenza di interesse alla decisione determinata dall'approvazione della legge regionale, le Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione hanno dato lettura del dispositivo della sentenza disponendo,

---

[3] Sul giudizio di parificazione del rendiconto delle regioni si veda, *ex multis*, F. SUCAMELI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto delle Regioni*, in AA.VV., *La Corte dei conti - Responsabilità, contabilità, controlli*, Giuffré, Milano 2022, pag. 1201 e ss.; R. SCALIA, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale delle Regioni, dopo il 2012. Gli orientamenti della Corte costituzionale,* in *Federalismi*, fasc. 8, 2018, pp. 1-26; M.A. SANDULLI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale delle regioni: note a margine del pensiero di Aldo Carosi*, in *Questa Rivista*, 2022, fasc. 1, pag. 82 e ss.; R. URSI, *La parifica dei rendiconti regionali: un caso ancora aperto*, in *Federalismi*, fasc. 28, 2022; G. RIVOSECCHI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle regioni,* in *Riv. Corte conti,* Quaderni, 2/2022.

[4] Corte conti, Sez. riun. reg. Sic., decisione n. 6/2021/SSRR/PARI del 18 giugno 2021.

[5] Rendiconto per l'esercizio finanziario 2019, approvato dalla Giunta regionale con deliberazione n. 121 del 4 marzo 2021.

[6] Ricorso n. 740/SR/DELC del 13 luglio 2021.

[7] Come si dirà, non si tratta propriamente di una impugnazione, dovendosi intendere il giudizio dinanzi alle sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione quale fase eventuale di un rito in unico grado, di cui la sola fase svolta innanzi alla sezione regionale è necessaria.

in accoglimento del primo motivo di ricorso, di rideterminare il fondo crediti di dubbia esigibilità e di sollevare, con separata ordinanza[8], la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della Legge Regionale n. 3/2016, sospendendo il giudizio quanto agli effetti sul saldo determinato dai capitoli di spesa interessati da tale legge.

In proposito giova ricordare che il giudizio di parificazione presso la Regione siciliana, in ragione di previsioni dello Statuto speciale, è assegnato alla competenza di Sezioni riunite "territoriali", che assommano le locali sezioni di controllo e giurisdizionali.

Le Sezioni riunite in sede giurisdizionale, invece, sono sezioni centrali e di ultima istanza in ordine ad una serie di giudizi in materia di controlli, che sono dettagliatamente indicati al comma 6 dell'art. 11 del codice di giustizia contabile. In tali casi, il richiamato organo di ultima istanza decide in "speciale composizione". Negli ambiti di propria competenza, le Sezioni riunite in sede giurisdizionale assicurano «*l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile*», una funzione nomofilattica per ambito specifico, che prevale, pertanto, su quella riconosciuta da altre Sezioni della Corte in materia consultiva o in controlli refertistici[9].

A differenza delle Sezioni riunite siciliane, che nel giudizio di parificazione avevano ritenuto la questione inammissibile e irrilevante, le Sezioni riunite in speciale composizione ritenevano invece rilevante la questione in considerazione dell'impatto sul risultato di amministrazione. Infatti, rammentavano che l'oggetto principale del giudizio di parificazione del rendiconto regionale è il saldo del risultato di amministrazione, che deve esprimere gli equilibri economici e finanziari dell'ente all'esito del processo di corretta rappresentazione delle poste contabili.

Sulla questione di legittimità costituzionale si è successivamente pronunciata la sentenza della Corte costituzionale n. 233 del 2022, depositata il 21 novembre 2022.

Il 17 dicembre 2021 veniva pubblicata la sentenza delle Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei conti n. 20[10] che ha dato origine a plurimi contenziosi che hanno coinvolto la Corte dei conti, la Corte costituzionale e le Sezioni Unite della Corte di cassazione. La circostanza che la Corte dei conti si sia pronunciata nel merito nonostante l'intervenuta approvazione con legge regionale del rendiconto per l'anno 2019 ha infatti sollevato una serie di contrasti relativi, in particolare, alla natura, l'oggetto e la funzione del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, oltre che all'individuazione delle regole e garanzie processuali del giudizio.

Innanzitutto la Regione siciliana ha sollevato, ai sensi dell'art. 134 Cost., conflitto di attribuzione tra enti dinanzi alla Corte costituzionale, dapprima con riferimento al dispositivo letto all'udienza del 7 ottobre 2021[11], e poi nei confronti della sentenza successivamente pubblicata[12], lamentando la

---

[8] L'ordinanza n. 1/2022/DELC di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale della l.r. n. 3 del 2016 è stata depositata dalle sezioni riunite in speciale composizione in data 17 gennaio 2022.

[9] Sulla confusione legislativa e sulle questioni che la nomofilachia nei controlli comporta, cfr. si veda L. D'AMBROSIO, *La nomofilachia nella Corte dei conti,* in *Questa Rivista*, 21 maggio 2019; M. C. RAZZANO, *La nomofilachia nel codice di giustizia contabile,* in *Questa Rivista,* 12 aprile 2022; I. VALENTINO, *La funzione nomofilattica della Corte dei conti, in particolare in sede di controllo. Commento alla sentenza 10/2019 della Corte dei conti,* in *Amministrazione e Contabilità,* 2021; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Nomofilachia, uniforme applicazione del diritto e funzioni della Corte dei conti,* in *Nuove Autonomie,* 1/2019, pp. 95-111.

[10] Corte dei conti, Sez. riun. spec. comp., sent. n. 20/2021/DELC. Commentano la sentenza G. MENEGUS, "*Ceci ce n'est pas una pipe", ovvero sulla "ritrovata" natura giurisdizionale del giudizio di parificazione,* in *Questa Rivista,* 1 giugno 2022; *ID*., *Commento a Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione sentenza n. 20/2021/DELC*, in *Questa Rivista*, n. 1/2022, che richiama sul punto M. CECCHETTI, *L'insopprimibile esigenza di una "disciplina processuale" per il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali*, in *Dir. e conti*, n. 1/2021, 14 ss., spec. 23.

[11] Delibera della Giunta regionale n. 494 del 25 novembre 2021; ricorso iscritto al n. 4 del registro dei conflitti fra enti del 2021.

[12] Delibera della Giunta regionale n. 8 dell'11 gennaio 2022; ricorso iscritto al n. 1 del registro dei conflitti fra enti del 2022.

lesione dell'autonomia regionale da parte delle Sezioni riunite in speciale composizione che, a seguito della promulgazione della legge regionale n. 26 del 2021 di approvazione del rendiconto dell'esercizio finanziario 2019, non hanno dichiarato improcedibile il giudizio di appello, ma si sono pronunciate nel merito accogliendo il ricorso della Procura Generale.

La Corte costituzionale si è pronunciata con sentenza n. 184 del 2022[13], depositata il 22 luglio 2022, dichiarando che "*spettava allo Stato – e per esso alla Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione – esercitare la funzione giurisdizionale e conseguentemente adottare la decisione resa pubblica, all'udienza del 7 ottobre 2021, con lettura del dispositivo, e poi emessa con la sentenza n. 20/2021/DELC*".

Nel frattempo, le Sezioni riunite territoriali rimettevano alle Sezioni riunite in sede di controllo (altra sezione centrale, con peculiari funzioni "nomofilattiche" in sede di controlli), la risoluzione del contrasto tra la citata sentenza n. 20 del 2021 delle Sezioni riunite in speciale composizione, che disponeva l'applicazione delle norme sul giudizio di conto nell'ottica di una lettura in senso giurisdizionale del giudizio di parifica, e l'orientamento delle medesime Sezioni riunite interpellate (competenti per il giudizio di parifica sul rendiconto dello Stato) e della Sezione delle autonomie che valorizzava, al contrario, la natura sostanziale del controllo tipica del giudizio di parifica, in un'ottica di funzione ausiliaria rispetto all'organo legislativo, salva l'applicazione meramente formale delle "norme generali" sui giudizi contabili.

Con delibera del 14 aprile 2022[14] l'organo nomofilattico si è pronunciato confermando l'orientamento che valorizza la natura di controllo della parificazione del rendiconto generale, nonostante si svolga con le formalità della giurisdizione contenziosa, ponendosi tuttavia in contrasto con quanto affermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2022.

Sulla scorta di quanto affermato, come si dirà, nel giudizio per conflitto di attribuzione tra enti dinanzi alla Corte costituzionale, la Procura generale presso la Corte dei conti ha impugnato la sentenza n. 20 del 2021 delle Sezioni riunite in speciale composizione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione per difetto di giurisdizione del giudice contabile a seguito dell'approvazione del rendiconto generale della Regione da parte dell'Assemblea Regionale della Sicilia, ai sensi dell'art. 111 comma 8 Cost. e 177 del codice di giustizia contabile.

La Procura lamentava l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera del legislatore per la mancata applicazione dell'art. 40 del R.D. n. 1214 del 1934 a favore di una norma di creazione giurisprudenziale e, in particolare, la confusione ingenerata dalla sentenza impugnata tra le funzioni di controllo e quella giurisdizionale della Corte dei conti. La sentenza impugnata, infatti, per evidenziare la natura giurisdizionale assunta dal giudizio di parificazione, aveva disposto la correzione della decisione di parifica affinché recasse nell'intestazione il termine "sentenza" e la formula "in nome del popolo italiano".

Al ricorso della Procura generale si è aggiunto quello della Regione siciliana.

Entrambi i ricorsi sono stati respinti con ordinanza 9 gennaio 2023, n. 304[15] delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

2. La natura giuridica del giudizio di parificazione: Corte costituzionale, sentenza n. 184 del 2022. Permanenza della giurisdizione contabile al sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto.

---

[13] G. GUIDA, *Giudizio di parifica del rendiconto regionale: la Corte costituzionale ribadisce la necessità di un giudizio sulla correttezza dei saldi. Prime note a Corte costituzionale 184/2022 sul conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Siciliana,* in *Questa Rivista*, 22 luglio 2022.

[14] Corte conti, Sez. riun. controllo, Delibera n. 5/SSRRCO/QMIG/22 del 14 aprile 2022.

[15] Sul punto si veda L. D'AMBROSIO, *Parifica Regione siciliana: si esprime anche la Cassazione*, in *Questa Rivista*, 20 gennaio 2023; M. CALARESU, *Prime riflessioni sull'ordinanza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 304/2023*, in *Questa Rivista*, 25 gennaio 2023.

Tra i diversi aspetti sui quali è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2022, merita attenzione la ricostruzione della natura del giudizio di parificazione e del rapporto con la legge di approvazione del rendiconto.

Nella prospettazione della Regione siciliana, la Corte dei conti in tale sede svolgerebbe una funzione referente ed ausiliaria rispetto all'assemblea legislativa. Tale giudizio sarebbe volto a dare certezza giuridica alle risultanze del bilancio contenute nel rendiconto regionale relativo all'anno precedente, predisposto dall'amministrazione, al fine di consentire all'organo legislativo regionale di effettuare il controllo politico sull'operato dell'esecutivo regionale in sede di approvazione del rendiconto con legge. La decisione di parifica costituirebbe pertanto il momento conclusivo dell'attività di controllo svolta dalla Sezione regionale di controllo ed un mero presupposto, seppur necessario ed ineludibile, per pervenire all'intangibilità del rendiconto, successivamente e autonomamente approvato dall'organo legislativo.

In tale contesto, secondo la tesi della Regione, l'adozione della legge regionale n. 26 del 2021 di approvazione del rendiconto avrebbe fatto venire meno l'esercizio del potere giurisdizionale connesso all'attività di parificazione della Corte dei conti con la conseguenza che la sentenza delle Sezioni riunite in speciale composizione n. 20 del 2021, pronunciatesi nonostante l'approvazione della legge regionale, avrebbe determinato un'indebita interferenza con la potestà legislativa regionale con potenziali effetti inibitori dell'efficacia della legge regionale stessa. La decisione si sarebbe infatti posta in contrasto con la natura ausiliaria del giudizio di parifica rispetto all'approvazione del rendiconto e sarebbe lesiva dell'intangibilità di quest'ultimo in quanto suscettibile di produrre effetti *erga omnes* contrari alla legge regionale.

Queste le ragioni che hanno portato la Regione a sollevare il conflitto di attribuzione tra enti dinanzi alla Corte costituzionale. In particolare, la Regione riteneva la decisione impugnata – dapprima il solo dispositivo e successivamente l'intera sentenza - lesiva delle attribuzioni costituzionali e statutarie e delle prerogative dell'Assemblea regionale siciliana che, ai sensi dell'art. 19, comma 3, dello Statuto regionale[16], ha il compito di approvare con legge il rendiconto generale della Regione. Censurava inoltre la violazione dell'art. 100 c.p.c. nella parte in cui pone come condizione dell'azione la sussistenza dell'interesse ad agire, che sarebbe venuto meno per effetto dell'entrata in vigore della legge regionale, oltre che dell'art. 150 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, che postula l'intangibilità del rendiconto approvato dall'Assemblea regionale.

Infine, la Regione lamentava la lesione del principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5, 118 e 120 Cost. per la potenziale conseguenza sanzionatoria che si avrebbe in sede giurisdizionale se le scelte di autocorrezione dell'ente operate sulla base delle indicazioni già fornite dalla Sezione regionale di controllo in sede di approvazione con legge del rendiconto potessero essere messe in discussione in sede di giudizio contabile successivo al "controllo collaborativo".

In disparte le statuizioni sulle eccezioni di inammissibilità del Presidente del Consiglio dei Ministri e l'ammissibilità dell'intervento[17] nel giudizio della Procura generale della Corte dei conti[18], la Corte

[16] Regio d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455, convertito in legge cost. 26 febbraio 1948, n. 2.

[17] La Corte ha dichiarato l'ammissibilità dell'intervento del Procuratore generale della Corte dei conti, richiamando la giurisprudenza che dispone in tal senso (Corte cost., sent. n. 90 del 2022), qualora egli sia parte del giudizio ordinario la cui decisione è oggetto del conflitto. Poiché l'esito del giudizio è suscettibile di incidere sul potere del PM contabile di impugnare la decisione di parificazione del rendiconto generale regionale adottata dalla sezione regionale di controllo, la Corte ha ammesso la possibilità di far valere le proprie ragioni personalmente nel giudizio.

[18] Occorre tuttavia anticipare che in tale sede la Procura generale della Corte dei conti ha sostenuto l'inammissibilità dei ricorsi non rinvenendosi nelle motivazioni del ricorso un conflitto di attribuzione tra enti quanto piuttosto una contestazione inerente alla provvista di giurisdizione della Corte dei conti, la cui competenza a pronunciarsi è delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8 Cost., pertanto successivamente adite. Secondo la Procura generale, la sentenza delle sezioni riunite in speciale composizione avrebbe illegittimamente prodotto effetti conformativi sulla legge regionale nel frattempo approvata, rideterminando alcuni saldi del rendiconto. Secondo tale

ha identificato l'oggetto del giudizio non nel potere di impugnativa *ex* art. 11, comma 6, lett. e) del Codice di giustizia contabile, bensì nelle modalità e nella tempistica della pronuncia intervenuta a seguito – e nonostante – l'approvazione del rendiconto generale regionale con legge reg. n. 26 del 2021, che, nella prospettazione della ricorrente, avrebbe fatto venire meno i presupposti per l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte delle sezioni riunite.

La Corte costituzionale ha ritenuto i ricorsi per conflitto di attribuzioni tra enti non fondati sulla base di una ricostruzione della natura del giudizio di parificazione del rendiconto regionale diametralmente opposta rispetto a quella prospettata dalla Regione.

Prendendo le mosse da un precedente ancora attuale[19] e dall'evoluzione normativa che ha segnato l'estensione del giudizio di parificazione per il rendiconto dello Stato, previsto dall'art. 40 del r.d. 1214 del 1934, ai rendiconti delle regioni a statuto ordinario ai sensi del d.lgs. n. 174 del 2012, la Corte ha innanzitutto richiamato i tratti caratterizzanti di tale giudizio, che si svolge "nelle forme della giurisdizione contenziosa", dunque nella "previa trattazione in udienza pubblica, con la partecipazione del Procuratore generale, in contraddittorio dei rappresentanti dell'Amministrazione", tenuto conto della potenziale lesività delle decisioni di parificazione delle sezioni regionali di controllo e della necessaria tutela della legalità finanziaria[20]. Ha pertanto riconosciuto la possibilità di impugnare la decisione resa dalle sezioni regionali di controllo dinanzi alle sezioni riunite in speciale composizione ai sensi dell'art. 11, comma 6, lett. e) del c.g.c.

Del resto, tale norma non sarebbe altro che una positivizzazione di una prassi già consolidata nella giurisprudenza contabile[21], che ne ravvisava il fondamento nel riconoscimento di un raccordo tra le due funzioni costituzionalmente attribuite alla Corte dei conti dagli artt. 100 e 103, co.3, Cost.: quella di controllo e giurisdizionale. La Corte dei conti ha infatti affermato la coerenza della giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione sulle delibere di parificazione delle Sezioni regionali di controllo con la giurisdizione esclusiva in materia di contabilità pubblica, che si pone come "elemento complementare delle funzioni di controllo in un disegno volto a garantire maggiore effettività ai controlli esterni sulle autonomie territoriali"[22].

Quanto alla funzione del giudizio di parifica dei rendiconti regionali, la Corte ha riconosciuto quella originaria di controllo-garanzia della conformità alla legge di bilancio dei risultati di amministrazione, assegnata dall'art. 39 del r.d. n. 1214 del 1934, che, a seguito dell'introduzione con legge di revisione costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 dei fondamenti della legalità costituzionale finanziaria, ha visto rafforzare quei caratteri del procedimento che lo hanno reso ascrivibile al novero dei controlli "di legittimità-regolarità" dei bilanci[23], volti a verificare il rispetto di parametri normativi, anche costituzionali, in vista della tutela della stabilità finanziaria e degli stessi enti controllati.

La Corte costituzionale configura pertanto la decisione di parifica quale "risultato dell'esercizio di una funzione di controllo-garanzia, a esito dicotomico (parifica/non parifica), cui accede l'eventuale impugnativa, in vista dell'obiettivo di assicurare la conformità dei fatti di gestione rappresentati nel

---

prospettazione, i ricorsi contesterebbero in ultima analisi la possibilità di sindacare una legge da parte delle sezioni riunite della Corte dei conti.

[19] Corte cost., sentenza n. 121 del 1966.

[20] La Corte richiama Corte cost. sentenze n. 196 del 2018 e n. 89 del 2017.

[21] Sul punto si vedano Corte dei conti, Sez. riun. giur. spec. comp., sent. 15 dicembre 2017, n. 44/2017/EL; *Id*., sent. 28 luglio 2014, n. 27/2014/EL.

[22] Corte dei conti, Sez. riun. giur. spec. comp., sent. n. 44/2017/EL. Significativamente, la Corte ribalta sui ricorrenti il precedente che la Regione citata a sostegno della sua tesi. Il precedente più significativo, peraltro, sul collegamento tra giurisdizione e controllo, attraverso il giudizio sul bilancio è costituito da Corte dei conti, Sez. riun. giur. spec. comp., sent. n. 2/2013/EL.

[23] La Corte richiama la sentenza Corte cost., sentenze n. 101 del 2018 e n. 189 del 2020, in vista della tutela della stabilità finanziaria e degli stessi enti controllati.

rendiconto al diritto del bilancio e, in specie, ai principi della legalità costituzionale in tema di finanza pubblica".

La Corte aderisce dunque alla lettura del giudizio di impugnazione delle decisioni delle Sezioni regionali in unico grado, caratterizzato da due fasi: una prima necessaria ed officiosa svolta dal collegio regionale ed una seconda, eventuale, in caso di impugnazione[24]. Il controllo sarebbe pertanto fase necessaria all'esercizio della giurisdizione contabile, non trattandosi però di una "giurisdizionalizzazione" della funzione di controllo, ma di necessaria esplicazione in forma giurisdizionale di tale attività[25].

Quanto alle reciproche interferenze tra la legge regionale di approvazione del rendiconto e la decisione delle Sezioni riunite a seguito dell'impugnazione sui fatti di gestione, lamentata dalla Regione, la Corte, richiamando proprio precedente[26], rammenta che le "sfere di competenza" della regione e della Corte dei conti sono distinte e non confliggenti: l'Assemblea legislativa svolge il controllo politico delle scelte finanziarie dell'esecutivo; la Corte il controllo di legittimità-regolarità del risultato di amministrazione su cui si basa il rendiconto, alla luce dei principi costituzionali di stabilità finanziaria. Quest'ultimo non può venire meno per il sopravvento della legge regionale, in quanto il giudice contabile, quale organo di garanzia della legalità nell'utilizzo di risorse pubbliche, deve assicurare il rispetto dei principi costituzionali sull'equilibrio di bilancio. La legge regionale, in altri termini, non "interrompe" la sussistenza della giurisdizione contabile e i relativi contenuti si collocano sul piano della responsabilità politica. La precisazione pare importante, specie se si considera altra pronuncia del giudice costituzionale, intervenuta su un caso certo diverso, che ha per contro accolto il ricorso per conflitto di attribuzione proposto dalla Regione Valle d'Aosta avverso una sentenza di condanna per responsabilità amministrativa pronunciata dalla Corte dei conti nei confronti dei consiglieri regionali che avevano approvato una deliberazione di ricapitalizzazione di una società partecipata decotta[27]. In quel caso, con una eccentrica riproposizione della categoria dell'atto politico, il giudice delle leggi ha per contro escluso la sussistenza della giurisdizione contabile, invocando a sostegno le previsioni dello Statuto speciale della Regione dedicate alla insindacabilità dei voti dati e delle opinioni espresse dai consiglieri regionali[28].

Ritornando al caso in esame, la Corte costituzionale ha chiarito che il controllo della giurisdizione contabile non sarebbe dunque influenzato – limitato, escluso – dall'approvazione della legge regionale, né a sua volta avrebbe il potere di incidere sulla potestà legislativa costituzionalmente attribuita alle Assemblee regionali, che esercitano la propria competenza legislativa "in piena autonomia politica, senza che organi a ess[e] estranei possano né vincolarla né incidere sull'efficacia degli atti che ne sono espressione"[29].

L'accertamento della irregolarità o illegittimità dei dati contabili oggetto della decisione di parifica impugnata è volto a fornire anche all'ente controllato dati contabili corretti, tali da consentire all'ente di intervenire in sede di assestamento o nei successivi bilanci di previsione e rendicontazioni, in linea

---

[24] Per un approfondimento sull'articolazione della struttura bifasica del giudizio in unico grado, tra il riconoscimento del carattere giurisdizionale da parte della letteratura e della giurisprudenza e un critico precedente della Corte di giustizia di valorizzazione della funzione amministrativa in sede di controllo, si veda S. FOÀ, *La giurisdizione delle sezioni riunite in speciale composizione. Dalla tradizione cavouriana al dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. Corte conti,* Quaderni, 2/2022, pp. 139 s.

[25] Così L. D'AMBROSIO, *La parifica dei rendiconti regionali: certezza dei saldi,* in *Riv. Corte conti*, 4/2022, p. 196.

[26] Corte cost., sentenza n. 72 del 2012.

[27] Corte cost., sentenza n. 90 del 11 aprile 2022(Pres. Amato, Rel. Sciarra).

[28] A commento critico S. FOÀ, *Gli atti e le responsabilità degli organi di governo pubblici*, in M. ANDREIS, G. CREPALDI, S. FOÀ, R. MORZENTI PELLEGRINI, M. RICCIARDO CALDERARO (a cura di), *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, Torino, 2023, Vol. I, pp. 34 ss., spec. 56 ss.; cfr. anche A. DI RENZO, *La Corte costituzionale annulla la sentenza con la quale la Corte dei conti aveva accertato la responsabilità amministrativa dei consiglieri regionali di una regione autonoma che avevano votato a favore dell'approvazione di una delibera di ricapitalizzazione di società per azioni a totale partecipazione pubblica*, in *Riv. corte conti*, 3, 2022, pp. 196 ss.

[29] Così Corte cost., sent. n. 39 del 2014.

con il principio di continuità del bilancio. Questo, afferma la Corte costituzionale, "tanto più in considerazione della natura di bene pubblico del bilancio stesso"[30].

La Corte prospetta dunque le eventuali conseguenze della mancata adozione di interventi correttivi tali da pregiudicare gli equilibri di bilancio ed i principi di stabilità finanziaria: ciò potrebbe determinare un'eventuale impugnativa della legge regionale dinanzi alla stessa Corte, sia in via principale su ricorso del Governo, sia in via incidentale da parte della medesima sezione regionale di controllo o delle sezioni riunite della Corte in speciale composizione in sede di parifica del successivo rendiconto generale.

In conclusione, la Corte costituzionale ha rigettato il ricorso proposto dalla Regione siciliana non ritenendo che la decisione impugnata, adottata successivamente - e nonostante - l'approvazione del rendiconto generale con legge regionale, abbia interferito con la competenza dell'Assemblea regionale, né che abbia determinato alcuna lesione delle sue attribuzioni o *vulnus* al principio di leale collaborazione, in quanto non incidente sul suo contenuto né sulla sua efficacia.

3. L'inserimento nel perimetro sanitario di una spesa estranea ai LEA: Corte costituzionale, sentenza n. 233 del 2022. La legge regionale incide sull'oggetto della parificazione.

Nell'ambito del giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione siciliana per l'esercizio finanziario 2019 è intervenuta anche la sentenza della Corte costituzionale n. 233 del 2022[31], depositata il 21 novembre 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge regionale Siciliana n. 3 del 2016.

La questione era già stata sollevata dalla Procura contabile, ma ritenuta inammissibile ed irrilevante dalle Sezioni riunite per la Regione siciliana della Corte dei conti nella deliberazione di parificazione del rendiconto del 2019[32]. È stata tuttavia successivamente riproposta dalla Procura generale della Corte dei conti presso la Sezione di appello della Regione siciliana nel ricorso alle sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione avverso la decisione delle sezioni riunite n. 6 del 2021.

La norma censurata stabiliva l'autorizzazione, a decorrere dall'esercizio finanziario 2016, all'utilizzo di una quota del Fondo sanitario per il finanziamento delle quote residue di capitale ed interessi di un prestito sottoscritto con il MEF, risalente alla Finanziaria 2008 (l. n. 244/2007, art. 2, co. 46), in una situazione di gestione della sanità di alcune regioni altamente deficitaria. L'inserimento di tale spesa per l'ammortamento dell'erogazione finanziaria nel perimetro sanitario previsto dall'art. 20 del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, che garantisce alle Regioni di essere in grado di assicurare i livelli essenziali di assistenza (LEA) e rispondere in modo trasparente dei risultati della gestione sanitaria senza confusione con quella ordinaria, avrebbe alterato la corretta perimetrazione del finanziamento del servizio sanitario della Regione ed inciso sulla corretta determinazione del risultato di amministrazione, ossia sull'oggetto del giudizio di parificazione.

Il citato art. 20 costituirebbe parametro interposto di costituzionalità con riferimento alla competenza statale esclusiva sull'armonizzazione dei bilanci pubblici diretto a garantire sia la trasparenza sulle quantità e modalità di impiego di risorse destinate ai LEA, sia la loro erogazione nel tempo, assicurando il bilanciamento tra tutela della salute (art. 32 Cost.) ed equilibrio finanziario (art. 81 e 119 Cost).

La sentenza della Corte costituzionale si pone in linea di continuità con la n. 184 del 2022 appena analizzata. In disparte la pregiudizialità che ne ha determinato la richiesta di sospensione del giudizio da parte della Regione, poi superata per l'intervenuta pubblicazione della sentenza n. 184, la Corte,

---

[30] Il richiamo è alla sentenza della Corte cost. n. 184 del 2016.

[31] A commento C. CHIAPPINELLI, *Rilevanza costituzionale della perimetrazione contabile sanitaria a tutela dei livelli essenziali di assistenza,* in *Ius et Salus*, n. 3/2022.

[32] Corte conti, Sez. riun. Reg. Sic., Deliberazione n. 6 del 18 giugno 2021.

nell'affermare la rilevanza della questione, specifica, richiamando espressamente la precedente pronuncia, che "l'oggetto del giudizio di parificazione è la validazione del risultato di amministrazione, mediante un controllo di legittimità e/o regolarità dei dati contabili".

Inoltre, nel ritenere priva di fondamento l'eccezione di inammissibilità della difesa regionale sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio *a quo* per la sopravvenuta promulgazione della legge regionale di approvazione del rendiconto, richiama la sentenza n. 184 sull'assenza di reciproche interferenze e ostacoli tra legge di approvazione del rendiconto e decisione nel giudizio di parificazione del rendiconto regionale.

Le questioni sollevate con riferimento agli artt. 81, sesto comma e 119, quarto[33] e sesto comma Cost. sono state ritenute inammissibili dalla Corte.

È invece stata ritenuta fondata la questione sollevata in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e) Cost. in relazione alla norma interposta di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 118 del 2011, perché la disposizione censurata, correlando ad una entrata sanitaria una spesa estranea a tale ambito avrebbe alterato la struttura del perimetro sanitario prescritto dalla norma interposta con elusione della finalità di armonizzazione contabile.

Ed infatti, la citata norma interposta "stabilisce condizioni indefettibili nella individuazione e allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni"[34] con "l'impossibilità di destinare risorse correnti, specificamente allocate in bilancio per il finanziamento dei LEA, a spese, pur sempre di natura sanitaria, ma diverse da quelle quantificate per la copertura di questi ultimi"[35]. L'eccezione prevista dall'art. 30, comma 1, terzo periodo, del d.lgs. n. 118 del 2011 per le regioni che, gestendo "in maniera virtuosa ed efficiente le risorse correnti destinate alla garanzia dei LEA" e conseguendo sia la qualità delle prestazioni erogate sia i risparmi nel bilancio, possono legittimamente mantenere i risparmi ottenuti e destinarli a finalità sanitarie più ampie, non è stata ritenuta configurabile nella questione oggetto di legittimità costituzionale.

Ciò dipende dalla diversa natura delle due operazioni. Afferma infatti la Corte che il debito regionale preesistente, da estinguere immediatamente con le risorse anticipate, era attinente al settore sanitario, mentre il debito di restituzione della liquidità, oggetto della norma censurata, "ha invece un carattere meramente finanziario, in quanto diretto a rimborsare lo Stato e non più i fornitori del servizio sanitario". Il prestito concesso con la finanziaria del 2008 "ha fronteggiato le esigenze di cassa, al fine di consentire alle regioni di estinguere debiti sanitari già iscritti nel loro bilancio o in quello dei loro enti, per cui si è caratterizzato per un vincolo di destinazione che si è impresso sul necessario utilizzo delle somme oggetto del finanziamento per pagare tempestivamente i debiti pregressi della sanità". Il rimborso del prestito statale "ha invece quale causa la mera (e neutrale) restituzione delle somme prestate e, dunque, rispondendo ad una pura logica finanziaria, è del tutto estraneo al vincolo di destinazione riferito alle spese sanitarie".

La Corte inoltre evidenzia, richiamando un proprio precedente[36], che attraverso la norma censurata si realizza una diminuzione delle risorse per i LEA e conseguente ampliamento della capacità di spesa nel settore non sanitario del bilancio regionale, su cui invece dovrebbe gravare l'onere dell'ammortamento del prestito. La legge regionale ha quindi inciso sull'oggetto della parificazione, alterando il risultato di amministrazione.

La Corte ha inoltre ritenuto fondata la questione sollevata in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., in quanto l'inclusione nel perimetro sanitario di una spesa estranea

---

[33] Per un commento in senso critico della inammissibilità delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 81, co. 6 e 119, co. 4 Cost, si veda G. BOGGERO, *Rimborsare un prestito con i fondi per i LEA viola (anche) l'autonomia finanziaria di Regione e aziende sanitarie,* in corso di pubblicazione su *Giur. Cost.,* 2023.

[34] Corte cost., sent. n. 197 del 2019.

[35] Corte cost., sent. n. 132 del 2021.

[36] Corte cost. sent. n. 181 del 2015, laddove l'improprio utilizzo da parte del legislatore regionale delle risorse ottenute a titolo di anticipazione di liquidità per l'estinzione di debiti commerciali, anche del settore sanitario, portava ad ampliare la spesa di competenza dell'esercizio.

avverrebbe distratto dalla loro originaria finalità le specifiche risorse ordinarie destinate alle spese correnti per il finanziamento e la garanzia dei LEA. Richiamando un proprio precedente[37], la Corte afferma che a nulla rileva che l'erogazione dei LEA sarebbe comunque stata assicurata, in quanto, nonostante il raggiungimento degli indicatori ministeriali, "la Regione Siciliana presenta gravi criticità in relazione a singole categorie di prestazioni", con la conseguenza che nel periodo considerato non vi è stata la integrale erogazione dei LEA sul territorio siciliano.

La sentenza si pone nel solco dell'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale che riconosce nei LEA standard minimi che devono essere assicurati uniformemente in tutto il territorio nazionale[38], con possibilità per le Regioni soltanto di migliorare tali livelli di prestazione[39], senza che in tale ambito ricadano altre prestazioni, anche se connesse latamente al diritto alla salute[40].

4. La natura giuridica e i profili processuali del giudizio di parifica secondo le Sezioni riunite di controllo.

Come si è sopra evidenziato, la nomofilachia interna alla Corte dei conti, si mostra "eccentricamente policentrica"[41]. A fronte della nomofilachia sul controllo e sul il diritto del bilancio che spetterebbe alla Sezioni riunite in speciale composizione, negli ambiti di competenza indicati dall'art. 11 comma 6 c.g.c., se ne affiancano altre correlate a funzioni tradizionali, di tipo consultivo o refertistico, di altre Sezioni (la Sezione delle autonomie e le Sezioni riunite "in sede di controllo").

In un siffatto quadro di competenze, non del tutto chiaro ed intellegibile, con ordinanza n. 1 del 2022 le Sezioni riunite per la Regione siciliana della Corte dei conti hanno sollecitato la peculiare funzione nomofilattica delle Sezioni riunite in sede di controllo[42]. Le questioni interpretative sollevate attenevano all'applicazione di norme processuali al giudizio di parifica sul presupposto di un eventuale riconoscimento delle funzioni giurisdizionali esercitate in tale sede dalle Sezioni regionali di controllo.

---

[37] Corte cost., sent. n. 62 del 2020.

[38] Corte cost., 10 maggio 2012, n. 115; Corte cost., 1 luglio 2015, n. 125.

[39] Corte cost., 10 maggio 2012, n. 115; Corte cost., 16 luglio 2016, n. 141.

[40] Corte cost., 23 luglio 2015, n. 181; Corte cost., 18 aprile 2019, n. 94; Corte cost., 10 aprile 2020, n. 62; Corte cost., 27 luglio 2020, n. 166; Corte cost., 12 marzo 2021, n. 36; Corte cost., 25 giugno 2021, n. 132; Corte cost., 30 giugno 2022, n. 61.

[41] Inducendo il rischio della nomotesia, cioè a perplesse modificazioni del *nomos* indotte dai contrasti ermeneutici. Sulla differenza tra nomofilachia e nomotesia, E. CARBONE, *Quattro tesi sulla nomofilachia*, in *Pol. Dir.*, n. 4/2004, 599 ss.

[42] Per la ricostruzione delle particolari origini, natura e funzioni delle Sezioni riunite "in sede di controllo", si rinvia a F. SUCAMELI*, Il Giudice del bilancio*, Napoli, 2022 p. 54 e ss. il quale osserva «*le Sezioni riunite "in sede di controllo" sono un organo del tutto distinto dalle Sezioni riunite del T.U. n. 1214/1934, che con esse hanno in comune soltanto il "nomen", L'art. 17, comma 31, del d.l. 78/2008 (convertito in legge 102/2009) prevede per tale organo, istituito in via regolamentare, una competenza nomofilattica negli ambiti del "coordinamento della finanza pubblica"*» p. 122. Per altro verso, ricostruisce l'Autore, nasce "per partenogenesi regolamentare" dalle Sezioni riunite previste dal Testo unico (competenti per il giudizio di parifica dello Stato) «*Il regolamento adottato con deliberazione delle stesse Sezioni Riunite n. 14/DEL/2000 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 2000, n. 156, c.d. "regolamento del 2000") ha infatti istituito le Sezioni riunite "in sede di controllo". L'art. 6 del "regolamento del 2000" ha stabilito che tale nuovo organo sia composto in maniera «da assicurare la rappresentatività delle varie componenti del controllo», senza la partecipazione di alcun componente attivo nelle sezioni che svolgono esclusivamente funzioni giurisdizionali. L'operazione fu quindi interna, attribuendo ad un soggetto giudiziario di nuova istituzione lo stesso nome, ma proprie competenze, presidenze e organizzazione autonome*». Sulla ricerca di un'unica nomofilachia, S. FOÀ*, La giurisdizione delle sezioni riunite in speciale composizione*, cit., 135 ss. Solo gli interventi legislativi successivi «*hanno "legittimato" le Sezioni riunite "in sede di controllo", peraltro, sono sempre occasionali e disorganici, privi di respiro sistematico. Prevalentemente, essi riguardano competenze refertuali e consultive, in continuità con la legge n. 20/994: cfr. ad es. l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 93/2008 (conv. l. n. 126/2008) e, di recente, le competenze assegnate in materia di società a partecipazioni pubblica di rilievo statale (art. 5 d.lgs. n. 175/2016). Più di recente cfr. l'art. 85 comma 6, del d.l. n.18/2020, (conv. in l. n. 27/2020); art. 8 d.l. n. 105/2021 (conv. in l. n. 126/2021)*».

I quesiti vertevano, in particolare, sull'applicazione a tale giudizio delle disposizioni sui giudizi di conto, stante l'assenza di una disciplina legislativa di tale istituto.

In sostanza, è stata rimessa la risoluzione del contrasto tra la citata sentenza n. 20 del 2021 delle Sezioni riunite in speciale composizione, che ha disposto l'applicazione delle norme sul giudizio di conto nell'ottica di una lettura in senso giurisdizionale del giudizio di parifica, e l'orientamento degli organi nomofilattici che valorizzano, al contrario, la natura sostanziale del controllo tipica del giudizio di parifica, in un'ottica di funzione ausiliaria rispetto all'organo legislativo, anche se la "delibera", quale atto conclusivo del procedimento di parifica, viene resa nella formalità della giurisdizione contenziosa, che non avrebbe altro effetto se non quello di rendere intangibili, con efficacia di giudicato, le risultanze del rendiconto generale[43]. Tale ultima prospettazione sulla natura per così dire "ibrida" del giudizio di parifica, che non costituirebbe procedimento giurisdizionale in senso stretto, si pone in linea di continuità con l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione che fanno riferimento alla natura "non giurisdizionale né di atto amministrativo della delibera che conclude il giudizio di parificazione delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti"[44]. Aderiscono a tale orientamento le pronunce delle SSRR in sede giurisdizionale in speciale composizione[45] che fanno rientrare tale giudizio nell'alveo delle funzioni di controllo della Corte, nonostante la fase conclusiva si manifesti con le forme della giurisdizione.

Nella sentenza n. 20 del 2021 le Sezioni riunite in speciale composizione hanno, al contrario, valorizzato la natura giurisdizionale dell'attività di parificazione anche innanzi alle Sezioni regionali di controllo ed evidenziato la struttura di processo in unico grado dinanzi a due giudici diversi, da cui discenderebbe l'assimilazione ad una sentenza della decisione della sezione regionale di controllo sulla parifica, tanto da ritenere necessaria l'intestazione che la connota. La valorizzazione del richiamo alle "formalità della giurisdizione contenziosa" ha portato le Sezioni riunite in speciale composizione a ritenere applicabili alla decisione del giudizio di parificazione le norme relative al giudizio sui conti[46]. Ciò sulla base dell'assimilazione dei due giudizi, caratterizzati entrambi dal carattere necessario ed officioso, dalla struttura litigiosa, dall'identità di causa *petendi* e di *petitum*: l'adempimento concreto di una obbligazione di resa del conto prevista dalla legge, in relazione alla gestione di risorse pubbliche la prima; il dovere del giudice di emanare una decisione di accertamento che renda definitivi i saldi del conto e la loro perimetrazione il secondo.

Con delibera n. 5 del 14 aprile 2022[47], che dovrà essere rivista alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2022 successivamente intervenuta, il diverso e antagonista organo nomofilattico ha confermato un suo consolidato orientamento che valorizza la natura di controllo "non giurisdizionale" della parificazione del rendiconto generale, nonostante si svolga con le formalità della giurisdizione contenziosa. Ciò richiamando pronunce delle Sezioni Riunite in sede di controllo[48], nonché della Sezione autonomie[49], delle Sezioni Unite della Cassazione[50] e della Corte costituzionale[51], oltre al quadro normativo e, in particolare, la collocazione topografica di detta disciplina, posta in un capo a sé stante del richiamato Testo Unico, distinto dall'attività di controllo e da quella giurisdizionale. Pertanto, evidenziando le differenze tra il giudizio di parificazione ed il giudizio di conto, non ha ritenuto possibile un'elaborazione in via pretoria di una "puntuale e formalizzata procedimentalizzazione del giudizio di parificazione che valga a colmare la supposta

[43] Corte conti, SSRR sede controllo, deliberazione 7/QMIG/2013.
[44] Cass., Sez. Un., sent. n. 2307 del 31 ottobre 2014 e n. 22645 del 25 novembre 2016.
[45] Corte conti, SSRR spec. comp., sentenze n. 44/2017/EL e SSRRCC (7/SSRRCC/2013/QMIG).
[46] Sulla riconduzione del giudizio di parificazione del rendiconto regionale all'archetipo del giudizio di conto, Corte conti, Sez. reg. controllo Reg. Campana, decisione n. 5/2021/PARI.
[47] Corte conti, SS.RR. controllo, delibera n. 5/SSRRCO/QMIG/22 del 14 aprile 2022.
[48] Corte conti, SS.RR. in sede di controllo, delibera n. 7/SSRRCO/QMIG/13.
[49] Corte conti, Sez. Autonomie, 9/SEZAUT/2013/INPR e 14/SEZAUT/2014/INPR.
[50] Cass., Sez.Un., sent. n. 23072 del 2014 e n. 22245 del 2016.
[51] Corte cost., sent. n. 72 del 2012; *id*., sent. n. 196 del 2018; *id*., sent. n. 189 del 2020.

lacunosità della risalente disciplina di cui ai citati artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934". In sostanza, l'inquadramento del giudizio di parificazione all'interno del "ciclo di bilancio" preclude l'applicazione degli istituti processuali, tra cui il giudizio di conto, che connotano la funzione giurisdizionale, in quanto questa "non ammette lo stretto condizionamento temporale che qualifica la scansione degli strumenti legislativi della manovra di bilancio", a differenza della funzione di controllo.

La decisione della Corte dei conti si pone in parziale contrasto con quanto affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2022 successivamente intervenuta in materia. Ed infatti, mentre la decisione di tale organo nomofilattico ritiene prevalente la funzione di referto della parifica, intesa come ausiliaria alla decisione legislativa, la sentenza del Giudice delle leggi ha delineato la netta distinzione tra la decisione di parifica e la legge di approvazione del rendiconto.

A differenza della decisione in funzione nomofilattica che insiste sulla necessaria distinzione, sia sul piano organizzativo-istituzionale, sia su quello operativo-funzionale, delle due funzioni di controllo e giurisdizionali della Corte dei conti, nonostante siano entrambe volte alla tutela delle risorse pubbliche, la sentenza della Corte costituzionale aderisce invece ad una lettura del giudizio di parificazione in unico grado che discende da una sostanziale integrazione delle funzioni di controllo e giurisdizione di cui agli artt. 100 e 103 Cost., con la conseguenza che anche quando svolge funzione di controllo di regolarità contabile sui rendiconti, il giudice contabile deve necessariamente esercitare la sua funzione giurisdizionale[52].

Ulteriori profili di interesse della decisione delle Sezioni riunite in sede di controllo riguardano la necessità della scansione temporale del giudizio di parificazione. La parifica, dovendo intervenire prima dell'approvazione del rendiconto, necessariamente incide sui tempi di approvazione dello stesso, inserendosi nel ciclo del bilancio. Da tale ricostruzione parrebbe dedursi che la Regione potrebbe approvare il rendiconto senza attendere il giudizio della Corte dei conti. Di segno contrario, invece, la pronuncia della Corte costituzionale, secondo cui la Regione non può approvare il rendiconto sottraendosi al giudizio stesso[53].

5. L'epilogo del "caso Sicilia": le Sezioni Unite della Cassazione e le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale.

La Procura generale presso la Corte dei conti ha inoltre impugnato la sentenza n. 20 del 2021 delle sezioni riunite in speciale composizione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 111 comma 8 Cost. e 177 del codice di giustizia contabile, sostenendo il difetto di giurisdizione del giudice contabile a seguito dell'approvazione del rendiconto generale della Regione da parte dell'Assemblea Regionale della Sicilia.

La Procura lamentava l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera del legislatore in conseguenza della decisione delle Sezioni riunite in speciale composizione nonostante fossero prive di poteri giurisdizionali stante l'intervenuta approvazione della legge regionale n. 26 del 2021.

Veniva censurata la mancata applicazione dell'art. 40 del R.D. n. 1214 del 1934 a favore di una norma di creazione giurisprudenziale e, in particolare, la confusione ingenerata dalla sentenza impugnata tra le funzioni di controllo e quella giurisdizionale della Corte dei conti. Tale pronuncia infatti, per evidenziare la natura giurisdizionale assunta dal giudizio di parificazione, aveva disposto la correzione della decisione di parifica affinché recasse nell'intestazione il termine "sentenza" e la formula "in nome del popolo italiano".

Al ricorso della Procura generale si è aggiunto quello della Regione siciliana.

---

[52] Ciò non costituirebbe una giurisdizionalizzazione della funzione del controllo, ma una necessaria esplicazione in forma giurisdizionale dell'attività di controllo. Così L. D'AMBROSIO, *La parifica dei rendiconti regionali: certezza dei saldi,* in *Riv. Corte conti,* 4/2022, p. 196.

[53] Sul punto si veda L. D'AMBROSIO, cit., pp. 194 s.

Entrambi i ricorsi sono stati respinti con ordinanza 9 gennaio 2023, n. 304[54] delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che si inserisce nel dibattito sulla natura giuridica della parificazione del rendiconto generale delle Regioni e conferma le tesi sostenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2022.

Quanto all'oggetto del giudizio, le Sezioni Unite affermano che questo consiste nel "ciclo d'informazioni in cui consiste il bilancio, di modo che ad essere impugnato non è l'atto sottoposto a controllo, ma l'effetto giuridico conseguente al riscontro dello stato del bilancio", in ciò a dire il vero discostandosi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2022 che aveva invece precisato che esso consista nella validazione del risultato di amministrazione.

Paiono confermate, con espressi richiami nel corso nella motivazione, la ricostruzione del peculiare giudizio in unico grado articolato in due fasi di cui quella conseguente all'impugnazione meramente eventuale ad istanza della parte che ne abbia interesse, così come la configurazione della decisione "quale risultato dell'esercizio di una funzione di controllo-garanzia ad esito dicotomico cui accede l'eventuale impugnativa", e altresì la distinzione e l'assenza di reciproche influenze tra le sfere di competenza della Regione e della Corte dei conti e la permanenza del potere del giudice contabile nonostante il "*sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto generale, proprio in quanto strumentale ad assicurare il rispetto dei precetti costituzionali sull'equilibrio di bilancio*". È pertanto ribadita la funzione giurisdizionale del giudizio di parificazione e la competenza della Corte dei conti ad esercitare il sindacato giurisdizionale in materia di controllo di legittimità e regolarità dei risultati di amministrazione delle regioni.

In tale contesto, pertanto, la pronuncia delle Sezioni riunite "in sede di controllo" si pone come una parentesi superata sia dalla sentenza della Corte costituzionale, sia da quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno registrato l'epilogo del contenzioso sul giudizio di parificazione del rendiconto della Regione siciliana. In ragione delle premesse sancite in tali ultime pronunce sulla natura del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, dovrà essere rivisto il profilo dell'applicazione degli istituti processuali che connotano l'esercizio della funzione giurisdizionale. Tale lettura sistematica è stata peraltro da ultimo ribadita dalla stessa Corte costituzionale, con sentenza 8 maggio 2023, n. 89[55], anch'essa riferita alla legittimità costituzionale di altra legge regionale siciliana. Con tale ultima pronuncia la Corte ha rimarcato l'esigenza del rispetto della garanzia della tutela «assicurata dal fondamentale principio dell'art. 24 Cost.»[56], riguardo a pronunce di accertamento delle sezioni regionali di controllo aventi effetti non collaborativi, ma imperativi e suscettibili di ledere situazioni giuridiche soggettive dei soggetti controllati, richiamando al riguardo, con specifico riferimento al giudizio di parificazione, la sentenza n. 184 del 2022 sopra analizzata. In tale occasione il giudice delle leggi ha ricostruito la giurisprudenza delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione, qualificando l'art. 11, comma 6, lettera e), c.g.c. come «una clausola ricognitiva elastica di fattispecie riconducibili alla materia della contabilità pubblica e oggetto di cognizione, in sede di controllo, da parte delle articolazioni regionali della Corte dei conti»[57]; hanno conseguentemente ritenuto «ammissibile, in base ad essa, l'impugnazione di deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo non riconducibili alle categorie individuate

[54] Sul punto si veda L. D'AMBROSIO, *Parifica Regione siciliana: si esprime anche la Cassazione*, in *Questa Rivista*, 20 gennaio 2023; M. CALARESU, *Prime riflessioni sull'ordinanza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 304/2023*, in *Questa Rivista*, 25 gennaio 2023.

[55] Pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, secondo periodo, della legge della Regione Siciliana 24 settembre 2021, n. 24 (Disposizioni per il settore della forestazione. Disposizioni varie), promosso dalla Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Siciliana, con ordinanza del 3 febbraio 2022,

[56] Corte cost., sentenza n. 39 del 2014. Tra i commenti, G. D'AURIA, *Dai controlli «ausiliari» ai controlli «imperativi» e «cogenti» della Corte dei conti nei confronti delle autonomie locali e degli enti sanitari*, in *Foro it.*, 2015, I, 2674 ss.

[57] Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, sentenza 15 dicembre 2017, n. 44.

puntualmente dalle altre previsioni dell'art. 11 e, segnatamente, dalle lett. a) e d)[58], purché rientranti nella "materia della contabilità pubblica"[59].

[58] Corte conti, SS.RR. spec. comp., 20 febbraio 2018, n. 7.
[59] Corte conti, SS.RR. giur. spec. comp,, sentenza 22 maggio 2019, n. 16.

LA CORTE COSTITUZIONALE GARANTE DEI CREDITI TRA ENTI SUB-STATALI DELLA FINANZA PUBBLICA ALLARGATA. CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA N. 51 DEL 2023 SUI C.D. "DEBITI FUORI BILANCIO"

di *Guido Rivosecchi* e *Francesco Sucameli*[*]

SOMMARIO:

1. Il contesto in cui si colloca la sentenza n. 51 del 2023: equilibrio di bilancio e copertura finanziaria sono "due facce della stessa medaglia".
2. *Segue*: copertura, equilibrio e legalità costituzionale-finanziaria.
3. Sui c.d. debiti "fuori bilancio": la distinzione tra piano civilistico e piano contabile.
   3.1. *Segue*: il debito fuori bilancio come alterazione delle autorizzazioni di spesa.
   3.2. *Segue*: regole del procedimento di spesa e copertura effettiva.
   3.3. *Segue*: la natura e gli effetti della legge di riconoscimento del debito.
4. Il procedimento "speciale" di riconoscimento.
5. La sentenza n. 51 del 2023 e la sua significativa incidenza sui principi della contabilità pubblica.
6. Una postilla: debiti nei confronti degli enti della finanza pubblica allargata e regime di prescrizione.

ABSTRACT:

Muovendo dall'analisi degli effetti del rafforzamento del precetto costituzionale dell'equilibrio e della sostenibilità delle finanze pubbliche alla stregua della giurisprudenza costituzionale, il contributo prende in esame la disciplina dei c.d. debiti "fuori bilancio" chiarendo la distinzione tra piano civilistico e piano contabile. In questa prospettiva, viene analizzata la natura del debito "fuori bilancio" come alterazione delle autorizzazioni di spesa e i possibili rimedi per assicurare l'effettività delle coperture finanziarie. Vengono quindi approfonditi la natura e gli effetti della legge di riconoscimento del debito e il significativo impatto della sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2023 (nonché della successiva sentenza n. 114 del 2023) sui principi della contabilità pubblica.

Starting from the analysis of the effects of the strengthening of the constitutional precept of the balance and sustainability of public finances in the same way as the constitutional jurisprudence, the contribution examines the discipline of the so-called "off-balance sheet" debts, clarifying the distinction between statutory and accounting plans. In this perspective, the nature of "off-balance sheet" debt as an alteration of spending authorizations; the essey examins the possible remedies to ensure the effectiveness of financial coverage.. The nature and effects of the debt recognition law and the significant impact of the statment of the Constitutional Court n. 51 of 2023 (as well as the subsequent sentence n. 114 of 2023) on the principles of public accounting.

1. Il contesto in cui si colloca la sentenza n. 51 del 2023: equilibrio di bilancio e copertura finanziaria sono "due facce della stessa medaglia"

Al fine di comprendere appieno il contesto in cui si colloca la sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2023 e la sua effettiva portata, pare opportuno rammentare, sia pure sinteticamente, il percorso intrapreso da oltre dieci anni dalla giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione *rigorosa* dei precetti dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità delle finanze pubbliche.

In questa prospettiva, i passaggi argomentativi che hanno rafforzato il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi regionali riflettono alcuni fondamentali mutamenti dei «*principi della legalità costituzionale in tema di finanza pubblica*»[1], intervenuti a seguito della legge costituzionale

[*] Il presente scritto è frutto della riflessione comune e della stretta collaborazione tra i due autori; ad ogni modo, Guido Rivosecchi è autore dei parr. 1, 2, 4 e 6 e Francesco Sucameli è autore dei parr. 3, 3.1, 3.2, 3.3 e 5. L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco come previsto dalla procedura pubblicata su www.dirittoeconti.it

[1] L'espressione virgolettata è tratta dalla sent. C. cost. n. 184 del 2022, punto 5.2 del "Considerato in diritto". Negli stessi termini, l'interesse alla «*legalità costituzionale-finanziaria*», presidiata dai controlli di legittimità-regolarità dei conti

n. 1 del 2012 con la quale sono state sostanzialmente identificate le grandezze che devono essere raffrontate per assicurare il rispetto dell'equilibrio: "entrate" e "spese"[2].

L'art. 5 comma 1, lett. *a)* della stessa legge costituzionale chiarisce che il "bene della vita" di cui si richiede l'equilibrio è la "finanza pubblica", ossia la provvista finanziaria della Repubblica, soggetta al mutevole andamento del tempo[3]. Tale "andamento" deve potere essere "verificato" attraverso regole contabili-finanziarie che devono essere "armonizzate" (art. 117, secondo comma, lett. *e)*, Cost.), quale indefettibile presupposto per assicurare la raffrontabilità dei bilanci[4].

La legge costituzionale n. 1 del 2012 ha introdotto un limite generale all'indebitamento delle amministrazioni pubbliche complessivamente intese, sia pure sotto forma di «sostenibilità», secondo quanto prescritto dall'art. 97, primo comma, Cost., e uno specifico per lo Stato, sia pure secondo il principio di anticiclicità del bilancio, avendo la giurisprudenza costituzionale affermato che l'art. 81 Cost. consente l'indebitamento per contrastare le fasi avverse del ciclo economico al fine di assicurare le risorse accertate e disponibili per gli investimenti[5]. Dall'interpretazione sistematica di tali limiti con quello ancor più significativo previsto per gli enti sub-statali (divieto di indebitamento per spese

---

anche attraverso l'accesso alla giustizia costituzionale, è precedentemente richiamato dalle sentt. n. 60 del 2013, punto 4.2 del "Considerato in diritto"; n. 39 del 2014, punto 6.3.4.3.2 del "Considerato in diritto"; n. 157 del 2020, punto 2 del "Considerato in diritto". In dottrina, per l'utilizzo della stessa espressione, cfr. G. Rivosecchi, *La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 15/2019, 28 ss.; M. Cecchetti, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale*, in *Federalismi.it*, n. 34/2020, 46 e 57 ss.

[2] È il caso di ricordare che i due termini indicano, rispettivamente, la rappresentazione contabile dell'attivo (i crediti di valuta di una obbligazione pecuniaria) e del passivo (i debiti della stessa specie) della ricchezza finanziaria. Entrate e spese si differenziano, così, dai concetti di costo e ricavo che, nella contabilità economico-patrimoniale, estendono la rappresentazione a crediti e debiti di valore. Sulla distinzione tra crediti di valuta e di valore, cfr. T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, Cedam, 1928, 141 s. e 231 e, successivamente, Id., *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, Bologna – Romaa – Il Foro Italiano, 1959, 170 e 445. Il riferimento espresso ai due termini, consente di identificare con chiarezza l'oggetto dell'equilibrio, ossia entrate e spese che esprimono l'«andamento della finanza pubblica» (art. 5, comma 1, lett. *a)*, della legge costituzionale n. 1 del 2012). La finanza pubblica, infatti, costituisce la «provvista finanziaria» della Repubblica, il cui andamento viene misurato attraverso specifici saldi individuati dalla legge, rispetto ai quali il bilancio stesso costituisce strumento autorizzativo e di controllo. Sul tema cfr. S. BARTOLE, *Art. 81*, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna – Roma, Zanichelli – Il Foto italiano, 1979, 197 ss., spec. 202 e 300. Sulla c.d. funzione autorizzativa del bilancio, si vedano le pregnanti considerazioni di A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, Giuffrè, 1985, 207 ss. e 523 ss.; nonché P. DE IOANNA – C. GORETTI, *La decisione di bilancio in Italia. Una riflessione su istituzioni e procedure*, Bologna, il Mulino, 2008, 147 che definiscono la funzione autorizzativa del bilancio quale «proiezione finanziaria del principio di legalità».

[3] La disposizione consente di identificare l'oggetto necessario dei controlli costituzionali sul bilancio negli «andamenti» di «finanza pubblica». Come è noto, le variazioni nel tempo della provvista finanziaria si misurano attraverso i "saldi", ossia, grandezze contabili la cui disciplina è affidata alla fonte speciale dell'art. 81, sesto comma, Cost. Al contempo, l'art. 5 comma 1, lett. *a)* della legge costituzionale n. 1 del 2012 impone che oggetto materiale di tale verifica sia la «finanza», ossia la ricchezza finanziaria a disposizione della Repubblica per erogare beni e servizi. Controlli e struttura dei saldi sono quindi affidati alla disciplina di una fonte rinforzata (la legge approvata a maggioranza assoluta, giusto il disposto dell'art. 81, sesto comma, Cost.) che rafforza il principio di legalità del bilancio. Allo stesso tempo, gli attori di tali verifiche sono, da un lato, le istituzioni del circuito democratico, Governo e Parlamento, il cui principale strumento è la legge di bilancio con la sua funzione autorizzatoria e, dall'altro lato, il sistema dei controlli di legalità, secondo un "doppio binario" delineato dalla Corte costituzionale sin dalla sent. n. 121 del 1966 e di recente ribadito nella sent. n. 184 del 2022 (da un lato, il *controllo politico* sul bilancio da parte delle assemblee elettive e, dall'altro, il *controllo di legittimità-regolarità* sul bilancio stesso affidato alla Corte dei conti). In questo modo, l'art. 5 della l. cost. n. 1 del 2012 riconnette tra loro gli art. 81, 97, 119, nonché, gli art. 100 e 103 Cost, stabilendo un legame diretto tra bilancio, circuito democratico-rappresentativo e sistema dei controlli di legalità affidati alla Corte dei conti.

[4] Cfr., nella giurisprudenza costituzionale, tra le tante, sentt. n. 390 del 2004; n. 417 del 2005; n. 156 e n. 326 del 2010; n. 188 del 2015; n. 184 del 2016; n. 10, n. 184 e n. 188 del 2016; n. 169 del 2017.

[5] Cfr. sentt. n. 247 del 2017, punto n. 9.2 del "Considerato in diritto"; n. 101 del 2018, punto n. 6.2.1 del "Considerato in diritto"; n. 61 del 2018, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

diverse da quelle di investimento, *ex* art. 119, settimo comma, Cost.)[6], segue la valorizzazione dei precetti della copertura e dell'equilibrio[7]. Essi implicano che ogni legge di spesa abbia una copertura effettiva e sostenibile e che l'equilibrio di bilancio sia "tendenziale" non più perché si rinvia alla capacità dell'economia di reperire risorse future per assicurare coperture adeguate e indebitamento sostenibile, ma perché presuppone coperture previe, effettive e legittime che, partendo dalle singole leggi di spesa (livello micro) siano poi misurabili sull'intera legge di bilancio (livello macro), come "equilibrio" nella continuità dei conti tra i diversi esercizi finanziari[8].

In questa prospettiva, la Corte costituzionale ha dapprima affermato che copertura ed equilibrio siano «*facce delle stessa medaglia*»[9] e, successivamente, ha chiarito il rinnovato significato del carattere «*tendenziale*» dell'equilibrio, riconoscendo alla legge di bilancio un contenuto normativo, laddove la legge di bilancio (e la rendicontazione in funzione di essa) dispongono l'allocazione delle

---

[6] Sul carattere più stringente del vincolo di bilancio delle Regioni rispetto a quello dello Stato e sui conseguenti limiti all'indebitamento, cfr. S. PAJNO, *Principi, regole e clausole generali nel diritto costituzionale del bilancio*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 146 ss.

[7] Nella fase anteriore alla legge costituzionale n. 1 del 2012, l'impostazione prevalente in dottrina, seguita dalla giurisprudenza costituzionale, teneva distinti il principio della copertura finanziaria delle leggi e gli equilibri finanziari. Infatti, in assenza di una norma che limitasse il ricorso all'indebitamento, il bilancio ed il suo equilibrio potevano reggersi su una copertura ad alta discrezionalità politica: il ricorso a capitale finanziario di terzi, soggetto a restituzione. Poiché allora non esisteva alcun limite al ricorso a tale strumento, secondo l'impostazione prevalente il precetto della copertura aveva ad oggetto solo le leggi "sostanziali" di spesa, mentre il precetto dell'equilibrio, pur ritenuto ricavabile dall'originario quadro costituzionale, veniva ammesso solo in termini "tendenziali" (sent. C. cost. n. 1 del 1966). Con esso, in particolare, si indicava un limite alla legge formale di bilancio, che andava verificato raffrontando i saldi e l'indebitamento con la capacità di garantire coperture "continue" alle leggi di spesa, in ragione dell'andamento dell'economia, stimolata dai contenuti finanziari, economici e patrimoniali del bilancio dello Stato. Pertanto, il principio dell'equilibrio metteva implicitamente a raffronto termini eterogenei: debito e capacità dell'economia (e quindi del bilancio) di sostenerlo. In tema, cfr. V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1969*, passim*, spec. 437 e ss.; G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007, 222 ss. Se, infatti, l'originario quarto comma dell'art. 81 Cost. era l'espressione di una «tendenza al pareggio», esso era solo un «incentivo» procedurale per Governo e Parlamento, ma non un vincolo di contenuto a carattere giudico: cfr. V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 454 ss., il quale sottolineava che «da un punto di vista rigorosamente giuridico, non si saprebbe come tradurre in termini precisi e concreti un ipotetico obbligo costituzionale di "tendere al pareggio», atteso che «Una "tendenza" [non] può costituire il contenuto [...] di un obbligo giuridico del Governo e del Parlamento». Sulla stessa linea ricostruttiva, cfr. A. BRANCASI, *L'obbligo della copertura finanziaria tra la vecchia e la nuova versione dell'art. 81*, in *Giur. cost.*, 2011, 1685.

[8] Il principio dell'equilibrio deve essere quindi garantito in modo parallelo e non scindibile a livello di "micro" e di "macro" gestione di bilancio (C. conti, sezione contr., Campania parere n. 197/2019/PAR), tenendo presente che «*copertura finanziaria ed equilibrio integrano la medesima clausola generale*» (sent. C. cost. n. 227 del 2019); ciò avviene, da un lato, mediante la complessiva capacità delle entrate di sostenere le spese, anche di rientro dall'indebitamento (dimensione "macro" del bilancio nella sua "unità", cfr. d.lgs. n 118/2011, All. n. 1) e, dall'altro lato, in prospettiva "micro", sul terreno delle risorse a copertura delle singole spese, ai sensi dell'art. 81, terzo comma, Cost. Nei casi e alle condizioni stabilite dalla Costituzione, l'indebitamento stesso può costituire copertura, per lo Stato (art. 81, secondo comma, Cost.), per gli enti territoriali (art. 119, settimo comma, Cost.; artt. 9 e 10 legge n. 243 del 2012) e per gli altri enti pubblici (art. 97, primo comma, Cost.; artt. 4 e 13 della legge n. 243 del 2012).

[9] Così, sent. n. 192 del 2012, punto n. 4 del "Considerato in diritto", ove la Corte afferma che la regola della previa copertura «*deve ritenersi puntuale esplicitazione del più generale principio di equilibrio del bilancio*». Inoltre, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, la clausola generale unitaria è in grado di operare direttamente, senza interposizione legislativa (cfr., tra le tante, sent. n. 26 del 2013, punto n. 4.1 del "Considerato in diritto"). Più specificamente, secondo la Corte copertura ed equilibrio non sarebbero principi, ma andrebbero a costituire un'unitaria "clausola generale" «*in grado di operare pure in assenza di norme interposte*» (tra le tante, sentt. n. 184 del 2016 e n. 274 del 2017). A partire dalla sent. n. 192 del 2012, la giurisprudenza costituzionale ha così innovato i propri orientamenti: mentre nel previgente sistema, ad esempio con la sent. n. 158 del 1969, la Corte costituzionale aveva distinto l'ambito di applicazione del principio di copertura e quello dell'equilibrio (quest'ultimo precedentemente ricostruito dalla sent. n. 1 del 1966 in termini meramente "tendenziali": cfr. V. ONIDA, *Portata e limiti dell'obbligo di indicazione della «copertura» finanziaria nelle leggi che importano «nuove o maggiori spese»*, in *Giur. Cost.*, 1966, 4), nella fase successiva, copertura ed equilibrio costituiscono esplicitazione della stessa "clausola generale".

risorse[10]. Infatti, la giurisprudenza costituzionale ha espressamente affermato che copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio integrano una «*clausola generale*» quale parametro operante *direttamente* – anche senza *interpositio legislatoris* – nel giudizio di costituzionalità delle leggi che si riflette sui controlli sulla finanza pubblica affidati alla Corte dei conti[11]. Alla stregua di tale interpretazione, i richiamati precetti costituzionali esplicano i loro effetti anche tra i diversi esercizi finanziari in forza del principio di continuità dei conti[12].

Quanto al versante dell'equilibrio degli enti sub-statali, vietare l'indebitamento per spese diverse da quelle di investimento e, contemporaneamente, stabilire che soltanto tributi propri, compartecipazioni al gettito di tributi erariali e risorse derivanti dal fondo perequativo di cui all'art. 119, commi primo, secondo e terzo, Cost. devono «*finanziare*» (*id est*: coprire) «*integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite*» implica la necessità di verificare costantemente l'effettività e certezza delle risorse che sorreggono l'"impiego" in funzioni e servizi (spese finali) per assicurare la costituzionalmente necessaria corrispondenza tra funzioni e risorse[13]. Tutto ciò implica la rigorosa interpretazione dell'obbligo di copertura, tanto più se è chiamato in causa il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, secondo comma, lett. *m)* Cost.)[14].

Quanto detto non contraddice (ed anzi conferma) la perdurante elasticità della disciplina costituzionale e legislativa di governo della finanza pubblica rispetto alla garanzia dei livelli essenziali e dei diritti, peraltro secondo quanto affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale che ha avvalorato un'interpretazione «*dinamica*» dell'equilibrio di bilancio, condizionata, cioè, dalla congiuntura e dalle crisi economico-finanziarie. Infatti, secondo la Corte, il principio dell'equilibrio «*consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche*»[15] attraverso l'impiego delle risorse pubbliche in un ottimale rapporto tra efficienza ed equità rinvolto a garantire «*l'equilibrio tendenziale del bilancio*»[16].

In questa prospettiva, la Corte ha quindi concluso che «il novellato art. 81 Cost. ha assunto – soprattutto attraverso la formulazione del primo comma – un significato "anticiclico" in termini di

---

[10] Cfr., in maniera particolarmente significativa, sent. n. 10 del 2016, punto n. 2 del "Considerato in diritto", ove si legge che la legge di bilancio produce «*effetti novativi dell'ordinamento*» esprimendo «*scelte allocative di risorse*» e che, come tale, deve essere assoggettata al controllo di costituzionalità.

[11] In questo senso, in maniera particolarmente significativa, sentt. n. 192 del 2012, punto n. 4 del "Considerato in diritto" e n. 184 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto".

[12] Muovendo dai consolidati orientamenti della giurisprudenza costituzionale (cfr., in particolare, sentt. n. 89 e n. 274 del 2017 e n. 227 del 2019), la dottrina ha ampiamente valorizzato l'interpretazione del giudizio di parifica quale istituto rivolto a garantire anche il principio di continuità dei conti: cfr., per tutti, C. BUZZACCHI, *L'«armonia logica e matematica dell'equilibrio del bilancio» e le improbabili acrobazie contabili del legislatore regionale*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2017, 3028 ss., spec. 3030 ss.; C. BERGONZINI, *Trasparenza e veridicità dei bilanci: l'annullamento del rendiconto oggetto di manipolazioni contabili*, in *Le regioni*, n. 3/2018, 515 ss.; M. Cecchetti, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale* (16 dicembre 2020), in *Federalismi.it*, n. 34/2020, 49.

[13] Cfr. G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 370 ss.; Id., *La Corte garante del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse: il caso dei canoni idrici di esclusiva spettanza regionale*, in *Le Regioni*, 2021, 372 ss.; S. Pajno, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, in *Federalismi.it*, 2023, 206 ss., spec. 217 ss.

[14] Cfr. G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 356 s.; Id., *Il principio di corrispondenza tra funzioni amministrative e risorse finanziarie a vent'anni dalla riforma del Titolo V*, in *Federalismi.it*, n. 20/2022, 446 s. Nella giurisprudenza costituzionale, la connessione tra equilibrio, copertura finanziaria e corrispondenza tra funzioni e risorse, emerge in maniera particolarmente significativa ad esempio nelle sentt. n. 10 del 2016 e n. 247 del 2017, ove la Corte mette in evidenza l'erosione ingiustificata di risorse destinate al finanziamento di funzioni fondamentali.

[15] Sent. n. 250 del 2013, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

[16] Sent. n. 247 del 2017, punto n. 9.2 del "Considerato in diritto".

politica fiscale e monetaria e, più in generale, di politica economica, consistente nella missione di attenuare le fluttuazioni, intervenendo sul mercato per frenare la ripresa o contrastare la depressione dell'attività economica a seconda delle contingenze caratterizzanti i relativi cicli economici»[17]. Sicché l'attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2012 attraverso la c.d. *«"legge organica" ha conferito alla legge di bilancio* [...] *e alle altre leggi finanziarie correttive delle manovre di finanza pubblica una regia di interventi complessi e coordinati, finalizzati ad assicurare sostenibilità economica e sviluppo*»[18].

Tutto ciò impone alla Corte costituzionale di verificare costantemente il «*legittimo fondamento giuridico*» delle «*coperture delle spese*»[19] e, ancora prima, alla legge di bilancio di ottemperare al principio della previa copertura, assicurando la gestione finanziaria secondo principi di chiarezza, veridicità e controllabilità dei bilanci nell'allocazione sistematica delle risorse per il finanziamento delle leggi di spesa[20].

In questa prospettiva, la Corte costituzionale, in significativa sinergia con la Corte dei conti, è giunta a censurare ogni illegittimo ampliamento della capacità di spesa degli enti sub-statali, assicurando così il rispetto degli equilibri finanziari e della legalità costituzionale-finanziaria.

2. Segue: copertura, equilibrio e legalità costituzionale-finanziaria

In tale contesto, la Consulta ha ben presto superato la sua originaria adesione alla teoria sulla natura meramente formale della legge di bilancio[21], per assimilare tale atto alle altre leggi, giocando, da questo punto di vista, d'anticipo rispetto alla costituzionalizzazione del precetto dell'equilibrio per assicurare l'attendibilità e la sostenibilità delle previsioni di bilancio[22]. Esemplificativa, sotto questo profilo, la sentenza n. 70 del 2012 – resa in una fase antecedente rispetto alla conclusione dell'*iter* del disegno di revisione dell'art. 81 Cost. – nella quale la Corte è per la prima volta giunta ad una declaratoria di incostituzionalità di alcune disposizioni contenute in una legge regionale di bilancio per mancato rispetto dell'obbligo di copertura e per contrasto con i principi sul sistema contabile dello Stato e sul coordinamento della finanza pubblica, posti in essere dal legislatore statale *ex* art. 117, secondo comma, lett. *e)*, e terzo comma, Cost.

Con tale pronuncia, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni contenute in una legge (regionale) di bilancio che assicuravano un fittizio equilibrio mediante la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione giuridicamente non accertato[23].

---

[17] Sent. n. 61 del 2018, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

[18] Sent. n. 61 del 2018, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

[19] Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sent. n. 80 del 2023, punto n. 9.1 del "Considerato in diritto", che, sul punto, richiama anche le sentt. n. 197 del 2019 e n. 156 del 2021.

[20] Cfr. sentt. n. 184 del 2016; n. 18 del 2019, punto 5.3 del "Considerato in diritto"; n. 4 del 2020, punto n. 5 del "Considerato in diritto"; n. 115 del 2020, punto n. 7 del "Considerato in diritto"; n. 80 del 2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto"; n. 235 del 2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto"; n. 246 del 2021, punto n. 6.5 del "Considerato in diritto"; n. 184 del 2022, punto n. 5.3 del "Considerato in diritto". Sul punto, in dottrina, cfr. M. Luciani, *La "giurisprudenza Carosi"*, in *Scritti in onore di Aldo Carosi*, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 577 s.

[21] Cfr. sent. n. 7 del 1959 ove si legge che «*la legge di bilancio – che si tratti dello Stato o che si tratti della regione – è una legge formale che non può portare nessun innovamento nell'ordine legislativo*», e, conseguentemente, sent. n. 66 del 1959, secondo la quale è sempre necessario che «*sia la legge sostanziale – e cioè una legge destinata ad integrare l'ordinamento giuridico – a indicare i mezzi per far fronte alla spesa, e non la legge di bilancio – alla quale l'art. 81 comma 3 Cost. non consente di apportare innovazioni all'ordinamento giuridico*», in quanto «*la legge di bilancio deve istituzionalmente operare nell'ambito della legislazione sostanziale; e non può prevedere spese od entrate che non traggano titolo da una legge sostanziale*».

[22] Per un approfondimento, cfr. G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012.

[23] Cfr. G. RIVOSECCHI, *Il difetto di copertura di una legge regionale di bilancio: la Corte accelera sul c.d. pareggio*, in *Giur. Cost.*, 2012, 2335 e ss.

La decisione riveste molteplici profili di interesse: anzitutto, per l'interpretazione estensiva del principio della copertura finanziaria delle leggi regionali, sia sotto il profilo della certezza dei mezzi a tal fine utilizzati, che sotto il profilo temporale, al fine di garantire attendibilità alle previsioni di bilancio. In secondo luogo, la pronuncia si connota per un'interpretazione rigorosa in ordine alla facoltà di ricorrere all'avanzo di amministrazione presunto dell'esercizio finanziario precedente come strumento idoneo ad assicurare il suddetto obbligo di copertura. Anzi, da questa pronuncia in poi la giurisprudenza costituzionale correttamente preclude l'utilizzo a fini di copertura dell'avanzo di amministrazione non validato.

Sullo sfondo, sembra avere influito non poco l'imminente approvazione del disegno di revisione dell'art. 81 Cost. Nelle argomentazioni, la Corte valorizza la «*forza espansiva*» dell'art. 81, quarto comma, Cost. allora ancora vigente – nella fase anteriore, cioè, all'applicazione della legge costituzionale n. 1 del 2012 – specie quando afferma che la soluzione legislativa adottata dalla Regione, anche quando, come nella fattispecie, non risultasse preclusa dall'ordinamento contabile regionale, sarebbe comunque in contrasto con la richiamata disposizione costituzionale[24]. La Corte non ricorre quindi allo schema delle norme statali interposte allora evocabili[25], nelle quali si poteva trovare la disciplina dei bilanci regionali e la limitazione ai loro saldi, ritenendo invece sufficiente utilizzare come parametro l'art. 81, quarto comma, Cost.

Sotto questo profilo, il Giudice delle leggi porta a ulteriore compimento l'interpretazione estensiva dell'obbligo di copertura, da osservare con puntualità rigorosa per le spese incidenti sull'esercizio in corso, aggiungendo che «*deve essere perseguito il tendenziale equilibrio tra entrate e spese valutando gli oneri derivanti sui pertinenti diversi esercizi*»[26].

Lo stesso approccio è successivamente adottato dalla Corte anche in riferimento a leggi regionali di spesa e a leggi finanziarie regionali, confermando così l'accezione espansiva del vincolo di copertura come limite alla spesa pubblica più che come strumento di tutela degli equilibri di bilancio[27]. La Corte estende quindi alla legge di bilancio l'interpretazione del vincolo precedentemente affermato per le leggi regionali di spesa, o, comunque, di natura diversa dal bilancio[28], mutando in tal modo l'interpretazione del quarto comma da norma che aveva la funzione di conformare i processi decisionali in modo da renderli consapevoli delle loro conseguenze finanziarie in vero e proprio vincolo di contenuto.

Il definitivo superamento della teoria della natura meramente formale della legge di bilancio – e il conseguente rafforzamento della copertura finanziaria e dell'equilibrio – è portato a compimento dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 10 del 2016, ove si legge che la legge di bilancio produce «*effetti novativi dell'ordinamento*» esprimendo «*scelte allocative di risorse*» e che, come tale, deve essere assoggettata al controllo di costituzionalità[29], sulla scorta di quanto affermato dalla sentenza n. 260 del 1990, in cui la Corte aveva per la prima volta negato che il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario potesse costituire presupposto per decisioni di inammissibilità che si richiamassero – come sino a quel momento spesso accadeva – alla discrezionalità legislativa. Si tratta di un punto di svolta nella giurisprudenza costituzionale sull'equilibrio e sull'obbligo di copertura perché, da quel momento in poi, l'equilibrio di bilancio rappresenta un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali.

Il senso della *dottrina* edificata dalla Corte costituzionale sull'equilibrio *dinamico,* in uno con la valorizzazione del precetto della copertura, emerge con tutta chiarezza nella sentenza n. 157 del 2020,

---

[24] Cfr. sent. n. 70 del 2012, punto n. 2.1 del "Considerato in diritto".
[25] Cfr. decreto legislativo 28 marzo 2000, n. 76 (Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione dell'articolo 1, comma 4, della legge 25 giugno 1999, n. 208).
[26] Sent. n. 70 del 2012, punto n. 2.2 del "Considerato in diritto".
[27] Cfr. sentt. n. 115 e n. 192 del 2012.
[28] Cfr. sentt. n. 30 del 1959; n. 66 del 1959; n. 31 del 1961; n. 47 del 1967; n. 17 e n. 135 del 1968; n. 123 del 1975; n. 70, n. 100 e n. 141 del 2010; n. 106 del 2011.
[29] Sent. n. 10 del 2016, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

ove la Corte enuclea il principio costituzionale di «sincerità dei conti» da cui discendono la «*clausola generale*»[30] di equilibrio e quella di continuità dei conti. Il Giudice delle leggi ha infatti affermato che è il principio di «*sincerità*»[31] è il presupposto logico e normativo delle clausole generali introdotte con la legge costituzionale n. 1 del 2012; in particolare afferma che equilibrio e continuità costituiscono entrambi «*corollario*»[32] del principio di sincerità, cui si collega, altresì, l'obbligo di rendicontazione pubblica (art. 81, quarto comma, Cost.). In proposto, giova ricordare che, muovendo da tali precetti (sincerità e obbligo di rendicontazione pubblica), la giurisprudenza costituzionale ha potuto valorizzare il giudizio di conto[33] e il giudizio di parificazione affidati alla Corte dei conti[34], nonché l'obbligo di restituzione/recupero di somme spese in modo non conforme alle finalità pubbliche[35].

Dall'interazione dei principi di sincerità, equilibrio e continuità segue che la copertura va verificata, come l'equilibrio, in termini "dinamici" ed "effettivi"[36]: tanto deve avvenire per la connessione logica e costituzionale che esiste tra la clausola generale di equilibrio/copertura, da un lato, e principio di continuità, dall'altro lato. Tale legame, infatti, deriva dal naturale «*collegamento genetico tra i bilanci secondo la loro sequenza temporale*»[37].

Muovendo da tali assunti, i Giudici costituzionali hanno altresì ravvisato nell'art. 81 Cost. un altro principio generale, ossia quello di anticiclicità del bilancio. In base a tale precetto il disavanzo è consentito per contrastare le fasi avverse del ciclo economico, assicurando risorse giuridicamente accertate e disponibili per gli investimenti[38].

Con tali orientamenti, la Corte costituzionale aderisce a una determinata interpretazione dell'art. 81 e della legge "rinforzata" n. 243 del 2012 volta ad affermare: a) che è la legge "rinforzata" a dover essere interpretata alla luce dell'art. 81 Cost. e non viceversa, per assicurare il mantenimento

---

[30] Sent. n. 157 del 2020, punto n. 1.3 del "Considerato in diritto". In dottrina, per la distinzione tra "clausole generali" e "principii generali", cfr. L. Mengoni*, Spunti per una teoria delle clausole generali,* in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, 5 e ss.; S. RODOTÀ*, Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987, 709 ss.; M. LIBERTINI*, Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, una proposta di distinzione*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2011, 345 ss.; M. LUCIANI*, Certezza del diritto e clausole generali,* in *Questione Giustizia*, n. 1/2020; S. PAJNO, *Principi, regole e clausole generali del diritto costituzionale del bilancio,* cit., 95 ss.

[31] Cfr. sent. n. 157 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto" che, al riguardo, dichiara la questione sollevata dalla Corte dei conti ammissibile in riferimento a tale principio (anche se, nel merito, non fondata).

[32] Cfr. sent. n. 157 del 2020, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

[33] Cfr. sent. n. 1007 del 1988, punto n. 3 del "Considerato in diritto", ove la Corte enfatizza il legame tra giurisdizione contabile e Stato di diritto, affermando che la riduzione per legge dell'area del controllo necessario e giurisdizionale sui conti (nella specie sui rendiconti degli enti locali) costituisce «*una diretta violazione di un principio fondamentale dello "Stato di diritto", recepito dalla Costituzione all'art. 103 e riaffermato da questa Corte nella sentenza prima ricordata [ossia la sent. n. 114 del 1975]. Una violazione la quale si articola in un duplice livello: da una parte, nel sottoporre l'attivazione del giudizio di conto a condizioni dipendenti in gran parte dalla volontà di organi interni del Comune stesso che dovrebbe essere controllato, rendendo così inoperante l'obbligo del tesoriere comunale di presentare comunque i conti consuntivi per il giudizio della Corte dei conti e tramutando quest'ultimo in un giudizio meramente eventuale; e, dall'altra parte, nel prevedere che la deliberazione di approvazione del conto consuntivo da parte del Consiglio comunale assume lo stesso valore giuridico e la stessa efficacia della decisione di approvazione della Corte in sede di giudizio sul conto consuntivo, sostituendo così, illegittimamente, un'approvazione di natura politico-amministrativa a una decisione giurisdizionale sulla regolarità contabile, un giudizio del controllato a un giudizio del controllore*». Nella sent. n. 114 del 1975, punto n. 2 del "Considerato in diritto", la Corte costituzionale aveva ricordato che è «*principio generale del nostro ordinamento che il pubblico denaro proveniente dalla generalità dei contribuenti e destinato al soddisfacimento dei pubblici bisogni debba essere assoggettato alla garanzia costituzionale della correttezza della sua gestione, garanzia che si attua con lo strumento del rendiconto giudiziale*».

[34] V. ora sent. n. 184 del 2022.

[35] Cfr. sent. n. 39 del 2014, punto 6.3.9.6 del "Considerato in diritto".

[36] Cfr. sentt. n. 192 del 2012; n. 26 del 2013; n. 184 del 2016 e n. 274 del 2017.

[37] Sent. n. 274 del 2017, punto n. 6 del "Considerato in diritto"; cfr. altresì sentt. n. 268 del 2022 e 246 del 2022.

[38] Cfr. sentt. n. 247 del 2017, punto n. 9.2 del "Considerato in diritto"; n. 101 del 2018, punto n. 6.2.1 del "Considerato in diritto"; n. 61 del 2018, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

dell'originaria elasticità del quadro costituzionale; b) che anche nel nuovo quadro costituzionale il bilancio può svolgere una funzione anticiclica e quindi consentire politiche espansive[39].

Ma è l'aspetto del rigore nel preservare gli equilibri finanziari che qui più rileva.

Il nesso ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza costituzionale tra copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio esplica i suoi effetti anche tra i diversi esercizi finanziari in forza del principio di continuità dei conti[40]; principio che anche il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali è chiamato a garantire[41].

In estrema sintesi, si può osservare che, da un lato, la Corte costituzionale afferma un rigoroso sindacato sul rispetto delle regole dell'equilibrio e della continuità dei bilanci che si traduce in pronunce volte a verificare l'accertamento dell'avanzo nelle forme previste dalla legge e sulla composizione del risultato di amministrazione. Si pensi alle pronunce con cui la Corte stessa dichiara costituzionalmente illegittime le leggi regionali che utilizzano a fini di copertura l'avanzo di amministrazione senza che sia approvato il relativo rendiconto[42]; o dispongono l'iscrizione in bilancio di fittizie partite di entrata non giuridicamente accertate[43]; o determinano l'ampliamento della facoltà di spesa mediante la riprogrammazione di "economie vincolate"[44]; o attestano quote di avanzo "libero" a fronte di un risultato di amministrazione negativo[45]; o, ancora, quando censura pratiche contabili non rigorose delle regioni sottoposte a piani di rientro dal disavanzo sanitario, con riguardo all'accertamento dei residui o dei crediti sulla base dei quali sono stati approvati bilanci di previsione o rendiconti[46]; o, infine, per il mancato riaccertamento dei residui che viene ad inficiare la determinazione dell'avanzo di amministrazione e, conseguentemente, del disavanzo finanziario.

Dall'altro lato, sul versante opposto, in maniera coerente con il suesposto orientamento, il Giudice delle leggi assicura un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme sulla determinazione e calcolo dell'equilibrio degli enti territoriali, sintonica con il principio autonomistico, pur senza aggravare i saldi di bilancio. Si pensi alle sentenze interpretative di rigetto[47] o di accoglimento[48] che consentono agli enti territoriali di utilizzare l'avanzo di amministrazione giuridicamente accertato (che non può rifluire nel conto consolidato delle amministrazioni pubbliche, in quanto frutto delle politiche di bilancio delle autonomie e dei vincoli precedentemente imposti dal patto di stabilità interno) e preservano la garanzia conservativa delle risorse non ancora erogate ma già finalizzate al pagamento dei debiti pregressi delle amministrazioni pubbliche[49].

In altre parole, al sindacato rigoroso sulle leggi regionali con riguardo al principio di continuità dei conti, che si traduce in un puntuale accertamento della composizione del risultato di amministrazione (perché se una partita che lo compone risponde a un infedele risultato di amministrazione è suscettibile di inficiare i successivi bilanci in cui confluisce), corrisponde

---

[39] Cfr. A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 847 s.

[40] Muovendo dai consolidati orientamenti della giurisprudenza costituzionale (cfr., in particolare, sentt. n. 89 e n. 274 del 2017 e n. 227 del 2019), la dottrina ha ampiamente valorizzato l'interpretazione del giudizio di parifica quale istituto rivolto a garantire anche il principio di continuità dei conti: cfr., per tutti, C. BUZZACCHI, *L'«armonia logica e matematica dell'equilibrio del bilancio» e le improbabili acrobazie contabili del legislatore regionale*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2017, 3028 ss., spec. 3030 ss.; C. BERGONZINI, *Trasparenza e veridicità dei bilanci: l'annullamento del rendiconto oggetto di manipolazioni contabili*, in *Le Regioni*, n. 3/2018, 515 ss.; M. Cecchetti, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale* (16 dicembre 2020), in *Federalismi.it*, n. 34/2020, 49.

[41] Come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza costituzionale dalla sent. n. 250 del 2013 alla sent. n. 184 del 2022.

[42] Dalla sent. n. 70 del 2012 in poi.

[43] Cfr., ad esempio, sentt. n. 192 del 2012 e n. 250 del 2013.

[44] Cfr., ad esempio, sent. n. 89 del 2017.

[45] Cfr. sent. n. 274 del 2017.

[46] Cfr., ad esempio, sent. n. 107 del 2016.

[47] Cfr. Sent. N. 247 del 2017.

[48] Cfr. Sent. N. 101 del 2018.

[49] Cfr., in particolare, sentt. n. 247 del 2017 e n. 101 del 2018.

un'interpretazione delle nuove regole sulla determinazione dell'equilibrio di bilancio coerente con il principio autonomistico, che pone limiti alla pretesa del legislatore statale di utilizzare le finanze regionali per conseguire gli obiettivi di finanza pubblica, sottraendo risorse giuridicamente accertate dagli enti sub-statali e correttamente rappresentate nei rendiconti per farle rifluire nel conto consolidato delle amministrazioni pubbliche[50]. Tale orientamento consente di preservare la disciplina del decreto legislativo n. 118 del 2011 in relazione sia all'avanzo di amministrazione (art. 42), sia al fondo pluriennale vincolato (secondo quanto previsto dall'allegato n. 2, a cui rinvia l'art. 26, comma 3; nonché dall'allegato n. 4/2), quali istituti volti a garantire certezza circa gli elementi patrimoniali dell'ente territoriale a fini di conservazione della copertura delle spese pluriennali nella programmazione dell'impiego delle risorse, anche in relazione all'esigenza, imposta dal diritto dell'Unione europea, di assicurare l'adempimento, già programmato, delle obbligazioni passive dall'ente territoriale.

L'orientamento da ultimo richiamato corrisponde, in senso eguale e contrario, a quello sopra esposto mediante il quale la Corte costituzionale ha censurato ogni illegittimo ampiamento della capacità di spesa dell'ente territoriale[51], in assenza di corrispondenti (legittime) coperture.

3. Sui c.d. debiti "fuori bilancio": la distinzione tra piano civilistico e piano contabile

Le recenti pronunce della Corte costituzionale con le quali sono state dichiarate costituzionalmente illegittime leggi regionali che riconoscevano debiti fuori bilancio (in particolare le sentt. n. 51, n. 81, e n. 114 del 2023) si possono collocare nel filone "restrittivo" della giurisprudenza costituzionale in materia di equilibrio di bilancio. La Corte, infatti, censura l'illegittimo ampliamento della capacità di spesa per l'inosservanza delle regole del procedimento di riconoscimento che sono strumentali alla precostituzione di una copertura finanziaria effettiva.

Per comprendere pienamente il significato di tale giurisprudenza, quindi, appare opportuno soffermarsi preliminarmente sul contenuto e gli effetti normativi tipici di tali leggi.

Più nel dettaglio, la legge di "riconoscimento" è un istituto speciale degli enti territoriali in regime di contabilità finanziaria, con il quale le Regioni rimediano ad una situazione di irregolarità che ha causa nella violazione del procedimento di spesa e produce effetti sugli equilibri di bilancio.

Da un punto di vista strettamente contabile, il "debito fuori bilancio" è una posta passiva, certa, liquida ed esigibile, che non è stata registrata o non può essere registrata a causa dell'impossibilità di impegnare il bilancio.

Tale irregolarità può dipendere da due circostanze: a) al momento della maturazione della esigibilità del debito, le autorizzazioni e la capacità di spesa del bilancio non erano in grado di accoglierne la registrazione (attraverso un atto di "impegno"); b) pur in presenza di risorse sufficienti, il procedimento di spesa non è stato attivato tempestivamente. Nel secondo caso, ad impedire la registrazione non è stata la mancanza di risorse, bensì il divieto modificare le scritture dopo la scadenza dell'esercizio (con il rinvio dell'imputazione all'esercizio successivo).

Nel primo caso, l'ente non ha assestato e variato il bilancio per reperire le maggiori risorse per la copertura del debito (artt. 193 e 194 del d.lgs. n. 267/2000, d'ora in poi: TUEL, per gli enti locali; artt. 50 e 51 del d.lgs. n. 118/2011 per le Regioni); nel secondo non si è provveduto ad emettere un

[50] Cfr., in particolare sentt. n. 247 del 2017 e n. 101 del 2018: alla pronuncia interpretativa di rigetto delle disposizioni sulla determinazione dell'equilibrio di bilancio degli enti territoriali segue una decisione di accoglimento per assicurare l'ordinario utilizzo del fondo pluriennale vincolato – volto a garantire il finanziamento di obbligazioni passive dell'ente esigibili negli esercizi successivi a quello in corso – ed evitare che esso sia trasformato in strumento finalizzato a imporre alle autonomie determinati obiettivi di finanza pubblica, precludendo di includere tale saldo nelle entrate dell'ente sub-statale ai fini del calcolo dell'equilibrio.

[51] Cfr., in particolare, sentt. n. 181 del 2015; n. 4 e n. 115 del 2020; n. 80 del 2021 a proposito dell'uso dei mutui statali a finanziamento della spesa corrente e sent. n. 18 del 2019 sull'allungamento irragionevole dei tempi di ripiano degli squilibri.

tempestivo impegno di spesa. L'impossibilità giuridica di registrare in bilancio la posta, a cascata, impedisce di attivare validamente il procedimento di spesa che conduce al pagamento.

Il comune denominatore di tali debiti è dunque il riscontro dell'irregolarità del procedimento di spesa, tra la fase di stanziamento (bilancio di previsione) e quella di impegno, che deve avvenire nel rispetto del principio di annualità e della competenza finanziaria rinforzata.

Da tale irregolarità, peraltro, scaturisce un preciso obbligo contabile: rinvenire le coperture e registrare il debito in bilancio per consentire l'erogazione delle risorse al creditore. Tale obbligo è un corollario della clausola generale di equilibrio della finanza pubblica dell'ente territoriale, la quale, per essere effettivamente soddisfatta, deve riguardare un bilancio universale.

In base al principio di universalità (all. 1, d.lgs. n. 118/2011 postulato n. 3)[52], infatti, tutti i debiti e crediti pecuniari ascrivibile all'ente pubblico devono essere registrati (imputati) nel suo bilancio.

Si può quindi affermare che il procedimento di riconoscimento di debito è una disciplina per l'adempimento di un obbligo contabile, affidato a regole precise.

La fattispecie di tale obbligo è tipizzata, nel caso delle Regioni, nell'art. 73 del d.lgs n. 118/2011, nel caso degli enti locali, nell'art. 194 TUEL.

Il primo elemento della fattispecie è l'esistenza di una obbligazione passiva (pecuniaria) certa (non contestata o non contestabile), liquida, esigibile e, quindi, vincolante. Il secondo elemento, come si è detto, è l'irregolarità del procedimento di spesa. Questa distinzione consente di introdurre un'importante regola: l'istituto in parola non rimedia né costituisce ad effetti civilistici, né l'illegittimità del procedimento di spesa, a ordinamento vigente, può impattare sulla validità del titolo civilistico sottostante alla posta. L'obbligazione, infatti, sorge (art. 1173 c.c.) ed impegna la responsabilità patrimoniale dell'ente territoriale (art. 2740 c.c.), a prescindere dal ripristino degli equilibri e delle coperture. È proprio tale esistenza e validità a costituire, a sua volta, il presupposto della irregolarità del procedimento di spesa per violazione del principio di universalità.

Ne consegue, che l'eventuale pagamento irrituale di tali debiti non genererebbe una fattispecie di indebito, né oggettivo, né soggettivo (art. 2033 e ss. c.c.)[53], ma soltanto eventuali responsabilità personali di chi ha fatto sorgere il debito e pagato senza autorizzazione (art. 28 Cost.). Il piano civilistico corre quindi parallelo a quello del bilancio e ai suoi effetti che vincolano l'organizzazione territoriale al rispetto di regole di diritto pubblico, finalizzate a garantire la democraticità delle decisioni allocative e la costante osservanza dell'equilibrio di bilancio (cfr. *infra*).

Si può dunque affermare che il debito fuori bilancio è il risultato di un procedimento legislativo/contabile specifico, caratterizzato da determinati effetti. Quanto ai presupposti: a) l'esistenza di un'obbligazione civile certa ed esigibile; b) una irregolarità del procedimento di spesa. Quanto agli effetti, l'obbligo di rimediare allo squilibrio di bilancio connesso al difetto di copertura del debito a suo tempo non incluso nel bilancio, attivando un procedimento legislativo speciale.

3.1. Segue: *il debito fuori di bilancio come alterazione delle autorizzazioni di spesa*

L'obbligo di rimediare sorge in ragione del fatto che le risorse (e le coperture) esistono solo dentro al bilancio e che il debito civile è destinato, prima o poi, a trasformarsi in titolo esecutivo, con l'aggressione diretta della cassa da parte del creditore e la conseguente manifestazione di un difetto di risorse. È quindi necessario intervenire sul bilancio, per diminuire le spese programmate o aumentare le entrate disponibili, per rispristinare le coperture e l'equilibrio prospettico.

---

[52] Secondo cui: «Sono incompatibili con il principio dell'universalità le gestioni fuori bilancio, consistenti in gestioni poste in essere dalla singola amministrazione o da sue articolazioni organizzative – che non abbiano autonomia gestionale – che non transitano nel bilancio. Le contabilità separate, ove ammesse dalla normativa, devono essere ricondotte al sistema di bilancio dell'amministrazione entro i termini dell'esercizio».

[53] In tema, si rinvia *amplius* a P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti, I rimedi restitutori*, UTET, Torino, 1998; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, Zanichelli, Bologna,1981.

Come è noto, la corrispondenza tra coperture (risorse) e spese (impegni) è assicurata giuridicamente tramite il sistema delle autorizzazioni di bilancio, che si traducono in due limiti costanti all'azione solutoria della pubblica amministrazione: uno generale, consistente nell'obbligo di non superare il vincolo delle risorse complessivamente disponibili (art. 40 del d.lgs. n. 118/2011), l'altro derivante dalle specifiche scelte allocative compiute attraverso le autorizzazioni per determinate missioni e programmi (artt. 10, 13 e 45 del d.lgs. n. 118/2011).

Il limite generale è un corollario del principio di unità (d.lgs. n. 118/2011, all. 1, postulato n. 2), secondo cui «il complesso unitario delle entrate che finanzia l'amministrazione pubblica […] [deve] sost[enere] la totalità delle sue spese durante la gestione».

Tra le risorse vi è anche la "parte disponibile" del risultato di amministrazione (art. 42 d.lgs. n. 118/2011 e allegato n. 10 che ne disciplina la struttura)[54]. L'ente, ove lo ritenga necessario, può infatti applicare tale risorsa al bilancio per finanziare le spese (art. 40 d.lgs. n. 118/2011).

Quando tuttavia l'equilibrio iniziale viene meno in corso di esecuzione, l'ordinamento impone di "rimediare" con "misure correttive" attraverso cui deve essere assicurato – secondo quanto affermato dalla sopra richiamata giurisprudenza costituzionale – un «*armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche*»[55]. La misura correttiva consiste nell'obbligo di effettuare una variazione ed assestamento del bilancio (artt. 50 e 51 del d.lgs. n. 118/2011), per adeguare l'autorizzazione generale di spesa, rispristinando la complessiva capacità di copertura del bilancio.

Il secondo limite, più specifico, è costituito dal "programma" (artt. 10, 13 e 45 del d.lgs. n. 118/2011). Come è noto, il programma è l'autorizzazione di spesa relativa ad un ambito omogeneo di attività, interno alle missioni. Esso consente all'autorità di bilancio[56] di effettuare le proprie "scelte" allocative[57]. Anche tale scelta avviene sotto il controllo degli organi della rappresentanza politica, che approvano il bilancio, utilizzando il programma come "unità di voto". Il programma, pertanto, è il principale contenuto "politico" che si impone attraverso il suo valore "giuridico" di limite alla spesa specifica e di ostacolo alle variazioni di bilancio da parte dell'esecutivo, senza il controllo e la nuova approvazione da parte delle assemblee elettive.

Gli stessi limiti si impongono nella fase esecutiva attraverso la distribuzione delle autorizzazioni tra i capitoli di spesa[58]: si può infatti affermare che il bilancio di previsione, successivamente alla sua approvazione, si articola in unità elementari (i capitoli) che vengono muniti di una precisa dotazione finanziaria. Nell'ambito (e nei limiti) del capitolo è possibile adottare gli altri atti del procedimento di spesa, tra cui, il più importante: l'"impegno". Quest'ultimo è quindi un atto amministrativo che

---

[54] Per la qualificazione del risultato di amministrazione come un elemento del patrimonio proprio dell'ente territoriale, cfr. C. cost. sent. n. 247 del 2017. Sulla struttura giuridica del risultato di amministrazione cfr. F. SUCAMELI, *L'equilibrio dei bilanci pubblici nella Carta costituzionale e nella legislazione ordinaria. Presupposti e limiti al ripiano pluriennale dei disavanzi di amministrazione degli enti locali e delle regioni*, in A. CANALE – D. CENTRONE – F. FRENI – M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffré, Milano, 2019, 659 ss.

[55] Sent. n. 250 del 2013, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

[56] L'espressione "autorità di bilancio" è usato dall'art. 6 della direttiva n. 2011/85/Ue e dall'art. 2 del regolamento n. 473/2011/Ue (che presuppongono una separazione, quantomeno funzionale, tra autorità di audit e attori del bilancio). Nella Costituzione italiana tali autorità sono sempre l'esecutivo e l'assemblea rappresentativa, che svolge funzioni di controllo politico sull'iniziativa del primo, con l'approvazione del bilancio, delle sue variazioni e la rendicontazione.

[57] Cfr. sent. C. cost. n. 184 del 2016.

[58] Il sistema delle autorizzazioni procede poi a cascata nella fasa amministrativa e di gestione, imponendo che gli atti propedeutici della riscossione e del pagamento (l'accertamento delle entrate e l'impegno di spesa), siano contenuti nei limiti delle due autorizzazioni cui sopra. Ciascun programma viene esploso in capitoli tramite il "documento tecnico" (il piano esecutivo per gli enti locali, cfr. art. 39 comma 10 d.lgs. n. 118/2011). L'impegno, infatti, insiste sui capitoli e consiste una "prenotazione" dello spazio finanziario già autorizzato con missioni e programmi. L'impegno, a sua volta, costituisce limite autorizzativo delle successive fasi di spesa (ordinazione, mandato e, infine, il pagamento, cfr. art. 52 d.lgs. n. 118/2011 e parr. 5 e 6 all. n. 4/2 d.lgs. n. 118/2011). In questo modo la copertura, giuridicamente corrispondente all'autorizzazioni di bilancio, viene rispettata per tutto il procedimento amministrativo di spesa.

produce un effetto contabile, consistente nel "prenotare" lo spazio finanziario disponibile (declinato dal programma al capitolo). Grazie a questa catena giuridica ed amministrativa (al cui vertice è allocata la legge di bilancio) i pagamenti non possono superare lo stanziamento di bilancio originariamente stabilito per ogni singolo programma e, di conseguenza, le coperture disponibili.

La contabilità finanziaria, quindi, attraverso il richiamato sistema di "autorizzazioni" del bilancio di previsione, garantisce la democraticità del processo allocativo e, in ultimo, dell'intero ciclo di spesa, anche in fase esecutiva.

I due limiti, infatti, determinano lo "spazio finanziario" disponibile per le operazioni economiche a valle (produzione di beni e servizi finali). Il disallineamento tra limite e fabbisogno di spesa (e quindi di nuove coperture) comporta la necessità effettuare "variazioni" ed "assestamenti" del bilancio iniziale (artt. 50 e 51 del d.lgs. n. 118/2011)[59]. Tanto accade anche nel caso del debito fuori bilancio, in cui a variare non è il fabbisogno (le spese programmate), ma il monte dei debiti che già impegnano, civilisticamente, il patrimonio dell'ente territoriale (art. 2740 c.c.), diminuendo le coperture effettive.

3.2. Segue: *regole del procedimento di spesa e copertura effettiva*

Il debito fuori bilancio, infatti, è una passività certa, liquida ed esigibile per cui non esiste alcuna prenotazione di copertura. La sua formazione dipende dalla violazione di regole del procedimento di spesa a presidio della effettività delle coperture. Ricapitolando, la sua formazione può dipendere: a) da una insufficienza originaria delle autorizzazioni; b) dalla impossibilità giuridica di "impegnare" il capitolo a causa della violazione b.1) del principio di certezza delle scritture; b.2) di quello della competenza rinforzata; o, infine, b.3.) del principio di annualità.

Il principio di certezza delle scritture è un corollario di quello di sincerità e veridicità (postulato n. 5, all. 1 del d.lgs. n. 118/2011). In base a tale precetto non è possibile modificare il conto una volta che le scritture vengono chiuse alla scadenza di un termine previsto dalla legge[60].

Allo scadere del tempo, infatti, la contabilità genera il saldo su cui si deve programmare l'esercizio successivo. Il saldo è la risultante di tre grandezze che, raffrontate, consentono di misurare il grado o adeguatezza delle coperture: da un lato i debiti (residui passivi), dall'altro le risorse, costituite dai crediti (i residui attivi) e dalla cassa. La differenza tra i debiti e le risorse restituisce il risultato di amministrazione (art. 42 del d.lgs. n. 118/2011). Da questa brevi considerazioni, si comprende come tale saldo, se negativo, misura il difetto di coperture (disavanzo); se positivo, indica un risparmio,

---

[59] La ricognizione dinamica di minori entrate (ossia di coperture) e di maggiori spese determina la necessità di ristabilire staticamente il pareggio inziale, diminuendo o aumentando le autorizzazioni di spesa. Nel secondo caso, è ovvio, ciò implica l'obbligo di rinvenire una nuova copertura. Detto in altri termini: l'emersione di uno squilibrio dinamico (ossia, di una alterazione del pareggio in corso di esercizio) obbliga ad una "misura correttiva", ossia, una variazione del bilancio inziale deliberato ai sensi dell'art. 40 del d.lgs. n. 118/2011.

[60] La Corte costituzionale mette in evidenza che il principio di continuità delle scritture, interagendo con il principio di certezza, vieta di modificare le scritture: cfr., da ultimo, sent. C. cost. n. 114 del 2023, punto n. 4.3: «*Del resto, una legge regionale che intervenga ex post su un esercizio già chiuso compromette l'attendibilità dei valori contabili espressi nel rendiconto. Infatti, ciò si riflette sui valori presi a riferimento per la ricostruzione contabile degli esercizi successivi, ponendosi in contrasto con l'inderogabile principio di continuità tra gli esercizi finanziari, che richiede il collegamento genetico tra i bilanci secondo la loro sequenza temporale (sentenze n. 268 del 2022 e n. 274 del 2017)».* In proposito la giurisprudenza contabile parla di principio generale di irretrattabilità dei saldi, espressi con i documenti del ciclo di bilancio (cfr. Sezioni riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione, sentenze n. 16 del 2022 e n. 4 del 2023), che rovescia, in materia contabile, il principio generale di autotutela amministrativa. Il principio è desumibile per induzione da numerose norme che pongono un termine di decadenza o fissano l'unicità dell'atto, rendendo invalicabile il termine o l'atto compito, rendendo illegittime le scritture correttive. Tra queste l'art. 150 R.D. 23 maggio 1924, n. 827 sulla immodificabilità dei rendiconti pubblici; il § 11.10 all. n. 4/2 del d.lgs. n. 118/2011, sui limiti al riaccertamento ordinario dei residui, l'art. 3, comma 8, d.lgs. n. 118/2011 sulla unicità del riaccertamento straordinario; l'art.51 comma 6 del d.lgs. n. 118/2011 sul limite del 20 novembre per effettuare variazioni ed assestamenti del bilancio di previsione, l'art. 246 del TUEL sulla irrevocabilità del dissesto; l'art. 243-*bis*, comma 5, e 243-*quater*, comma 7, del TUEL per i piani di riequilibrio.

ossia le risorse disponibili (avanzo) per le coperture negli esercizi successivi. Il risultato di amministrazione è quindi un elemento del patrimonio dell'ente territoriale (art. 119, secondo comma, Cost.) che può essere utilizzato per conseguire gli equilibri nei successivi bilanci di previsione ai sensi degli artt. 40, 50 e 51 del d.gs. n. 118/2011[61].

Alterare le grandezze che consentono di quantificare il risultato di amministrazione dopo la scadenza, quindi, significa consentire la libera manipolazione dei risultati, con l'impossibilità di ricostruire la reale situazione della finanza pubblica. Non è possibile creare residui passivi ad esercizio chiuso, né pagare debiti fuori bilancio su quelli esistenti: se si consentisse di pagare un debito fuori bilancio su un residuo passivo impegnato ad altro titolo, infatti, il pagamento sfrutterebbe una copertura già "prenotata" per altre passività, distraendola e creando surrettiziamente un *deficit* di bilancio[62].

È dunque questa la ragione per cui un debito che non viene registrato tempestivamente non può più essere imputato su capitoli e sui residui della annualità precedente (principio di annualità)[63], ma – in modo trasparente – deve essere necessariamente finanziato nell'annualità successiva, con nuove entrate o con il risultato di amministrazione disponibile, alle condizioni di legge[64].

Per le stesse ragioni (certezza ed effettività dell'equilibrio) le coperture devono rispettare il principio della competenza finanziaria rinforzata[65], garantendo coerenza tra i flussi di cassa delle entrate (delle nuove coperture) e i debiti. In ultima analisi, la sincronia tra i flussi di cassa sottostanti indica la capacità della copertura finanziaria di conseguire l'obbiettivo del pagamento. In definitiva, una entrata (copertura/risorsa) può essere registrata in bilancio e finanziare una spesa (impiego) solo se entrambe le poste corrispondono a debiti e crediti esigibili (competenza finanziaria rinforzata) nello stesso anno.

3.3. Segue: *la natura e gli effetti della legge di riconoscimento del debito*

Se il bilancio di previsione e le sue variazioni non sono altro che manovre di copertura di spese che si prevede diventeranno esigibili, l'emersione di un debito vincolante per l'ente territoriale e l'attivazione del procedimento per il suo riconoscimento altro non sono che un assestamento del bilancio in corso, per rinvenire la copertura per una spesa già esigibile e tuttavia non registrata. In questa prospettiva, la procedura contemplata dall'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011 (e quella prevista

---

[61] Nonché ai sensi dell'art. 9 della legge n. 243 del 2012: cfr. sent. C. cost. n. 247 del 2017.

[62] Se infatti un debito scaduto venisse registrato contabilità chiusa, l'imputazione avverrebbe certamente a danno dello spazio finanziario già occupato da altri debiti. L'eventuale spazio finanziario residuo di fine esercizio, infatti, si trasforma in risultato di amministrazione, che è applicabile negli esercizi successivi per il finanziamento di nuove e diverse spese alle condizioni di legge. In pratica, in caso di violazione del principio di annualità e di competenza finanziaria rinforzata, il debito troverebbe copertura su risorsa già "prenotata", creando, a fronte del riconoscimento del debito, dei residui passivi deprivati della loro copertura (cfr. Sez. reg. controllo per la Campania decisione n. 162/2015/PRSP, in merito ai c.d. "residui passivi extra-bilancio").

[63] Postulato n. 1, all. n. 1, del d.lgs. n. 118/2011. Lo scopo è evitare un disallineamento dei flussi di cassa ed il rischio di allungamento dei tempi di pagamento, a danno dei creditori. Sul principio cfr. F. Sucameli, *Contabilità finanziaria, contabilità economica e contabilità analitica come "materia" e come "tecnica". in particolare, il principio della competenza finanziaria potenziata e le sue declinazioni*, in A. Canale - D. Centrone -F. Freni - M. Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, cit., 619 ss.

[64] Cfr. art. 42 d.lgs. n. 118/2011 e art. 1, commi 897 e 898, della legge n. 145/2018.

[65] Postulato n. 16, all. n. 1, e § 2 dell'all. n. 4/2 del d.lgs. n. 118/2011). Il principio impone di registrare nei bilanci tutte le obbligazioni contratte dall'ente imputandole all'esercizio in cui esse vengono in scadenza (precedentemente, a tali fini, era sufficiente il contratto o il titolo giuridico), in maniera tale da porre in rilievo il lasso temporale intercorrente tra l'accertamento e l'effettivo impiego di tali risorse. Tale principio consente di avvicinare il criterio della competenza a quello della cassa al fine di agevolare il computo dell'indebitamento netto del conto economico delle amministrazioni pubbliche che costituisce l'indicatore decisivo ai fini della verifica del rispetto dei vincoli europei. Ne consegue che, se la programmazione di bilancio è stata correttamente eseguita, vengono quantificati in bilancio stanziamenti adeguati a sostenere impegni e pagamenti esigibili nel corso dell'esercizio finanziario a cui il bilancio si riferisce sulla base delle obbligazioni contratte a legislazione vigente.

dall'art. 194 del TUEL per gli enti locali) si configura come forma speciale di variazione del bilancio in corso di esecuzione, che segue un procedimento in parte diverso da quello previsto dagli artt. 40, 50 e 51 del d.lgs. n. 118/2011.

Infatti, lo scopo (e l'effetto fondamentale) della legge di riconoscimento di debito è il rinvenimento della copertura, mediante una variazione delle autorizzazioni del bilancio di previsione. Diversamente, il riconoscimento violerebbe la clausola generale di equilibrio che non ammette alterazioni dell'equilibrio dinamico[66]. Non è quindi possibile il riconoscimento senza una contestuale variazione di bilancio. Non a caso, nella disciplina degli enti locali, la disciplina del riconoscimento di debito è topograficamente associata a quella dell'assestamento di bilancio (artt. 193 e 194 del TUEL).

Per altro verso, il riconoscimento di debito rimedia ad una irregolarità del procedimento di spesa, ampiamente inteso. Esso (articolato nelle quattro fasi di: impegno; liquidazione; ordinazione; pagamento) viene sanato operando sui suoi presupposti, variando le autorizzazioni di bilancio. In questa prospettiva, il "procedimento" di riconoscimento di debito è una revisione del procedimento di spesa ("allargato" alla fase di previsione), il cui effetto fondamentale è l'assestamento degli stanziamenti nel bilancio di previsione, allo scopo di consentire l'imputazione al bilancio del debito e tutelare gli equilibri.

Occorre pertanto domandarsi quali siano gli effetti "normativi" della legge di riconoscimento del debito fuori bilancio. La risposta è conseguenziale alle premesse: gli stessi della legge di bilancio e delle sue variazioni. Infatti, "riconoscere" il debito significa da un lato individuare le coperture e autorizzare l'imputazione al bilancio della spesa già esigibile e, dall'altro lato, "rimediare" ad un'irregolarità in atto, che genera uno squilibrio di bilancio, effettuando scelte allocative[67].

L'irregolarità "rimediata" non riguarda solo la spesa finale (il bene e il servizio acquistato), ma, anche, un indebitamento surrettizio contratto dall'ente eppure non autorizzato. La violazione del procedimento di spesa, infatti, implica l'impossibilità di effettuare il pagamento, lasciando il capitale finanziario nella disponibilità della pubblica amministrazione. Si tratta perciò di una forma di prestito forzoso[68], che la pubblica amministrazione può imporre al mercato, sulla base di proprie scelte unilaterali[69]. Le norme che disciplinano il procedimento di riconoscimento, quindi, discendono da diversi precetti costituzionali: dall'armonizzazione, al principio di democraticità del bilancio e, infine, all'equilibrio e ai limiti all'indebitamento (art. 119, commi primo e settimo, Cost.).

Peraltro, la legge di riconoscimento non costituisce né innova il titolo sostanziale del debito, che invece la precede quale *prius* logico e normativo, su cui essa non dispone effetti aggiuntivi, se non di tipo contabile.

Infine, una precisazione, rilevante per comprendere l'inammissibilità di una delle censure nel giudizio di legittimità costituzionale definito dalla sentenza n. 51 del 2023. Il procedimento di riconoscimento, nel caso degli enti locali, per conto, è una procedura interamente amministrativa (art. 194 TUEL). Il principio applicato 9.1 dell'Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011, pertanto, quando prescrive che: «[l]'emersione di debiti assunti dall'ente e non registrati quando l'obbligazione è sorta comporta la necessità di attivare la *procedura amministrativa* di riconoscimento del debito fuori bilancio, prima di impegnare le spese con imputazione nell'esercizio in cui le relative obbligazioni sono esigibili» (cors. ns.) commette un *lapsus* legislativo, a causa di un evidente errore di prospettiva

---

[66] Cfr. sent. C. cost. n. 192 del 2012.

[67] Il contenuto innovativo fondamentale della legge di bilancio è l'effetto di destinazione delle risorse a beni e servizi, effettuando scelte allocative. In questo senso, si vedano sentt. C. cost. n. 10 e n. 184 del 2016.

[68] Cfr. Reg. Ue n. 549/2013, Allegato A, par. 20.132 (c.d. SEC 2010).

[69] Non a caso, in sede europea, è stata emanata una stringente disciplina contro i ritardi nei pagamenti delle pubbliche amministrazioni, recepita con il d.lgs. n. 231/2002. In tema cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, in speciale composizione, n. 4/2023/EL, punto 17.4. Anche la giurisprudenza delle Sezioni regionali della Corte dei conti ha più volte sottolineato valorizzando le esigenze di tempestività nel riconoscimento del debito "fuori bilancio": cfr., ad esempio, Corte dei conti, Sezione regionale controllo Marche, decisione 5 ottobre 2020, n. 8

del legislatore. Esso, infatti, ha dettato il principio contabile "come se" riguardasse solo gli enti locali, senza considerare la differenza intercorrente tra i due enti; errore, tuttavia, che è facilmente superabile in via interpretativa[70].

4. Il procedimento "speciale" di riconoscimento

In effetti, a discolpa del legislatore, il "procedimento di riconoscimento" è disciplinato dall'art. 194 del TUEL per gli enti locali e dall'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011, in modo quasi del tutto speculare[71].

Il caso trattato dalla sentenza, inoltre, riguardava un caso speciale, quello della lettera *e)* concernente «l'acquisizione di beni e servizi in assenza del preventivo impegno di spesa» (art. 73, comma 1, lett. *e)* d.lgs. n. 118/2011).

Tale fattispecie, nel caso delle regioni, non presenta peculiarità rispetto agli altri casi nell'elenco legislativo. Non è così per gli enti locali. In tale contesto, il riconoscimento (derogando alla regola della separazione) ha anche un effetto civilistico: poiché la violazione del procedimento di spesa, nell'ordinamento degli enti locali, è "sanzionato" con l'imputazione del debito al funzionario che agito "*ultra vires*" (art. 191, comma 6, del TUEL), la delibera amministrativa *ex* art. 194 del TUEL, *ex lege*, determina una novazione soggettiva dell'obbligazione, poiché l'ente imputa a sé stesso il debito di un terzo (il funzionario). Ove il debito fosse pagato prima del riconoscimento, infatti, le somme andrebbero restituite trattandosi di un indebito soggettivo (art. 2036 c.c.).

Nel caso delle Regioni, mancando una norma speculare all'art. 191, comma 6, del TUEL, il procedimento ha solo l'effetto contabile di consentire il controllo politico della spesa, rimesso al Consiglio regionale, a cui spetta individuare e allocare le risorse di copertura per completare il procedimento necessario al pagamento.

Tanto premesso, occorre osservare che tutte le ipotesi contemplate dall'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011 riguardano fattispecie per cui – nonostante l'illegittimità del procedimento di spesa – nasce o si consolida un obbligo di pagamento ai sensi dell'art. 1173 c.c. L'unico punto di contatto tra disciplina contabile e civilistica riguarda il caso della rateazione. L'accordo con i creditori, infatti, realizza una parziale novazione del titolo sottostante, su cui l'accordo stesso agisce modificando il termine di esigibilità.

Il piano di rateizzazione, comunque, non può superare la durata di tre esercizi finanziari (pari all'orizzonte temporale del bilancio di previsione) compreso quello in corso, convenuto con i creditori. La ragione di tale disposizione è evidente[72]: evitare che l'accordo con i creditori diventi uno strumento per aggirare limiti di diritto pubblico in tema di equilibrio (artt. 1344, 1418, comma 1, e 1419 c.c.), accedendo a tempi di rientro incompatibili con tale "clausola generale" (art. 42, comma 12, d.lgs. n. 118/2011).

Tanto premesso, la disciplina dell'art. 73 disciplina un particolare procedimento legislativo omogeneo (identico per tutte le Regioni, ai sensi dell'art.117, comma 2, lett. *e)* Cost.), che non intende produrre effetti civili, ma garantire il rispetto del principio di democraticità e di equilibrio del bilancio.

---

[70] Il principio contabile (il cui ambito soggettivo è relativo dia a regioni che enti locali) fa un evidente riferimento improprio al "procedimento amministrativo" di riconoscimento del debito fuori bilancio. Solo negli enti locali, infatti, il riconoscimento di debito avviene con atto amministrativo (artt. 194 TUEL), nelle Regioni avviene per legge (art. 73 d.lgs. n. 118/2011), per proseguire, poi, in via amministrativa, con l'impegno, l'ordinazione, il mandato, il pagamento.

[71] Le fattispecie elencate dall'art. 73, comma 1, e dall'art. 194 TUEL, più nel dettaglio, sono le seguenti: a) sentenze esecutive; b) copertura dei disavanzi di enti, società ed organismi controllati, o, comunque, dipendenti dalla Regione, purché il disavanzo derivi da fatti di gestione; c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, delle società controllate dalla Regione; d) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità; e) acquisizione di beni e servizi in assenza del preventivo impegno di spesa.

[72] Cfr. Sezioni riunite in sede giurisdizionale, spec. comp. sentenza n. 37/2020/EL.

La competenza a riconoscere i debiti "fuori bilancio" è affidata al Consiglio regionale, che provvede, come si è detto, in forma di legge. Vista la natura della legge (coincidente con quella di un assettamento del bilancio) la forma, infatti, è simmetrica a quella necessaria per l'approvazione del bilancio e le sue variazioni (artt. 40, 50 e 51 d.lgs. n. 118/2011).

L'aver affidato al Consiglio regionale la funzione di riconoscere, con legge, la legittimità dei debiti "fuori bilancio" (art. 73 del decreto legislativo n. 118 del 2011) costituisce previsione di particolare rilievo almeno per due ordini di ragioni: a) consente di controllare la destinazione delle risorse nuove e di verificare il disallineamento dalle precedenti leggi di previsione da parte dell'amministrazione; b) costituisce, per l'effetto, strumento di valorizzazione della veridicità dei bilanci e del principio della responsabilità di mandato.

Come si accennava, tuttavia, si tratta di una forma "speciale" di variazione/assettamento, poiché speciale è il suo presupposto: occorre dare copertura ad una obbligazione che non è solo programmata, ma che è già sorta, impegnando il patrimonio dell'ente territoriale (art. 119, secondo comma, Cost.).

Nel caso della sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2023, tale obbligazione è stata contratta senza il previo impegno di spesa (art. 73, comma 1, lett. *e)* del d.lgs. n. 118/2011), sicché essa non presenta particolari deviazioni dal modello della legge di bilancio. La specialità della procedura emerge invece al comma 4, per il caso dei debiti fuori bilancio sostenuti da un titolo giudiziario esecutivo (lettera *a)*). In tale caso, il d.lgs. n. 118/2011 prevede che il Consiglio regionale deve provvedere al riconoscimento della legittimità dei debiti "fuori bilancio" entro trenta giorni dalla ricezione della relativa proposta; decorso inutilmente tale termine, il debito si intende (sempre *ex lege*) riconosciuto.

La *ratio* della disposizione è evidente: bilanciare il principio democratico (e il controllo sul bilancio delle Assemblee elettive regionali), con l'obbligo di assicurare tutela e riconoscere un diritto civile di credito, rafforzato da un titolo giudiziario che ha rimosso l'incertezza sulla sua obbligatorietà. Tale spesa è quindi "necessaria" e deve essere riconosciuta per garantire un effettivo equilibrio, minacciato da una procedura esecutiva in danno della cassa regionale. Il riconoscimento automatico senza previa copertura, infatti, comporta l'iscrizione di un debito senza contropartita, che va quindi a peggiorare il risultato di amministrazione. Tale peggioramento fa sorgere l'obbligo di approvare il bilancio di previsione o un suo assestamento che tenga conto della variazione. In pratica, la deroga sposta la copertura e l'equilibrio dalla procedura dell'art. 73 a quelle previste dagli artt. 40, 50 e 51 del d.lgs. n. 118/2011.

In definitiva, il procedimento speciale di riconoscimento dei debiti "fuori bilancio" produce effetti e assolve a funzioni coincidenti con quelle del bilancio di previsione e dei suoi assestamenti, costituendo una revisione dei vincoli autorizzativi per l'impego delle risorse al fine di adeguare o ampliare la capacità di spesa dell'ente.

5. La sentenza n. 51 del 2023 e la sua significativa incidenza sui principi della contabilità pubblica

La sentenza n. 51 del 2023, quindi, rientra nel "filone" della giurisprudenza costituzionale rivolto a censurare ogni illegittimo ampliamento della capacità di spesa dell'ente territoriale.

Più nel dettaglio, la norma impugnata (art. 1 della legge regionale del Molise n. 4 del 2022) aveva riconosciuto un debito per rimborsare i comuni della spesa sostenuta in occasione delle elezioni regionali del 2011, disponendone la relativa copertura a gravare sul bilancio di previsione 2021-2023, esercizio 2021[73], senza rispettare le regole statali, dettate a presidio dell'equilibrio di bilancio (armonizzazione contabile).

[73] La diposizione censurata, al comma 1, riconosceva la legittimità del "debito fuori bilancio" ai sensi dell'art he, ai sensi dell'art. 73, comma 1, lettera e), de d.lgs. n. 118/2011 «per euro1.343.493,60 relativi al rimborso a comuni diversi del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del Consiglio Regionale 2011». L'importo era quello rendicontato dai comuni

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge per violazione del «*principio contabile dell'annualità del bilancio di cui all'art. 3 del d.lgs. 118/2011*» e per la conseguente violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *e),* Cost. L'art. 3 del decreto legislativo n. 118 del 2011 è utilizzato come norma interposta per accertare la violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici.

La vicenda sostanziale sottostante è a dir poco eccentrica: la legge regionale rinveniva fondi e riconosceva l'esistenza di un obbligo di rimborso a carico della Regione per adempimenti amministrativi che la legislazione elettorale "di contorno" affida ai comuni. In particolare, secondo quanto previsto dalla legislazione statale, i comuni anticipano la spesa, mentre la Regione deve rimborsare gli oneri finanziari sostenuti, in base a un rendiconto da presentare entro tre mesi dalle consultazioni elettorali[74]. Le consultazioni elettorali, peraltro, risalivano al 2011.

Nel caso esaminato, tra l'altro, la Regione Molise aveva emesso un impegno di spesa anteriormente alla legge[75]. La legge di riconoscimento, quindi, intendeva operare in sanatoria, alla stregua di una variazione di bilancio ad esercizio concluso.

La Corte ha anzitutto dichiarato inammissibile la censura relativa all'asserito contrasto con il «*principio applicato 9.1 dell'Allegato 4/2*» al decreto legislativo n. 118 del 2021 in materia di debiti fuori bilancio per insufficiente motivazione, in quanto lo Stato ricorrente non si doleva di un vizio proprio della legge regionale, bensì dell'atto di impegno di spesa che l'ha preceduta, «*come senza dubbio emerge dall'accento posto sul momento in cui tale atto gestionale è stato adottato, omettendo, peraltro, ogni riferimento all'art. 73 del d.lgs. n. 118 del 2011, che chiaramente si coordina con il principio contabile evocato*»[76].

La censura è stata quindi dichiarata inammissibile in quanto rivolta non già all'atto legislativo, bensì all'atto di impegno, cioè all'atto (amministrativo) di gestione con cui la spesa è stata impegnata. Sembrerebbe, quindi, che l'inammissibilità della censura mossa in riferimento al paragrafo 9.1 del principio contabile applicato sulla contabilità finanziaria derivi da una insufficiente motivazione sulla natura del procedimento necessario al riconoscimento del debito che, a monte, peraltro, a differenza degli enti territoriali, presuppone la legge di bilancio (vale a dire un atto di natura legislativa).

Infatti, il "procedimento di riconoscimento", tanto per le Regioni quanto per gli enti locali, impone che l'impegno di pagamento segua il riconoscimento di debito "fuori bilancio". Pertanto, la legge, operando in sanatoria e aggirando la naturale catena autorizzativa non è immune da vizi; tuttavia, la questione è inammissibile così sollevata, per difetto di motivazione, perché il ricorrente, non ha motivato la connessione tra procedura amministrativa[77] e vizio della legge di riconoscimento, adottata ai sensi dell'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011.

«come dettagliato per ciascun comune nel prospetto ivi inserito». Al comma 2, la diposizione impugnata stabiliva che i relativi oneri trovavano copertura nel bilancio di previsione 2021-2023, esercizio 2021.

[74] Cfr. art. 17, decimo comma, della legge n. 136 del 1976.

[75] Nella sentenza n. 51 del 2023, punto n.1.1 del "Ritenuto in fatto", la Corte ricostruisce il caso nei seguenti termini «Il ricorrente segnala quindi che la Regione avrebbe registrato l'impegno di spesa relativo al debito fuori bilancio in data 31 dicembre 2021, mentre al riconoscimento del suddetto debito il Consiglio regionale avrebbe provveduto soltanto con la impugnata legge reg. Molise n. 4 del 2022, la cui proposta era stata approvata con deliberazione della Giunta regionale del 30 dicembre 2021, n. 498».

[76] Sent. n. 51 del 2023, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

[77] L'amministrazione regionale rimane pertanto vincolata dal principio stesso ad attivare, in caso di necessità e alle condizioni previste dalla legge, il procedimento di riconoscimento dei debiti "fuori bilancio" e, in un secondo momento, ad adottare l'impegno di spesa soltanto dopo l'approvazione della legge, una volta, cioè, che l'obbligazione sia correttamente imputata all'ente e divenuta esigibile. Resta, quindi, ferma l'idoneità sia dell'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011 sia del paragrafo 9.1 del principio contabile applicato sulla contabilità finanziaria a costituire norma interposta nel giudizio di costituzionalità delle leggi regionali, secondo quanto ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale in ordine al decreto legislativo n. 118 del 2011 e ai relativi allegati. E rimane conseguentemente uno spazio per le Sezioni regionali della Corte dei conti per sollevare eventuali questioni di legittimità costituzionale, ad esempio, in sede di giudizio

Una volta dichiarata inammissibile tale censura, la Corte costituzionale ha invece accertato il contrasto della disposizione impugnata con il richiamato art. 3 del d.lgs. n. 118 del 2011 per violazione del principio dell'annualità del bilancio: la pronuncia della Corte ha pertanto dichiarato costituzionalmente illegittimi entrambi i commi della disposizione impugnata. Gli effetti caducatori della pronuncia si sono prodotti sia sul comma 2, relativo alla copertura finanziaria, sia sul comma 1, relativo al riconoscimento del debito "fuori bilancio" ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. *e)* del d.lgs. n. 118/2011 ("acquisizione di beni e servizi in assenza del preventivo impegno di spesa").

L'argomento fondamentale addotto dal Giudice delle leggi è la violazione del principio di annualità come corollario del principio di effettività della copertura. Infatti, secondo quanto affermato da una giurisprudenza costituzionale consolidata, la legge di riconoscimento di un debito fuori bilancio deve provvedere alla relativa copertura «facendo riferimento alle risorse finanziarie in quel momento effettivamente disponibili»[78]. Da ciò segue che l'individuazione della *previa* copertura, oltre ad essere certa, congrua e attendibile[79], deve essere "contestuale" alla legge regionale di riconoscimento di un debito fuori bilancio[80].

Ne consegue che, nel caso di specie, allo scopo di garantire il pieno rispetto del principio di copertura, la legge di riconoscimento doveva allocarsi o correggere la manovra del bilancio di previsione 2022-2024, ai sensi degli artt. 40, 50 e 51 d.lgs. n. 118/2011, con un adeguamento del sistema delle autorizzazioni di bilancio. All'opposto, la copertura finanziaria della disposizione di legge censurata è stata individuata con riferimento all'esercizio 2021, pur essendo tale esercizio finanziario ormai decorso: l'effetto è di creare un sovraffollamento di spese, in esercizi in cui le coperture sono già "compiute" e destinate ad equilibri già conclusi, che hanno concorso a definire il risultato di amministrazione.

Come si è messo sopra in evidenza, la disposizione, operando sui resti e sui capitoli dell'esercizio precedente ha "occupato" lo spazio finanziario di coperture che avrebbero dovuto confluire nel risultato di amministrazione, la cui utilizzabilità a titolo di copertura negli esercizi successivi è invece sottoposta ai limiti dell'art. 42, comma 6, del d.lgs. n. 118/2011, nonché, non meno importante, a quelli stabiliti dall'art. 1, commi 897 e 898, della legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019)[81].

Disporre la copertura finanziaria a valere sull'esercizio 2021 del bilancio di previsione 2021-2023 (anziché su quello 2022 dello stesso bilancio), pertanto, si pone in contrasto con l'art. 3 del d.lgs. n. 118/2011 e con il relativo principio di annualità del bilancio, così violando non soltanto l'art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost., ma indirettamente, anche l'art. 81, terzo comma, Cost. Infatti, poiché la copertura – per quanto detto – si qualifica come "incerta", non è possibile, con questo procedimento atipico, verificare l'effettiva disponibilità delle risorse ai sensi delle diposizioni citate.

La declaratoria di incostituzionalità, ritagliata sul principio dell'annualità del bilancio, è quindi un modo di riaffermare il principio sostanziale di copertura ed equilibrio nella sua continuità, attraverso la costante ricerca di una previa, congrua e attendibile copertura finanziaria.

Per altro verso, e muovendo dagli stessi principi, era preclusa alla Corte la possibilità di assicurare una pronuncia di tipo sostitutivo, che dichiarasse, in ipotesi, l'illegittimità costituzionale della norma

---

di parificazione dei rendiconti: questioni di costituzionalità aventi ad oggetto disposizioni di legge regionale elusive del principio contabile applicato sulla contabilità finanziaria.

[78] Sent. n. 51 del 2023, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

[79] Cfr., tra le tante, sentt. n. 70, n. 115 e n. 192 del 2012; n. 250 del 2013; n. 197 del2019; n. 106, n. 156 e n. 226 del 2021.

[80] Sent. n. 51 del 2023, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

[81] La disposizione pone le condizioni per utilizzare la ricchezza finanziaria (espressa dalla Riga A del risultato di amministrazione) negli esercizi successici. La presenza di un elevato Fondo crediti di dubbia esigibilità (FCDE) e di un Fondo anticipazioni di liquidità (FAL) per neutralizzare le anticipazioni straordinarie di liquidità, come accade nel caso della Regione Molise, avrebbe impedito di utilizzare le economie dell'esercizio precedente, che sarebbero confluite nel risultato di amministrazione ad abbattimento di un elevato disavanzo pregresso.

impugnata nella parte in cui prevedeva la copertura a valere sull'esercizio 2021 anziché sull'esercizio 2022. Infatti, così facendo, la Corte si sarebbe illegittimamente sostituita al legislatore regionale in una scelta discrezionale circa l'impiego delle risorse in relazione alla situazione finanziaria dell'ente presumibilmente mutata a seguito della rendicontazione del concluso esercizio finanziario 2022.

In definitiva, la sentenza n. 51 del 2023 assume particolare rilievo almeno per tre ordini di ragioni. Il primo motivo di interesse è dovuto alla circostanza che la Corte viene a sindacare una legge regionale di riconoscimento di un debito "fuori bilancio" – legge che costituisce una forma di variazione assestamento di bilancio – per il rispetto dell'equilibrio dinamico di bilancio[82]. In secondo luogo, la pronuncia ribadisce la necessaria sincronia tra riconoscimento del debito e principio di copertura (nella pratica tutt'altro che scontata). Infine, la sentenza in commento evidenzia come il principio di annualità sia una esemplificazione del principio di copertura, che impone certezza, attendibilità ed effettiva diponibilità delle risorse finanziare individuate per sostenere la spesa ed il pagamento.

6. Una postilla: debiti nei confronti degli enti della finanza pubblica allargata e regime di prescrizione

Quanto al regime di prescrizione dei diritti di credito vantati dagli enti della finanza pubblica allargata nei confronti di altri enti, la sentenza n. 51 del 2023 si presta ad ulteriori considerazioni onde evitare possibili equivoci.

Nel caso in esame, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge molisana che ha avuto ad oggetto il riconoscimento del debito "fuori bilancio" dei comuni non può essere riconosciuto l'effetto di mettere nel nulla il debito stesso. Infatti, la portata caducatoria della pronuncia è quella di invalidare l'effetto sostanziale della censurata disposizione di riconoscimento di debito, vale a dire una variazione alle coperture e degli equilibri di bilancio.

Non fa parte degli effetti normativi, in sé, la costituzione del debito – un *prius* che giustifica l'intero procedimento legislativo – che pertanto continua a vivere e a essere disciplinato, nella relazione con l'ente territoriale, dal codice civile. Muovendo da questo assunto, il comportamento contabile della Regione può essere qualificato giuridicamente alla stregua di tale fonte, a prescindere dalla rimozione degli effetti normativi della legge di riconoscimento. Se il riconoscimento di debito, infatti, viene meno come "atto" normativo (cioè come fonte del diritto), esso continua ad esistere come fatto e atto giuridico di diritto comune, imputabile alla struttura burocratica della Regione, ai sensi e per gli effetti del codice civile.

Non è certo un caso che, in un precedente poco richiamato, la Corte costituzionale ha ricostruito in termini distinti e ha sottolineato che devono rimanere separati da un lato gli effetti contabili-allocativi (di competenza regionale), di cui la Regione dispone con il proprio bilancio, e, dall'altro lato, gli effetti sostanziali relativi ai profili civilistici (di competenza statale)[83].

---

[82] Da questo punto di vista, la sent. n. 51 del 2023 rivela non poche assonanze con la sent. n. 250 del 2013 con la quale era già stata dichiarata costituzionalmente illegittima una legge regionale che prevedeva l'indebita autorizzazione dell'avanzo di amministrazione presunto per fronteggiare obbligazioni perfezionate dall'ente territoriale negli esercizi precedenti, con l'effetto di determinare uno squilibro di bilancio a seguito di tale intervento legislativo.

[83] Cfr. sent. n. 159 del 2013, spec. punto n. 4 del "Considerato in diritto". Il giudizio di legittimità costituzionale definito da tale pronuncia aveva ad oggetto una norma interpretativa della Regione Calabria che interpretava la legge di contabilità regionale in materia di debiti fuori bilancio, disponendo che «L'articolo 43 della legge regionale 4 febbraio 2002, n. 8, s'interpreta nel senso che i provvedimenti, i contratti, gli accordi che comportano spese a carico della Regione, ivi inclusi i deliberati delle assemblee delle società a partecipazione regionale, sono inefficaci, e comunque non impegnano l'Amministrazione, sino a che non sussista autorizzazione nei modi di legge ed impegno contabile regolarmente registrato sul pertinente capitolo del bilancio di previsione»; norma dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto, incidendo sull'efficacia dei contratti, viola il limite dell'«ordinamento civile» riservato in via esclusiva al legislatore statale *ex* art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. In motivazione, per quanto qui rileva, si legge che «[*l]'idoneità o attitudine di un atto a produrre certe conseguenze nel mondo del diritto, appartiene al diritto civile, dal quale, dunque, è regolata*», sicché

Se così è, il riconoscimento di debito non può più produrre gli effetti di una legge di bilancio, ma al contempo, continua a produrre quelli di diritto civile, potendo qualificarsi alla stregua di una "ricognizione" ai sensi dell'art. 1988 cod. civ., con connessi effetti interruttivi della prescrizione[84]. Si producono, cioè, effetti *ope legis* non travolti dalla dichiarazione di incostituzionalità[85]. Ed infatti, come recentemente messo in evidenza dalla Corte di cassazione, «*la ricognizione di debito ex art. 1988 cod. civ. è una dichiarazione unilaterale a forma libera, che presuppone la sussistenza di una valida ragione di debito*»[86].

In conclusione, si può pertanto provare così a riassumere quanto detto: a) la legge di riconoscimento dell'imputabilità del debito al bilancio poiché ne dispone la copertura finanziaria a

---

«*secondo un costante orientamento della giurisprudenza, le norme contenute nell'ordinamento di contabilità pubblica operano su un versante diverso e parallelo rispetto ai principi che governano il giudizio civile concernente l'accertamento di situazioni creditorie nei confronti dell'amministrazione pubblica*». «*Tuttavia* – prosegue la Corte – *il dettato della disposizione impugnata, avente forza di legge, ignora la suddetta regola, rispetto alla quale si pone come norma derogatoria e, nel suo inequivoco significato (gli atti menzionati "sono inefficaci, e comunque non impegnano l'Amministrazione"), non consente una interpretazione restrittiva, bensì si presta ad essere riferita anche e soprattutto all'inefficacia civile, incorrendo dunque nel vizio denunziato*».

[84] A norma dell'articolo 1988 cod. civ., la ricognizione del debito esonera colui in favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria. Inoltre, secondo l'articolo 2944 cod. civ., la prescrizione è interrotta dal riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere. Sul piano contabile, peraltro, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 2710 cod. civ., le scritture aziendali fanno piena prova contro l'"imprenditore" (in questo caso l'ente pubblico) solo se sono regolarmente tenute. Quindi, il travolgimento della norma contabile per effetto della dichiarazione di incostituzionalità non impedisce la prova contraria in giudizio sull'esistenza del titolo (che resta presunta per il riconoscimento di debito) e allo stesso tempo non vale a costituire o a travolgere il titolo della prestazione contabilizzata, il cui rapporto, validità e fondatezza vanno accertati, in caso di contenzioso, davanti al giudice competente, sulla base della disciplina delle prove contenuta nel codice civile.

[85] È noto che la dottrina e la giurisprudenza civile si sono a lungo interrogate sulla natura della ricognizione di debito (e della promessa di pagamento) dividendosi tra due tesi fondamentali: secondo un primo orientamento si tratterebbe di un negozio di accertamento (così, ad esempio, M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, Giuffrè, 1939, specie 143 ss.; F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ*., 1940, I, 13; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, Milano, Giuffrè, 1996, 558), quindi di un atto produttivo di effetti giuridici e negoziali peculiari; secondo altra tesi sarebbe invece una dichiarazione di scienza: più nel dettaglio, una confessione stragiudiziale (cfr. E. BETTI, *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Temi emiliana. Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segré,* Milano, Giuffrè,1943, 3; C. FURNO, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito, (a proposito dell'art. 1988 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 90 ss., spec. 97 ss. e 113 ss.; A. DONATI, *La dichiarazione ricognitiva di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, fasc. 5, parte I, 560; da ultimo A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, Milano, Giuffrè, 2019, 278 ss., specie 299). Assumendo che si tratti di una dichiarazione di scienza, la declaratoria di illegittimità costituzionale non potrebbe travolgere l'effetto disposto da altra legge. Alla stessa conclusione si giungerebbe anche accogliendo la tesi negoziale. Entrambi gli orientamenti richiamati, infatti, osservano che la disputa è per lo più teorica, poiché il codice civile detta una disciplina tipica e vincolata sul piano probatorio (inversione dell'onere) e prescrizionale. Pertanto, la volontà dell'ente di compiere l'atto di ricognizione elegge, in sé, l'effetto che, appunto, si fonda sui distinti articoli di legge sopra richiamati e non, invece, sulla legge di bilancio. L'attività negoziale, come è noto, opera sul piano dei fatti e non anche su quello delle norme.

[86] Cass. civ., Sez. VI-I, ord. 20 gennaio 2022, n. 1827, che prosegue «*secondo l'ormai costante orientamento di questa Corte, la ricognizione di debito non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha solo effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando, ex art. 1988 cod. civ., un'astrazione meramente processuale della "causa debendi", da cui deriva una semplice "relevatio ab onere probandi" che dispensa il destinatario della dichiarazione dall'onere di provare quel rapporto, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindersi sotto il profilo sostanziale, venendo, così, meno ogni effetto vincolante della ricognizione stessa ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto suddetto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una condizione o un altro elemento ad esso attinente che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento"*» (*ex plurimis*, Cass. civ., Sez. III, ord. 3 novembre 2020, n. 24451; Cass. civ., Sez. I, sent. 13 ottobre 2016, n. 20689; Cass. civ., Sez. I, sent. 20 dicembre 2016, n. 26334, che ha ritenuto applicabile il medesimo principio in favore della cessionaria del credito ove l'atto ricognitivo contenga – come nella specie – l'indicazione della *causa debendi*; Cass. civ., Sez. III, sent. 15 maggio 2009, n. 11332. In senso sostanzialmente conforme, si vedano anche Cass. civ., Sez. I, sent. 9 dicembre 2021, n. 39123; Cass. Sez. U., 6 marzo 2020, n. 6459. Cfr. anche Cass. civ., Sez. I, sent. 13 ottobre 2016, n. 20689; Cass. civ., Sez. III, 15 maggio 2009, n. 11332.

valere sull'esercizio 2021 del bilancio di previsione 2021-2023 (anziché su quello 2022 dello stesso bilancio) viola il principio di annualità e, quindi, per effetto del richiamato contrasto, non garantisce l'effettività delle coperture; b) la declaratoria di illegittimità costituzionale non riguarda l'*an debeatur*, ma il *quomodo* dell'adempimento dell'obbligazione, affidato ad una procedura pubblica; c) la declaratoria di illegittimità costituzionale non fa venire meno, dal punto di vista sostanziale, il debito, che esisteva e obbligava la Regione già prima del riconoscimento e, in ogni caso, non fa venir meno gli effetti probatori ed interruttivi della prescrizione normalmente previsti dal codice civile.

Preso atto dell'esistenza del debito e della necessità di portarlo ad emersione, la Corte, infatti, stigmatizza il metodo scelto per adempiere l'obbligazione in quanto ritenuto in contrasto con i principi della contabilità pubblica. In altri termini, l'effetto caducatorio della pronuncia si esaurisce nell'invalidare una disposizione di legge regionale che produceva un effetto autorizzativo sul bilancio, così prevedendo una certa modalità di pagamento del debito stesso.

Al riguardo, sembrerebbe problematico trarre conseguenze ulteriori dalla pronuncia in ordine ai rapporti tra enti creditori e enti debitori della finanza pubblica allargata o in ordine alla prescrizione dei diritti di credito.

Sembra difficile trarre da questa sentenza la conseguenza che, una volta invalidata la legge, anche il riconoscimento del debito viene posto nel nulla e l'effetto è quello di far riprendere il decorso della prescrizione decennale del diritto di credito dei comuni.

Una volta che la legge è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, e cioè riconosciuta come invalida, non per questo è messo nel nulla il debito stesso: il titolo del debito è infatti sorretto "a monte" dai titoli legislativi che ne delineano lo statuto giuridico; esso, in altre parole, ha una sua storia che prescinde dalla disposizione di riconoscimento dell'imputabilità del debito al bilancio.

Si potrebbe semmai ragionare di quanto la legge di riconoscimento del debito, pur perdendo il suo effetto autorizzativo sul bilancio in quanto dichiarata costituzionalmente illegittima, permanga come elemento fattuale idoneo a produrre l'effetto interruttivo della prescrizione. Detto altrimenti: l'effetto di riconoscimento del debito rimane, ma il *decisum* della pronuncia costituzionale si limita ad affermare che il debito è stato pagato in modo sbagliato.

Altrimenti opinando, si produrrebbe l'effetto paradossale di premiare chi paga in ritardo (o non paga) o, addirittura, di indurre comportamenti che disincentivano la responsabilità politica e la responsabilità di mandato del decisore politico che potrebbe riconoscere debiti "fuori bilancio" confidando nella prescrizione dei diritti di credito degli altri enti sub-statali della finanza pubblica allargata.

ISTITUZIONI PER IL FUTURO E FORESIGHT TRA PARLAMENTO E GOVERNO[1]

di Luca Bartolucci
Lecturer in Diritto Pubblico presso la Luiss School of Government
Dottore di ricerca Università La Sapienza di Roma [2]

Sommario

1. Introduzione
2. Il *foresight* e le istituzioni per il futuro
3. Il "*foresight*" governativo
4. Le istituzioni parlamentari per il futuro
5. Brevi riflessioni conclusive

Abstract

Le riforme, anche costituzionali, sono sempre più improntate ad una logica di breve periodo, anche se dovrebbero avere un intento di sostenibilità per le future generazioni. In questo senso inserire clausole generali nelle Costituzioni può servire ad evitare l'attrazione inevitabile delle democrazie elettorali per il momento presente. Diverse teorie spostano l'attenzione sul piano procedurale. Obiettivo del saggio è quello di analizzare il foresight a livello governativo per poi tracciare un quadro generale delle istituzioni per il futuro anche a livello parlamentare. Diversi Stati hanno costituito commissioni o organismi a livello parlamentare per lo studio della sostenibilità (vongono descritte le Commissioni presenti inBrasile, Cile, Austria, Estonia e così via). In altri casi, invece, l'intervento è stato a livello governativo creando dei Ministeri (Australia, Canada, Estonia, Finlandia, Germania, etc). Per l'Italia si dà conto del un progetto della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, sulla "Anticipatory Governance Initiative" finanziato dalla Commissione Europea. Le istituzioni nazionali per il futuro si sono moltiplicate in tutto il mondo, mostrando un'ampia varietà di architettura istituzionale. Per essere efficaci, tali istituzioni dovrebbero sviluppare la capacità di utilizzare strumenti politici, laddove disponibili, creando dei procedimenti che le permettano di inserirsi nel processo decisionale. Tale capacità può essere influenzata dalla loro autorità, dalla forza della loro base giuridica e dalle loro strutture di supporto come segreteria, personale e budget; dal loro posizionamento rispetto ad attori politici come il governo o il parlamento e i loro percorsi per influenzare il processo decisionale. Il processo legislativo dovrebbe prevedere un momento di riflessione sulla sostenibilità nel futuro della scelta politica

Reforms, including constitutional ones, are increasingly based on a short-term logic, even if they should have an aim of sustainability for future generations. In this sense, introduce general clauses in the Constitutions can avoid the inevitable attraction of electoral democracies for the present moment. Several theories shift attention to the procedural level. The aim of the essay is to analyze foresight at the government level and then draw a general picture of the institutions for the future also at the parliamentary level. Several States have set up commissions or bodies at parliamentary level for the study of sustainability (these Commissions are considered in Brazil, Chile, Austria, Estonia and so on are described). In other cases, however, the intervention was at the government level by creating Ministries (Australia, Canada, Estonia, Finland, Germany, etc). For

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata s www.diritteconti.it

[2]. Il contributo deriva dal panel "Le istituzioni del futuro" che si è tenuto il 16 settembre 2022 nell'ambito della terza conferenza della sezione italiana dell'International Society of Public Law (ICON-S Italia), dal titolo "Il futuro dello Stato" che si è tenuto presso l'Università di Bologna il 16 e 17 settembre 2022. Si tratta, altresì, dell'approfondimento della relazione tenuta al VI seminario italo-spagnolo di diritto costituzionale dal titolo "*Costituzionalismo?*" che si è tenuto presso la *Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* dal 5 al 7 ottobre 2022, e che sarà pubblicata nei relativi atti.

Italy, a project of the National School of Administration, on the "Anticipatory Governance Initiative" financed by the European Commission, is given. National institutions for the future have multiplied around the World, displaying a wide variety of institutional architecture. To be effective, these institutions should develop the capacity to use policy tools. This capacity can be influenced by their authority, the strength of their legal basis and their support structures such as secretariat, personnel and budget; by their positioning in relation to political actors such as government or parliament and their paths to influence decision-making. The legislative process should include a moment of reflection on the future sustainability of the political choice.

1. Introduzione

Il tempo in cui viviamo è segnato da cambiamenti profondi che sfidano la capacità di adattamento della società. Per tale ragione, appare pericoloso fare politica e prendere decisioni con uno sguardo orientato soltanto al breve termine. Eppure, la sottomissione a un eterno presente è una delle maggiori criticità delle società moderne. Il sistematico prevalere di una logica di breve periodo rappresenta un problema che produce gravi e molteplici conseguenze[3].

La politica del "qui e ora" sembra avere come unico obiettivo quello di catturare quotidianamente consensi e intercettare gli impulsi dell'opinione pubblica, senza poter considerare il medio e lungo termine[4]. Una certa "furia del presente"[5] ha, infatti, caratterizzato costantemente le scelte della politica, almeno quella italiana, oscurando ogni preoccupazione collettiva per il futuro e impedendo la valutazione prospettica delle decisioni di oggi nel tempo[6]. La democrazia rappresentativa stessa è afflitta dal "presentismo"[7] e ha una tendenza radicata ad essere "parziale nei confronti del presente" e a "trascurare i rischi ambientali a lungo termine"[8].

D'altro canto, quello presente è un tempo di gigantesche sfide di grandezza globale: si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla necessità di rispondere al duplice shock, gestendo gli impatti economici e sociali della pandemia e della guerra in Ucraina, senza tuttavia ignorare le azioni necessarie a preservare il clima e l'ambiente per contribuire a garantire l'azzeramento globale delle emissioni entro il 2050 in modo efficace ed equo. Non solo: è anche un'epoca nella quale pare basilare cogliere le opportunità della trasformazione digitale e contribuire a garantire mercati globali funzionanti, gestendo per di più il centrale tema dell'immigrazione.

Per tutte queste sfide globali vi sono potenti pressioni a breve termine che si scontrano con la necessità di trasformazioni e riforme di tipo strutturale. Appare quindi centrale sottolineare la necessità di orientare al futuro le decisioni - soprattutto legislative - in un momento in cui il progresso tecnologico ha comportato un cambiamento di prospettiva delle Costituzioni e un cambiamento nella valutazione del rapporto tra la Costituzione e il futuro: dall'attenzione al "futuro" delle Costituzioni si passa progressivamente al "futuro" come dimensione da preservare[9]. Se, infatti, le Costituzioni aspirano all'eternità ordinamentale e ambiscono a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale "solo perché e fino a che quelle regole,

---

[3] N. LUPO, *Tutelare le generazioni future senza intaccare il diritto di voto*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 ottobre 2019. Peraltro, a causa dell'invecchiamento della popolazione, l'età dell'elettore mediano risulta essere in costante crescita e questo contribuisce al sistematico prevalere di una logica tutta contingente e di breve periodo.

[4] G. DE RITA E A. GALDO, *Prigionieri del presente. Come uscire dalla trappola della modernità*, Torino, 2018, p. IX.

[5] U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana,* Bologna, 2014, p. 177.

[6] G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost*., in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, p. 629.

[7] Cfr., sul punto, J. BOSTON, *Governing for the future: designing democratic institutions for a better tomorrow*, Bingley, 2017; M. MACKENZIE, *Institutional design and sources of short-termism*, in *Institutions for future generations*, a cura di I. González-Ricoy and A. Gosseries, Oxford, 2016.

[8] Cfr. D.F. THOMPSON, *Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 13 (1), 2010, p. 17.

[9] R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 122. Inoltre, pare anche necessario "fare i conti con la necessità di preservare le condizioni per consentire all'ordinamento di perpetuarsi e di garantire anche a chi verrà dopo di noi le risorse necessarie a dare attuazione all'obiettivo di eguaglianza sostanziale affermato dall'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana". Cfr. G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale*, cit., p. 629.

dettate da quella Costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno"[10] allora il diritto costituzionale deve riuscire ad essere anche strumento per gestire i grandi cambiamenti che si profilano nell'epoca attuale, adattandosi ad essi.

Il diritto costituzionale può costituire almeno una parte – insieme a uno sforzo a livello internazionale – per tentare di attenuare quelle pressioni sul breve termine e riuscire a prendere decisioni per dirigere le trasformazioni, governare le transizioni e approvare riforme strutturali. È il principio di sostenibilità la chiave per rendere le decisioni orientate verso l'obiettivo di tutelare le generazioni future, senza compromettere il benessere di quelle presenti[11]. L'idea della sostenibilità delle scelte ha ormai assunto valore di 'paradigma postmoderno' capace di innervare il complesso degli ordinamenti giuridici[12] e si può considerare uno dei concetti emergenti del costituzionalismo contemporaneo[13].

Molte sono state le soluzioni prospettate per rispondere all'esigenza di allungare lo sguardo dei decisori politici. Vi è stato perfino chi ha sostenuto la necessità di intervenire sulla separazione dei poteri per istituzionalizzare la sostenibilità: un nuovo modello a quattro poteri dovrebbe includere un livello istituzionale per difendere gli interessi dei posteri nei processi decisionali. Il concetto di *checks and balance*, secondo tale schema, che era stato introdotto per evitare una 'tirannia della maggioranza', dovrebbe evolversi nella società moderna attraverso controlli temporali per proteggere le generazioni future da una 'tirannia del presente'[14].

Inserire clausole sulla sostenibilità nelle Costituzioni, in particolare, è un tentativo per 'aggiustare' quelle che sono le dinamiche 'naturali' delle democrazie elettorali. Infatti, per quanto riguarda la sostenibilità "uno dei principali problemi nell'adottare decisioni che tutelino le esigenze del futuro, a scapito, se necessario, di interessi del presente, è costituito dalla dinamica della democrazia elettorale, cioè dalla necessità delle *élites* politiche di conquistare il consenso a breve termine degli attuali elettori, senza tener conto di chi, non essendo presente, non può influire con il suo voto sulla contesa elettorale"[15]. La giurisprudenza costituzionale è un altro fattore che tenta, da più parti, di inserire una visione del futuro nella ragionevolezza delle scelte legislative[16].

Eppure, la strada che sembra più feconda è quella dell'inserimento di meccanismi istituzionali e procedurali per orientare le decisioni al futuro, entrando nel campo di quello che è stato definito delle '*implementation strategies*' dell'istanza intergenerazionale[17]. Sono stati immaginati a tal fine meccanismi per incentivare comportamenti più lungimiranti del legislatore. Molto interessante, ad esempio, è l'idea della possibile

---

[10] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2013, p. 1. Cfr. anche I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito riflessioni sul tema,* in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1, 2021, p. 51 s., spec. p. 55.

[11] Il rapporto '*Our Common Future*' della Commissione Brundtland delle Nazioni Unite del 1987 definisce lo sviluppo sostenibile come "*the development that meets the needs of the present without compromising the needs of the future generations*". Cfr. *Our Common Future*, Report of the World Commission on Environment and Development (c.d. 'Brundtland Commission'), 1987, par. 27, allegato al documento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/42/427, Development and International Cooperation: Environment, 2 Aug. 1987, p. 8.

[12] D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; P.M. CRUZ e Z. BODNAR, *Globalização, Transnacionalidade e sustentabilidade*, Itajaì, 2012, p. 41.

[13] Come si nota in T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2016, il sostantivo 'sostenibilità' (o, più frequentemente, l'aggettivo 'sostenibile' o la locuzione 'sviluppo sostenibile') sia presente in 53 Costituzioni degli Stati membri delle Nazioni Unite.

[14] J. TREMMEL, *Parliaments and future generations: The four-power-model*, in *The Politics of Sustainability: Philosophical perspectives*, a cura di D. BIRNBACHER e M. THORSETH, Londra, 2015, p. 212.

[15] T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, cit., p. 51.

[16] Si pensi, per tutte, alla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul clima del 24 marzo 2021, con la quale quest'ultimo ha giudicato parzialmente incostituzionale la legge tedesca sul cambiamento climatico, approvata nel 2019, per l'assenza di indicazioni dettagliate sulla riduzione delle emissioni dopo il 2030, sostenendo che il legislatore avrebbe dovuto prendere delle precauzioni per salvaguardare le libertà fondamentali delle generazioni future.

[17] J. BOSTON, *Governing for the future: designing democratic institutions for a better tomorrow*, Bingley, 2017; I. GONZÁLEZ-RICOY, *Constitutionalising intergenerational provisions*, in *Institutions for future generations*, cit., *passim*. Invece, sugli *advisory bodies in legislatures*: M. ACOSTA, M. NESTORE, M.E. JARQUÍN-SOLÍS e R. DOUBLEDAY, *A typology of advisory bodies in legislatures and research perspectives,* in *The Journal of Legislative Studies,* 2022.

introduzione di una *procedural sustainability provision*, che muove dall'idea in base alla quale l'aspetto centrale della garanzia deve spostarsi dal piano sostanziale a quello procedurale[18].

Oltre questa soluzione, "la quasi totalità delle proposte finora emerse nel dibattito teorico, o sperimentate sul piano normativo, ruotano intorno alla individuazione di speciali e nuovi organismi consultivi, messi a fianco dell'organo legislativo o inseriti nel sistema amministrativo con particolari condizioni di indipendenza dalle istituzioni di Governo, anche sul piano finanziario"[19]. Così, in alcune esperienze si è optato per una soluzione istituzionale: la creazione, cioè, di organi appositamente dedicati al futuro. In sostanza, per raggiungere gli obiettivi globali di sostenibilità si è ritenuto necessario incorporarli nella definizione delle politiche a livello di nazionale. Per fare questo, sono state create una serie di istituzioni di diverso tipo – consigli, comitati, difensori civici – al fine di promuovere tali obiettivi[20].

D'altro canto, i Parlamenti, sempre sospinti dalle scadenze elettorali, sono spesso visti come una delle parti più deboli nelle politiche di sostenibilità all'interno delle democrazie rappresentative. Sotto la pressione delle imminenti scadenze elettorali, soggetto alle pressanti richieste di elettori e gruppi di pressione, suddiviso in commissioni specializzati col compito di rispondere alle immediate esigenze degli interessi di settore, il potere legislativo è spesso visto come un anello debole della politica di sostenibilità[21]. Ecco, dunque, che nuovi organismi all'interno dei Parlamenti, dedicati espressamente al futuro, possono essere utili per allungare lo sguardo del legislatore. Eppure, la capacità di guardare al futuro anche nelle scelte presso le Camere, sebbene si contrapponga, per certi versi, alla natura delle stesse, potrebbe potenzialmente essere sviluppata fino a farla diventare una vera e propria nuova funzione parlamentare.

D'altro canto, si stanno sempre più diffondendo i c.d. "*future studies*", il cui obiettivo è quello di anticipare i cambiamenti della civiltà (sociali, tecnologici, culturali): i c.d. "*megatrend*", cercando di prevedere gli sviluppi attraverso l'elaborazione di scenari. In ambito governativo, in particolare, esistono meccanismi e istituzioni dedicati specificamente al c.d. "*foresight*" o "*strategic foresight*", che può essere definito come la capacità di immaginare ciò che accadrà in futuro e pianificare le azioni presenti e future sulla base di questa conoscenza. Allo stesso modo, la c.d. "*anticipatory governance*" è un sistema di istituzioni, regole e norme che fornisce un metodo per utilizzare la previsione allo scopo di ridurre il rischio e aumentare la capacità di rispondere agli eventi prima che si sviluppino, anziché in fasi successive. Si tratta di un processo per monitorare i potenziali eventi, fornire un avviso tempestivo di eventi imminenti e avvisare i politici delle potenziali conseguenze. Se, infatti, gli sviluppi vengono rilevati precocemente, si può agire per prevenirli o per indirizzarne le conseguenze.

L'analisi di alcune di tali esperienze può dunque essere utile quantomeno perché potrebbe si potrebbe immaginare qualcosa di simile anche in Italia, per allungare lo sguardo del legislatore e salvaguardare, in concreto, il valore costituzionale della sostenibilità: un valore che è espressamente presente (a partire dalla legge cost. n. 1 del 2012), con esclusivo riferimento al debito pubblico, in Costituzione, negli artt. 81 e 97[22]. Non solo: con la legge cost. n. 1 del 2022 anche le "future generazioni" sono entrate esplicitamente nella Carta fondamentale[23]. Per affrontare i cambiamenti, anche la pubblica amministrazione e il governo, infatti,

---

[18] T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, cit., p. 64, attraverso clausole costituzionali, cioè, che non stabiliscano in astratto il principio della sostenibilità ma che individuino i procedimenti attraverso i quali devono essere assunte le decisioni politiche e il cui rispetto possa essere controllato dalle giurisdizioni costituzionali.

[19] A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale), in Enc. del dir.,* Annali IX, Milano, 2016, p. 385.

[20] Cfr. O. L. MATHIS, M. ROSE, J. NEWIG, S. BAUER, *Toward the sustainability state? Conceptualizing national sustainability institutions and their impact on policy-making*, in *Environmental Policy and Governance*, 12 ottobre 2022, p. 2 s.

[21] L. KINSKI e K. WHITESIDE, *Of parliament and presentism: electoral representation and future generations in Germany*, in *Environmental Politics*, 2022, p. 2.

[22] N. LUPO, *Tutelare le generazioni future senza intaccare il diritto di voto*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 ottobre 2019. Sul punto sia consentito un rinvio a L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020, spec. p. 139 s.

[23] La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 – com'è noto – è volta a inserire la tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione. In particolare, interviene sugli articoli 9 e 41 Cost., introducendo una disposizione esplicita sulla tutela dell'ambiente e, con essa, delle generazioni future. Sul punto cfr. almeno R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente,* in *Federalismi.it.,* 2022; F. FRACCHIA,

dovrebbero iniziare a sperimentare nuovi approcci che permettano di rispondere ad essi con maggiore flessibilità e tempestività.

Obiettivo del contributo, pertanto, è quello di analizzare il *foresight* a livello governativo per poi tracciare un quadro generale delle istituzioni per il futuro anche a livello parlamentare, individuandone funzioni ed effetti, per capire se – anche in Italia – sarebbe utile creare istituzioni di questo tipo.

2. Il *foresight* e le istituzioni per il futuro

Nel 2013 l'ex segretario generale delle Nazioni Unite, Ban Ki-moon, ha pubblicato una relazione (dal titolo *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*), con la quale ha presentato alcune istituzioni nazionali create per proteggere le esigenze delle generazioni future. Tra queste il Committee for the future finlandese e le esperienze dell'Ungheria (*Ombudsman for Future Generations*), del Galles (*Future Generations Commissioner for Wales*), del Canada (*Canadian Commissioner of the Environment and Sustainable Development*), della Nuova Zelanda (*Parliamentary Commissioner for the Environment*), della Norvegia (*Norwegian Ombudsman for Children*) e della Germania (*Parliamentary advisory council on sustainable development*). Ispirato da questa relazione, nel 2014 il Difensore civico ungherese per le generazioni future ha organizzato una conferenza internazionale a Budapest, così creando una rete di istituzioni nazionali per le generazioni future (il *Network of Institutions of Future Generations*).

In generale, si possono oggi individuare diverse forme di istituzioni per il futuro, come consigli nazionali per sviluppo sostenibile[24], commissioni parlamentari, organismi per l'implementazione degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile[25], istituzioni per le generazioni future. Analizzando alcune di queste istituzioni – tra quelle che non ricadono nell'ambito parlamentare – si può notare, ad esempio, come in Ungheria era stato istituito sin dal 1995 un commissario parlamentare, che nel 2008 è stato trasformato nel Difensore civico per le generazioni future ('*Ombudsman for Future Generations*'), rendendo quel Paese uno tra i primi a introdurre tale figura indipendente. Nel 2011, peraltro, ci sono stati notevoli cambiamenti: la Costituzione ungherese, affidava la tutela dei diritti fondamentali ad un apposito Commissario (art. 30) e la tutela delle generazioni future ad uno dei due Vice-Commissari, l'*Ombudsman for Future Generations*[26]. Pur agendo in modo autonomo nel suo lavoro quotidiano, l'*Ombudsman* deve riferire al Parlamento[27] e informare regolarmente il Commissario, le istituzioni interessate e il pubblico in merito all'attuazione degli interessi delle generazioni future[28].

L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo", in *Il diritto dell'economia,* 2022; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 2022, p. 1.

[24] Un DESA e M. Li*, National Institutions for Sustainable Development: A preliminary review of the institutional literature,* ottobre, 2012, p. 2 s.

[25] A. BREUER, J. LEININGER e J. TOSUN*, Integrated policymaking: Choosing an institutional Design for Implementing the sustainable development goals (SDGs),* in *Deutsches Institut für Entwicklungspolitik/German Development Institute (DIE),* 2019.

[26] I cui compiti sono definiti nello specifico dall'*Act n. CXI del 2011 on the Commissioner for Fundamental Rights* La composizione dell'organo è pertanto peculiare, posto che al Commissario si affiancano due vice, impegnati nella tutela degli interessi delle generazioni future e in quella dei diritti delle minoranze presenti sul territorio ungherese. Sono tre commissari fusi in un unico organo dalle competenze generali, che si articola però al suo interno in un Commissario generale e due sostituti con specifici obiettivi. Per via di tale strutturazione, i due vice sono tenuti a informare il Commissario delle conclusioni del loro lavoro e non possono esercitare in autonomia il potere di sollevare questioni dinanzi la Corte costituzionale, potendo solamente sollecitare il Commissario. Cfr., sul punto, V. CARLINO, *Ungheria: le autorità indipendenti e la* "democratic erosion", in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2019, spec. p. 19; E.T. AMBRUSNÉ, *The Parliamentary Commissioner for Future Generations in Hungary and its Impact*, in *Intergenerational Justice Review*, n. 1, 2010.

[27] Inoltre, l'*Ombudsman*, insieme al Commissario, presenta una relazione annuale al Parlamento sul suo lavoro, che il Parlamento deve approvare. Cfr. B. JÁVOR, *Institutional protection of succeeding generations – Ombudsman for future generations in Hungary*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, a cura di J. TREMMEL, Northampton, 2006.

[28] Cfr. A.Z. VARGA, *The Commissioner for Fundamental Rights*, in *The Basic (Fundamental) Law of Hungary. A Commentary of the New Hungarian Constitution*, a cura di A.Z. VARGA, A. PATYI e B. Schanda, Dublino, 2015, p. 254. Può altresì raccomandare al Commissario di avviare indagini d'ufficio su questioni ambientali; controlla l'attuazione della strategia di sviluppo sostenibile approvata dal Parlamento e può proporre l'adozione e la modifica delle leggi che promuovono (o violano) gli interessi delle generazioni future; infine, può proporre al Commissario di rivolgersi alla Corte costituzionale. Quest'ultima previsione è ancora più rilevante in ragione dell'avvenuta abolizione dell'*actio popularis*, a

Una creazione più recente è il *Welsh Future Generations Commissioner*. Istituito nel 2016 con il *WeIl-being of Future Generations Act* (2015), cerca di realizzare il principio dello sviluppo sostenibile, dare consulenza agli enti pubblici e pubblicare, ad ogni termine elettorale, un Rapporto sulle generazioni future che contiene una valutazione dei miglioramenti che gli enti pubblici dovrebbero adottare per conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile[29].

Si può facilmente scorgere dunque una cesura tra questo tipo di istituzioni: mentre alcune si possono annoverare tra gli organi parlamentari veri e propri (come quella finlandese), altre sono (in modi e con strutture diverse) organizzate come organismi indipendenti a tutela delle generazioni future.

Una stretta connessione con tali istituzioni vi è con i c.d. *futures studies*: una disciplina il cui obiettivo è quello di anticipare i cambiamenti della civiltà (sociali, tecnologici, culturali), i c.d. "*megatrend*", cercando di prevedere gli sviluppi attraverso l'elaborazione di scenari. Esistono diverse metodologie nell'ambito dello studio dei futuri, che riguardano la generazione di possibili scenari futuri e l'analisi del contesto presente in cui operiamo. Questi metodi sono oggi utilizzati anche in ambito business e aziendale, per individuare possibili *trend* futuri e nuovi percorsi di crescita[30].

In generale, i metodi e gli strumenti di anticipazione sono sempre più utilizzati per cercare di immaginare e governare le trasformazioni verso futuri più sostenibili in diversi ambiti politici. Il settore pubblico deve prepararsi per il futuro, identificando e trovando continuamente soluzioni innovative per beneficiare delle opportunità future, riducendo i rischi attraverso una maggiore resilienza dei propri sistemi.

Gli studi sul futuro (previsione strategica, *strategic foresight*, Commissione Europea, OCSE o *futures literacy*, UNESCO), possono essere pertanto un valido strumento per rendere l'amministrazione pubblica in grado di non subire i cambiamenti, bensì di governarli. Lo stesso vale per il Parlamento e per il Governo, che dovrebbero sfruttare tale campo di conoscenza per non farsi trovare impreparati nelle sfide che li attendono.

Particolarmente interessante l'approccio dell'OCSE, che si basa sul *strategic foresight*[31]: un metodo strutturato di utilizzare le idee sul futuro per anticipare e prepararsi meglio al cambiamento. La previsione può supportare il processo decisionale del governo tramite: ***Better anticipation*** (per anticipare meglio i cambiamenti che potrebbero emergere in futuro); ***Policy innovation*** (rivelare opzioni per la sperimentazione di approcci innovativi); ***Future-proofing*** (per sottoporre a stress test strategie e politiche esistenti o proposte). In altri termini, queste tecniche si basano sul creare scenari futuri, compresa la verifica mediante analisi e simulazione di risposte politiche alternative e delle loro conseguenze.

La diffusione di tali pratiche potrebbe essere propedeutica per una vera e propria istituzionalizzazione della previsione strategica, tramite la creazione istituzioni ad essa dedicate (ad es. unità, commissioni, ecc.) o tramite la creazione di una cultura della previsione all'interno delle strutture istituzionali esistenti. La creazione di istituzioni per il futuro, soprattutto in ambito parlamentare, e il *foresight* governativo possono pertanto essere considerate due facce della stessa medaglia. Per tale ragione, appare utile esaminarle un po' più nel dettaglio, anche analizzando alcune delle esperienze già sperimentate.

3. Il *foresight*" governativo

Molti Stati già hanno al loro interno una varietà di esperienze di istituzionalizzazione di tali elementi[32]. Il *foresight*, in particolare, è un processo che permette di raccogliere e analizzare informazioni che aiuteranno a

seguito della quale un controllo di costituzionalità *a posteriori* di tipo astratto non può più essere innescato da qualunque persona, bensì soltanto dal Governo, da un quarto dei parlamentari e, appunto, dal Commissario per i diritti fondamentali. Sul punto cfr. V. Carlino, *Ungheria: le autorità indipendenti e la* "democratic erosion", cit. p. 19.

[29] La legge del 2015 richiede ai ministri gallesi di riferire ogni anno sui progressi verso la realizzazione di obiettivi a lungo termine e di pubblicare, dodici mesi prima di un'elezione generale, un "Rapporto sulle tendenze future" che delinei le tendenze sociali, economiche, ambientali e culturali, nonché le sfide e le opportunità che creano. Il Commissario riferisce annualmente ai ministri gallesi e redige un rapporto sulle generazioni future ogni cinque anni. Il Commissario non può annullare le decisioni prese dagli enti pubblici ma può formulare raccomandazioni, basate sul principio dello sviluppo sostenibile, che gli enti pubblici sono tenuti ad osservare.

[30] Dal sito: https://www.instituteforthefuture.it/futures-studies/.

[31] Qui altri documenti utili: https://www.oecd.org/strategic-foresight/ourwork/

[32] OECD, *Foresight and Anticipatory Governance in Practice. Lessons in effective foresight institutionalization*, 2022, p. 4.

costruire una visione di futuro a medio-lungo termine. Tutte le attività di *foresight* servono a considerare il futuro come qualcosa che è possibile influenzare.

Come si è rilevato, vi è la necessità che i dipendenti pubblici ricevano formazione e sostegno nello sviluppo della capacità di previsione. A tal fine, secondo alcuni, la soluzione ideale sarebbe quella di avere "agenti di previsione" in ciascuno dei Ministeri[33].

Sembra allora utile, a tal proposito, una panoramica di alcune caratteristiche di casi di istituzionalizzazione del *foresight*.

Le capacità di *foresight* dell'Australia esistono all'interno di team specializzati in vari Ministeri, tra cui il Dipartimento degli affari esteri e del commercio, il Dipartimento dell'istruzione, delle competenze e dell'occupazione e il Dipartimento dell'industria, della scienza, dell'energia e delle risorse[34]. Un *Futures Hub* è finanziato da una *joint venture* tra il governo australiano e l'*Australian National University* ed è una risorsa dell'intero governo per supportare la pianificazione e il lavoro politico attraverso l'esame di futuri strategici per il futuro della sicurezza nazionale. The *Futures Hub* guida l'*Australian Strategic Futures Network*, una rete di collaborazione con membri dei gruppi di previsione del governo statale e federale[35]. La *Commonwealth Scientific and Industrial Research Organization* (CSIRO) è l'agenzia scientifica nazionale australiana e dispone di un gruppo di previsione dedicato (CSIRO Futures) e di un *Insight Team* che analizza le tendenze emergenti, per generare approfondimenti e informare le decisioni politiche[36].

Anche il Canada ha un ecosistema di previsione governativa consolidato. Al centro c'è *Policy Horizons Canada*, l'organizzazione che, dal 2009, fornisce ricerca sul futuro, servizi di previsione strategica e sviluppo di capacità di previsione[37]. La struttura istituzionale che supporta *Policy Horizons* garantisce un alto livello di partecipazione dalla direzione del servizio pubblico. Con oltre 40 dipendenti a tempo pieno, *Policy Horizons* è una delle più grandi organizzazioni di previsione del settore pubblico. Questa capacità consente lo sviluppo di competenze consolidate e un'analisi previsionale approfondita su questioni future relative a un'ampia gamma di temi di politica pubblica[38].

La Finlandia è uno degli Stati che dedicano maggiore attenzione al futuro, anche a livello parlamentare, e ha un elaborato sistema di previsione[39]. L'enfasi sulla previsione in Finlandia si è evoluta dopo una crisi economica all'inizio degli anni Novanta e in risposta a problemi di sicurezza legati alla geografia del paese[40]. La Finlandia ospita reti di previsione all'interno del governo nazionale e regionale, del mondo accademico, della società civile e del settore privato che insieme formano un complesso ecosistema anticipatorio[41]. La rete nazionale di previsione finlandese funziona sotto l'autorità dell'Ufficio del Primo Ministro in collaborazione con Sitra, il Fondo finlandese per l'innovazione. Sitra, sebbene tecnicamente situata sotto il parlamento, è in gran parte indipendente, anche nel modo in cui gestisce i suoi fondi[42].

Il prodotto di punta della previsione in Finlandia è il "Rapporto sul futuro" del governo, che viene condotto ogni quattro anni, all'inizio del mandato. Si tratta di una tradizione che risale agli anni Novanta e il tema dello studio è stabilito dal Presidente del Consiglio in collaborazione con un gruppo interministeriale. Nell'arco di due anni si svolge un processo partecipativo che coinvolge tutte le parti interessate, con budget e personale dedicati[43]. Il Parlamento è coinvolto nella stesura della relazione incentrata sulle priorità strategiche a lungo termine e la relazione intende fungere da risorsa per tutti partiti politici nella progettazione delle loro piattaforme di campagna elettorale[44].

---

[33] *Ibidem*.
[34] *Ivi*, p. 5.
[35] *Ibidem*.
[36] *Ibidem*.
[37] *Ibidem*.
[38] *Ibidem*.
[39] *Ivi*, p. 6.
[40] *Ibidem*.
[41] *Ibidem*.
[42] Sitra ha il mandato di "assicurare il futuro benessere della Finlandia" e di "sostenere e sfidare" il governo, spesso sollevando questioni che non sono sempre una priorità per chi è al potere.
[43] O. SARITAS e D. ABABIO ANIM, *The Last and Next 10 Years of Foresight, Working Paper in Series: Science, Technology and Innovation,* National Research University Higher School of Economics, Mosca, 2017; U. ROSENSTRÖM e N. BALCOM RALEIGH, *Inclusive Foresight for Finland*, in *AAI foresight*, 2015, p. 2.
[44] A. SHALLOWE et al., *A Stitch in Time? Realising the Value of Futures and Foresight*, in *Thersa.org*, 2020.

In Estonia, il sistema di previsione è stato ispirato dalla Finlandia. Il *Foresight Act* è la base giuridica per l'istituzionalizzazione della previsione. Con questo si è istituito il *Foresight Council*, composto da esperti di ricerca, tecnologia e affari, e il *Foresight Centre*, un *think tank* all'interno del parlamento estone[45]. Il Centro prevede possibili scenari futuri per i responsabili politici in modo che progettino politiche "a prova di futuro"[46] ed esegue una valutazione successiva del lavoro di previsione. Questa funzione consente ai professionisti della previsione di "dimostrare il loro valore ai decisori[47].

Non esiste un organismo di previsione centrale in Germania, ma piuttosto una rete di istituzioni pubbliche e indipendenti ma sostenute pubblicamente o finanziate[48]. Le istituzioni con capacità di previsione includono: l'Agenzia tedesca per l'ambiente (*Umweltbundesamt*), l'Ufficio per la pianificazione politica (*Büro für Politische Planung*), con sede presso l'Ufficio del Cancelliere federale (*Bundeskanzleramt*), il Servizio federale degli esteri, il Ministero federale dell'ambiente, della conservazione della natura e della sicurezza nucleare e il Ministero della cooperazione e dello sviluppo economico. L'Ufficio di pianificazione delle forze armate federali (*Planungsamt der Bundeswehr*) – una sezione civile delle forze armate federali – ha capacità di previsione consolidate per affrontare questioni sociali e tecnologiche più ampie[49]. Il sistema decentralizzato comprende programmi o processi di previsione finanziati anche a livello subnazionale, compresi gli stati di Baviera, Baden-Württemberg, Renania-Palatinato[50]. Il Ministero federale dell'istruzione e della ricerca organizza esercizi di previsione in cooperazione con partner a livello subnazionale (*Länder*) e organi competenti all'interno del governo federale e del Bundestag.

Anche i Paesi Bassi hanno una ricca storia di lungimiranza legata al lavoro pionieristico della *Royal Dutch Shell*[51]. All'interno del governo, le capacità di previsione sono dislocate in agenzie specializzate incaricate di fornire analisi delle politiche strategiche. Un esempio è l'Agenzia olandese per la valutazione ambientale (PBL), sebbene ve ne siano altre come il *Central Planning Bureau*, che svolge attività di previsione in base alla domanda dei partiti politici, dei ministri o dei membri del parlamento. Queste agenzie collaborano e sono finanziate attraverso i bilanci dei ministeri ma hanno uno status indipendente

Singapore ha una lunga storia di previsione strategica, legata alla sicurezza del paese e al contesto geopolitico[52]. Il *Center for Strategic Futures* all'interno dell'Ufficio del Primo Ministro ha un ruolo centrale tra le unità di previsione. Esistono poi unità di previsione settoriale: un esempio è l'Unità di previsione strategica presso il Ministero delle finanze, che ha il mandato di garantire che il lavoro sul futuro del governo sia integrato nel processo di bilancio.

Infine, anche il Parlamento europeo dispone di diverse unità che si occupano di questioni relative alla previsione, che sono rilevanti nel contesto dello *European Strategy and Policy Analysis System* (ESPAS)[53]. Una di queste unità è la *European Parliamentary Research Service's Strategic Foresight and Capabilities Unit*. L'Unità opera sotto gli auspici del Servizio di ricerca del Parlamento europeo[54] e uno dei suoi compiti è produrre materiali di base per i membri del Parlamento europeo su questioni economiche globali e tendenze sociali e le loro implicazioni per l'Unione europea. Ulteriori attività

---

[45] OECD, *Foresight and Anticipatory Governance in Practice. Lessons in effective foresight institutionalization*, 2022, p. 6.
[46] *Ibidem*.
[47] A. SHALLOWE et al., *A Stitch in Time? Realising the Value of Futures and Foresight*, in *Thersa.org*, 2020, p. 37.
[48] OECD, *Foresight and Anticipatory Governance in Practice. Lessons in effective foresight institutionalization*, 2022, p. 7.
[49] *Ibidem*.
[50] I. DREYER e G. STANG, *Foresight in Government – Practices and Trends Around the Worl*d, Yearbook of European Security, 2013.
[51] OECD, *Foresight and Anticipatory Governance in Practice. Lessons in effective foresight institutionalization*, 2022, p. 7.
[52] *Ivi*, p. 8.
[53] *Ibidem*.
[54] European Parliament Research Service (https://epthinktank.eu/about/).

per promuovere "la cultura anticipatrice all'interno del Parlamento europeo includono, ad esempio, briefing e seminari[55].

Un altro organo di previsione del Parlamento europeo è il *Panel for the Future of Science and Technology* (STOA), che si occupa principalmente di questioni tecnologiche e scientifiche. Lo scopo di STOA è informare i parlamentari e alimentare i dibattiti. Il panel STOA è composto da 27 membri del Parlamento europeo nominati da 11 delle sue commissioni permanenti[56]. Il Parlamento e le commissioni possono formulare richieste e richieste di lavoro di previsione ma, in generale, l'obiettivo è agire come "intermediario onesto" e fornire una prospettiva lungimirante su diverse opzioni, tenendo conto del potenziale impatto che scelte specifiche potrebbero avere sulla società[57].

In Italia, il 23 dicembre 2020, la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) ha ritenuto di sviluppare le sue attività in ambiti destinati ad assumere crescente importanza per le amministrazioni pubbliche, quali la previsione strategica e l'amministrazione anticipante, anche in relazione all'offerta formativa relativa al management ed al *policy design* dello sviluppo sostenibile. A tal fine, è stato istituito presso la SNA un gruppo di lavoro denominato "Unità per la previsione strategica e l'amministrazione anticipante", con l'obiettivo di promuovere nelle pubbliche amministrazioni la conoscenza sulla coerenza delle politiche, la previsione strategica, la resilienza e il management per lo sviluppo sostenibile, anche attraverso la raccolta di buone pratiche, nel quadro dell'Agenda ONU 2030, e di rafforzare l'offerta formativa della SNA in materia.

In seguito, un progetto della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, sulla "*Anticipatory Governance Initiative*", è stato selezionato nell'ambito del programma *Technical Support Instrument* della Commissione europea. Il progetto ha l'obiettivo di promuovere la diffusione delle metodologie di anticipazione strategica (*strategic foresight*) nell'elaborazione delle politiche pubbliche attraverso attività di *capacity building* come la definizione di percorsi formativi per sviluppare le competenze necessarie ad integrare l'approccio di anticipazione strategica nel *modus operandi* dei decisori pubblici e l'individuazione di possibili modalità di istituzionalizzazione della previsione strategica nei principali ambiti di definizione delle politiche pubbliche. Si tratta di un progetto che avrà una durata di 18 mesi e sarà sviluppato congiuntamente con altri due Stati membri (Malta e Lituania).

La selezione di questo progetto mostra due evidenze: da una parte, conferma l'importanza attribuita dalla Commissione europea all'impegno degli Stati membri ad elaborare strategie e a definire politiche volte al futuro, e far fronte ai megatrend emergenti. Dall'altra parte, tuttavia, mostra come l'unica attenzione al tema in Italia sia data dalla SNA, mentre non risulta che ci siano, nell'ambito della Presidenza del Consiglio o nelle altre amministrazioni centrali, organismi che si occupano di *strategic foresight*.

Si tratta di un progetto che mira quindi a includere il *foresight* nell'amministrazione centrale, spingendola verso un approccio orientato al futuro. Da una parte, questa si può considerare come una scelta particolarmente azzeccata, poiché l'amministrazione rimane al passare dei Governi. Allo stesso tempo, tuttavia, appare necessario anche un impegno politico sul punto, senza il quale gli sforzi, pur lodevoli, dell'amministrazione, rischiano di essere vanificati. Da questo punto di vista, appare quantomeno incoraggiante – sebbene dovrà poi evidentemente essere verificato nelle scelte concrete che assumerà l'Esecutivo – la previsione contenuta nel programma di Fratelli d'Italia (com'è noto, partito che ha conseguito la maggioranza relativa dei voti alle elezioni politiche italiane del 25 settembre 2022 e che ha quindi espresso il Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni) sulla valutazione di impatto generazionale delle leggi e dei provvedimenti a tutela delle future generazioni[58].

---

[55] European Parliament Research Service, EPRS Strategic Foresight and Capabilities Unit (https://epthinktank.eu/author/eprsglobaltrends/).

[56] Panel for the Future of Science and Technology (https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/about/history-and-mission).

[57] OECD, *Foresight and Anticipatory Governance in Practice. Lessons in effective foresight institutionalization*, 2022, p. 8.

[58] Sulla valutazione di impatto generazionale dei provvedimenti, cfr. E. Griglio, in questo numero della Rivista.

Il vero elemento di novità, che non ha trovato riscontro negli altri programmi elettorali, è "la valutazione di impatto generazionale delle leggi e dei provvedimenti a tutela delle future generazioni". Sembra trattarsi della trasposizione in Italia del c.d. "*youth check*", introdotto nel 2013 presso il Parlamento austriaco, e dal 2017 presso il Parlamento federale tedesco, proseguendo sulla strada già intrapresa dal Governo Draghi che, nel 2021, aveva istituito il Comitato per la Valutazione dell'Impatto Generazionale delle politiche pubbliche presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (COVIGE)[59].

Insomma, a livello governativo qualche segnale, seppur timido, di una maggiore attenzione al futuro sembra intravedersi. Tuttavia, il rischio è che tali iniziative si risolvano in semplici dichiarazioni di intenti, senza avere la forza per imporsi nella fase di elaborazione vera e propria delle politiche pubbliche e delle decisioni che, soprattutto laddove abbiano risvolti finanziari, continuano ad apparire influenzate da una stringente logica di breve termine.

4. Le istituzioni parlamentari per il futuro

Questa parte dell'analisi ha l'obiettivo di esaminare le istituzioni per il futuro in ambito parlamentare: in particolare, risulta che dal 1990, sono state create dieci istituzioni per il *foresight* parlamentare (che in tre casi hanno avuto vita breve)[60]. Lo scopo di tali istituzioni è quello di tentare di prevedere temi di lungo-periodo e aumentare la consapevolezza dei megatrend sociali, intervenendo – cercando di farlo con qualche anticipo – sulle varie crisi e opportunità che possono sorgere (sui temi più vari, come, ad esempio, la digitalizzazione, il *climate change*, la pandemia, e così via).

Le istituzioni parlamentari sul futuro sono organi relativamente recenti, che nell'ambiente parlamentare – piuttosto stabile nel tempo – possono considerarsi una vera e propria innovazione istituzionale. Combinare un approccio orientato al futuro con i normali affari parlamentari può non essere semplice, e come questi nuovi organismi operano può essere cruciale per il loro consolidamento all'interno dei parlamenti. Infatti, come visto poc'anzi, molto del lavoro di *foresight* è svolto dai governi.

Eppure, anche se tale lavoro viene svolto dal governo, è necessario che anche i parlamenti abbiano, al loro interno, un organismo che si occupi di futuro, perché solo in tal modo i parlamentari potranno avere la necessaria *expertise* per interfacciarsi con tali questioni e per svolgere un controllo più accurato nei confronti delle strutture governative. Peraltro, come è stato notato, solo istituire organismi simili permette ai parlamentari di influenzare la loro mentalità per renderla più attenta agli effetti di lungo termine delle politiche[61]. Inoltre, includere alcuni parlamentari nel lavoro di tali organi permette di estendere la loro influenza ad altre sedi: si pensi ai dibattiti nei gruppi parlamentari e nei partiti, nelle commissioni, in Aula[62].

---

[59] Quest'ultimo ha adottato delle Linee guida in seguito a un confronto sulla metodologia da indicare alle pubbliche amministrazioni, per la costruzione di uno strumento utile al monitoraggio delle politiche giovanili, fissando alcuni paletti, come la fascia di età di riferimento (14-35 anni) i principali indicatori e le aree di impatto. Nelle linee guida è quindi messo a fuoco il meccanismo per riconoscere le misure generazionali e quelle potenzialmente tali. L'azione del Comitato, peraltro, riveste un carattere strategico anche considerando l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che prevede rilevanti impatti sulle nuove generazioni. Sui vari aspetti del PNRR la dottrina è già ampia. In generale, cfr. almeno F. FABBRINI, Next Generation EU. *Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022, spec. p. 15 s. Dal punto di vista del diritto costituzionale cfr., per tutti, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 12 gennaio 2022, spec. p. 5 s.; Id., *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, 7 settembre 2022. Lo stesso A. individua nel PNRR un nuovo "metodo di governo": cfr. Next Generation EU *e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in corso di pubblicazione in *Diritto pubblico*, n. 3, 2022. Cfr. anche C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana alla "prova" del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, p. 325 s.

[60] V. KOSKIMAA e T. RAUNIO, *Should legislatures invest in foresight work? Assessing parliamentary future institutions,* paper presentato al Workshop of parliamentary scholars and parliamentarians di Wroxton, 2022.

[61] V. KOSKIMAA e T. RAUNIO, *Should legislatures invest in foresight work? Assessing parliamentary future institutions,* cit.

[62] *Ibidem*.

Analizzando le soluzioni *interne* al Parlamento, si deve partire senz'altro dalla Finlandia, dove è stata istituita una commissione parlamentare per le generazioni future, il *Committee for the Future*[63], che può essere considerato il capostipite di tali organismi.

Questa commissione sembra essere l'unica istituzione parlamentare permanente con un mandato specifico per studiare il futuro[64]. Questa non fa parte, nell'ambito del Parlamento finlandese, del procedimento legislativo: non elabora i progetti di legge e quindi la divisione tra maggioranza e opposizione non è così importante come nelle altre commissioni. Se, da una parte, questo si può ritenere un vantaggio, dall'altra parte impone alla commissione di dover dimostrare continuamente la sua utilità per continuare ad esistere.

La commissione per il futuro è essenzialmente libera di determinare la propria agenda, può decidere su quali questioni concentrarsi e come condurre la propria attività. Ciò non significa che non debba affrontare inevitabili compromessi[65]. Quest'organo, istituito per la prima volta in via temporanea nel 1993, è stato trasformato in commissione permanente solo nel 2000[66]. Molti pensavano che non fosse necessaria, in quanto le commissioni permanenti esistenti ben avrebbero potuto esercitare una pianificazione a lungo termine nell'ambito del controllo legislativo, mentre altri respingevano a priori l'idea di una commissione che non svolgeva attività legislativa o di bilancio[67].

Il compito principale della commissione è preparare la risposta del Parlamento al 'Rapporto sul futuro' del governo. Inoltre, rilascia pareri alle altre commissioni in merito al bilancio, alla Relazione annuale del Governo e su varie altre questioni riguardanti il futuro, quando e se richiesto; discute le tendenze future e le questioni correlate; funge da organo parlamentare responsabile della valutazione dello sviluppo tecnologico e delle sue conseguenze sociali. Tuttavia, gli sforzi più importanti sono dedicati ai suoi progetti, poiché il potere di decidere la propria agenda è uno dei pilastri della forza della commissione.

Il compito principale della commissione è preparare la risposta ufficiale del Parlamento al Rapporto sul futuro del Governo. Si tratta di una precisa scelta alla base della creazione della commissione: lo scopo era quello di far instaurare un dialogo col governo, ma su un documento abbastanza ampio che non avrebbe provocato tensioni con le altre commissioni parlamentari[68].

Il problema principale è il tempo: il rapporto della commissione viene in genere presentato alla fine della legislatura quando la plenaria è di solito impegnata con questioni politicamente più importanti. Così, il tempo per discutere la complessa relazione della commissione tende ad essere breve. Inoltre, poiché il rapporto del governo è già stato pubblicato, la risposta della commissione è, in un certo senso, una notizia ormai vecchia, ma ciò non toglie che il rapporto della commissione possa indirizzare i temi del Rapporto sul futuro del governo successivo. Quando funziona, il 'dialogo' produce quindi una significativa continuità politica tra i governi[69].

---

[63] Quest'ultimo è stato fondato nel 1993 per generare un dialogo con il Governo su un futuro di grandi problemi e opportunità. Cfr., sul punto, V. KOSKIMAA e T. RAUNIO, *Encouraging a longer time horizon: The Committee for the Future in the Finnish Eduskunta,* in *The Journal of Legislative Studies*, 2020.

[64] L'unica istituzione che sembra avvicinarsi è il *Scotland Futures Forum*, *un think tank* del Parlamento scozzese. Istituito nel 2005 riunisce sia i parlamentari sia esperti esterni, lavora in modo *non-partisan*, con l'obiettivo di guardare oltre il ciclo elettorale per stimolare il dibattito a lungo termine.

[65] Infatti, se decide di analizzare questioni controverse e di attualità, il rischio è che finisca per assomigliare ad una normale commissione parlamentare, con il principale *cleavage* tra maggioranza e opposizione. Se, invece, decide di operare in modo più consensuale, il rischio è quello di dare la priorità a questioni meno rilevanti.

[66] In effetti, nel dicembre 1999 la commissione affari costituzionali del Parlamento finlandese ha votato contro la trasformazione della commissione per il futuro in commissione permanente, ma nel voto finale in Assemblea è stato approvato lo *status* permanente della commissione per il futuro.

[67] La commissione per il futuro è dunque dal 2000 una commissione permanente con 17 parlamentari e uno staff di 4 persone. Ci sono poi un segretario generale e un consulente scientifico permanente che assistono la commissione. Cfr. D. ARTER, *The Model for Parliaments in the Future? The Case of the Finnish Committee for the Future*, in *Politiikka*, 42/3, 2000, p. 149.

[68] Dopo aver ricevuto il rapporto, la commissione chiama dozzine di esperti sul tema, molto spesso accademici. All'interno dei confini formali del 'dialogo', i principali strumenti della commissione sono le risoluzioni che possono essere inserite nel Rapporto, attraverso le quali può 'fare pressione' sul Governo, pur non essendo vincolanti. Cfr. H.S. SEO, *Reaching Out to the People? Parliament and Citizen Participation in Finland*, Tampere, 2017, p. 131.

[69] Gli intervistati da Koskimaa e Raunio hanno citato relazioni – sul benessere sociale, le riforme, la digitalizzazione dell'istruzione e lo sviluppo della popolazione, ad esempio – che sono emerse in programmi governativi dopo l'attenzione loro rivolta dalla commissione per il futuro.

Il secondo compito ufficiale della commissione è adottare pareri sui disegni di legge su richiesta di un'altra commissione. I rapporti più lunghi sono pubblicati in volumi e sono spesso lavori d'eccellenza[70]. Tuttavia, le relazioni raramente ricevono grande attenzione, probabilmente perché si tratta di lavori dettagliati e difficili da collegare ad altre questioni parlamentari[71].

Negli anni Novanta pochi credevano che la commissione potesse avere una influenza diretta sulle posizioni del Parlamento. I risultati della ricerca di Koskimaa e Raunio suggeriscono che non troppo è cambiato in quest'ambito: la commissione è ancora troppo lontana dall'ordinario lavoro del Parlamento finlandese. Tuttavia, la commissione è stata progettata specificamente per la rilevazione di tendenze più ampie. Gli effetti della commissione per il futuro sono difficilmente misurabili. Dopotutto, a parte le sue risoluzioni che nella migliore delle ipotesi fungono da linee guida generali, non produce alcuna decisione vincolante. Non può fare molto per frenare le due principali cause alla radice della miopia politica: i brevi termini elettorali e i potenti interessi organizzati.

Oltre alla Commissione finlandese, vi sono una serie di altre esperienze parlamentari[72]: quella del Senato cileno (*Senato, Comision de Desafios del Futuro, Ciencia, Tecnologiá e Innovación;* 2012*);* del Senato brasiliano (*Comissão Senado do Futuro;* 2013*);* quella del Bundesrat austriaco (*Ausschuss für Innovation, Technologie und Zukunft;* 2015); quella dell'Estonia (*Foresight Centre;* 2017)*;* della Corea del Sud (*National Assembly Futures Institute;* 2018); dell'Islanda (*Prime Minister's Committee for the Future;* 2018 e poi *Future Committee;* 2021); quella delle Filippine (*Committee on Sustainable Development Goals, Innovation and Futures Thinking;* 2019); quella della Lituania (*Committee for the Future*; 2020), infine, quella dell'Uruguay *(Comisión de Futuro;* 2021).

Si nota subito una differenza: Estonia e Corea del Sud, infatti, hanno un istituto di ricerca, composto da esperti, che opera all'interno del parlamento; tutti gli altri, invece, sono vere e proprie commissioni parlamentari.

Una delle esperienze più celebri rimane quella del *Commissioner for Future Generations* del Parlamento israeliano. Inserito nella *Knesset Law* nel 2001, "era chiamato ad intervenire in via consultiva nella discussione di progetti di legge che avessero una particolare rilevanza intergenerazionale; poteva presentare *reports* al Parlamento su materie che potessero avere implicazioni sugli interessi delle generazioni future[73]; presentava una relazione annuale alla *Knesset* sulla sua attività e sui problemi riscontrati"[74].

Altra esperienza degna di nota è quella tedesca: il *Parliamentary Advisory Council for Sustainable Development*. Creato nel 2004, la sua missione è quella di assicurare il monitoraggio parlamentare della strategia di sostenibilità del governo. Sebbene non possa considerarsi una vera e propria commissione

---

[70] Ad esempio, l'OCSE ha considerato il recente lavoro della commissione sulle tecnologie radicali come uno dei migliori rapporti di previsione tecnologica nel mondo (*Committee for the Future*, 2018).

[71] Tutto il lavoro della commissione per il futuro è caratterizzato dalla lentezza e dall'atteggiamento elastico nei confronti del tempo: non è infatti necessario seguire il ritmo frenetico del processo legislativo e i prodotti finali della commissione vanno ben oltre i termini elettorali.

[72] V. KOSKIMAA e T. RAUNIO, *Should legislatures invest in foresight work? Assessing parliamentary future institutions,* cit.

[73] Tra cui ambiente, risorse naturali, salute, economia, demografia, qualità della vita, pianificazione edilizia, e altre ancora.

[74] Il Commissario era nominato dallo *Speaker* della *Knesset* tra una serie di candidati proposti da una commissione pubblica (e poteva essere rimosso solo per gravi motivi) e aveva un personale di dodici membri. Tale Commissario ha operato, per alcuni anni (2001-2006: dopo la scadenza del primo *commissioner*, nel 2006, Shlomo Shoham, il successore non è stato nominato e la disciplina è stata modificata nel 2011) come organo interno della Knesset, con lo scopo di analizzare l'impatto delle proposte di legge esaminate dal Parlamento sulle generazioni future. Attingendo alla nozione di sviluppo sostenibile, la commissione poteva ritardare l'approvazione della legislazione considerata potenzialmente dannosa per le generazioni future. Tale organismo aveva il compito di consigliare la Knesset su questioni che avevano rilevanza per le generazioni future, fino a poter attivare un potere di veto per interrompere il processo legislativo fino a quando il suo rapporto non era stato discusso. Pur non avendo quindi il potere di fermare la legislazione creata attraverso il processo democratico, poteva fare pressione sul Parlamento e sul Governo. L'ambito di applicazione erano 'le generazioni future', non meglio definito nella legge; tuttavia, il ruolo della commissione è stato visto anche come a tutela degli interessi dei bambini. Sul punto, cfr. A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale),* cit. e S. SHOHAM e N. LAMAY, *Commission for future generations in the Knesset*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, a cura di J. TREMMEL, Northampton, 2006.

parlamentare, si può ritenere che la sua istituzione abbia portato a una maggiore attenzione formale alla sostenibilità nel processo parlamentare[75].

Analizzando velocemente alcune delle istituzioni poc'anzi citate, possiamo notare come la commissione cilena è stata istituita nel 2012 ed è una commissione permanente con cinque senatori. La commissione opera in un modo *non-partisan* rispetto alle altre commissioni e indaga sulle sfide scientifiche e sociali a lungo termine[76].

La commissione brasiliana è stata istituita nel 2013 ed è una commissione permanente con undici senatori, col compito di stimolare dibattiti su argomenti sociali e sul futuro del paese. In Austria, la commissione del *Bundesrat* è stata istituita nel 2015 e ha 16 membri, ma consulta esperti esterni e produce report, anche sugli sviluppi tecnologici e sulle altre innovazioni. Anche in Estonia, l'obiettivo del *Foresight Centre* è quello di analizzare gli sviluppi a lungo termine della società, identificando i nuovi *trends* e producendo reports e brevi documenti[77].

In generale, dunque, nei parlamenti – a livello globale – vi è la tendenza verso una maggiore attenzione alle sfide del futuro e una maggiore attenzione al *foresight*. Come notano ancora Koskimaa e Raunio, otto parlamenti hanno istituito commissioni per il futuro e altri due hanno centri per il *foresight* all'interno dell'ambito parlamentare. Eppure, in termini di influenza sul procedimento legislativo vero e proprio, è importante che vi sia un collegamento con l'esecutivo. Inoltre, poiché le commissioni sul futuro hanno un ampio mandato è naturale che la controparte sia spesso l'ufficio del primo ministro.

Conclusivamente si può affermare che, sulla scia della nuova consapevolezza per i 'megatrend' della società, l'elaborazione di politiche sensibili per il futuro è diventato un tema 'caldo' per i responsabili politici. I modi in cui superare la miopia politica e progettare istituzioni che favoriscano politiche lungimiranti stanno quindi ricevendo più attenzione[78]. La commissione finlandese è spesso considerata un precursore e un modello, perché ha consolidato un insieme di compiti e pratiche e perché la sua esistenza non è messa in discussione, ma altre esperienze, sia a livello governativo sia parlamentare, si stanno affacciando sempre più spesso nel panorama comparato.

5. Brevi riflessioni conclusive

Il diffondersi di istituzioni per il futuro si deve salutare come un passo avanti potenzialmente importante per il raggiungimento della sostenibilità, nei vari profili in cui si concretizza. Allo stesso tempo, come già evidenziato, queste istituzioni possono solo essere un grimaldello e un modo attraverso il quale le scelte potrebbero essere maggiormente orientate al futuro. Per tale obiettivo, appare essenziale un impegno politico forte di governi e parlamenti, senza il quale gli sforzi di tali istituzioni rischiano di essere vanificati.

Le istituzioni per il futuro potrebbero quindi rivelarsi motori di cambiamento e riforme, riuscendo a includere nelle decisioni governative e parlamentari un orizzonte più lungo, modificando il ruolo stesso dello Stato, che può divenire un vero e proprio *Sustainability State*[79]. Allo stesso tempo, tuttavia, tali istituzioni potrebbero anche finire per essere "aggiunte cosmetiche" alle strutture politico-amministrative esistenti e che

---

[75] L. KINSKI e K. WHITESIDE, *Of parliament and presentism: electoral representation and future generations in Germany*, cit., p. 2.

[76] V. KOSKIMAA e T. RAUNIO, *Should legislatures invest in foresight work? Assessing parliamentary future institutions,* cit., p. 10 s.

[77] Per maggiori informazioni su questi e altri organismi parlamentari sul futuro, cfr. V. KOSKIMAA e T. RAUNIO, *Should legislatures invest in foresight work? Assessing parliamentary future institutions,* cit., p. 8 s.

[78] S. CANEY, *Political Institutions for the Future: A Fivefold Package*, in *Institutions for Future Generations*, a cura di I. GONZÁLEZ-RICOY e A. GOSSERIES, Oxford, 2016, p. 135 s.; A.M. JACOBS, *Policy Making for the Long Term in Advanced Democracies*, in *Annual Review of Political Science,* n. 19, 2016, p. 433 s.

[79] In dottrina, il *Sustainability State* è l'ulteriore trasformazione dell'*Environmental State.* Su quest'ultimo, cfr. A. DUIT, P.H. FEINDT e J. MEADOWCROFT, *Greening leviathan: The rise of the environmental state?,* in *Environmental Politics,* 25(1), 2016, p. 1 s.; T. SOMMERER e S. LIM, *The environmental state as a model for the world? An analysis of policy repertoires in 37 countries,* in *Environmental Politics,* 25(1), 2016, p. 92 s. Invece, sul *Sustainability State,* cfr. H. HEINRICHS e N. LAWS, *"Sustainability state" in the making? Institutionalization of sustainability in German federal policy making*, in *Sustainability*, 6(5), 2014, p. 2623 s. e D. HAUSKNOST e M. HAMMOND, *Beyond the environmental state? The political prospects of a sustainability transformation*, in *Environmental Politics*, 29(1), 2020, p. 1 s.

di fatto aiutano a mantenere lo *status quo*, cioè sostenere l'insostenibile[80]. Obiettivo di tali istituzioni deve dunque essere quello di riuscire davvero a integrare la sostenibilità nel processo decisionale politico e amministrativo a tutti i livelli.

Le istituzioni nazionali per il futuro si sono moltiplicate in tutto il mondo, mostrando un'ampia varietà di architettura istituzionale. Per essere efficaci, tali istituzioni dovrebbero sviluppare la capacità di utilizzare strumenti politici, laddove disponibili, creando dei procedimenti che le permettano di inserirsi nel processo decisionale. Tale capacità può essere influenzata dalla loro autorità, dalla forza della loro base giuridica e dalle loro strutture di supporto come segreteria, personale e budget; dal loro posizionamento rispetto ad attori politici come il governo o il parlamento e i loro percorsi per influenzare il processo decisionale[81].

In particolare, nella prospettiva che si è utilizzata in questo contributo, il collegamento di tali istituzioni con i governi e i parlamenti può essere utile perché permette loro di sfruttare l'accesso ai responsabili politici, ma allo stesso tempo può anche limitarne l'autonomia istituzionale[82]. In dottrina si è evidenziato, tramite ricerche empiriche, che – pur essendo necessari anche altri elementi come, tra l'altro, un impegno costituzionale alla sostenibilità, un insieme di leggi in linea con gli obiettivi di sostenibilità e controlli sul bilancio nazionale – le istituzioni per il futuro possono contribuire a un sostanziale riorientamento del processo decisionale verso la sostenibilità[83].

Alla luce dell'analisi condotta, si ritiene auspicabile che, anche in Italia, vengano creati organismi che si occupano specificamente di *foresight*. In particolare, appare necessario non solo istituire, a livello governativo, quantomeno un ministero senza portafoglio con tale compito, oppure un dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri, ma anche una apposita commissione parlamentare, magari bicamerale, che si occupi del tema.

L'articolazione governativa dovrebbe avere almeno il compito, come accade in Finlandia, di redigere annualmente una relazione, che potrebbe poi essere analizzata dalla Commissione parlamentare sul futuro. A tale organismo governativo, potrebbe anche essere affidato un ruolo nelle analisi di impatto, che spesso oggi risultano per più aspetti carenti. Oltre a esaminare la relazione del governo sul futuro, l'agenda della commissione parlamentare dovrebbe essere libera e potrebbe confrontarsi con i temi che, di volta in volta, ritiene più rilevanti.

All'interno della commissione, come nelle altre esperienze comparate, potrebbe essere meno rilevante il *cleavage* maggioranza-opposizione: anche meno di quello che ci sarebbe in una eventuale funzione di valutazione politiche pubbliche. Le commissioni sul futuro, infatti, operano in modo più consensuale rispetto alle commissioni parlamentari permanenti, che sono fortemente condizionate, ovviamente, dal rapporto tra maggioranza e opposizione e con il governo.

Posto che, ad eccezione della Commissione finlandese, tutte le altre esperienze sono cominciate dopo il 2012, è ancora presto per affermare che si tratta di istituzioni che hanno avuto successo. Eppure, allo stesso tempo, rispondono a una esigenza che si fa sempre più forte negli ordinamenti democratici e nei regimi rappresentativi, soprattutto a fronte di una politica che si trova esposta a sempre più frequenti elezioni (europee, nazionali, regionali e locali). Appare pertanto urgente ideare meccanismi, anche istituzionali, che permettano di uscire dalla trappola del presentismo, facendo allungare lo sguardo del legislatore.

Peraltro, occuparsi del futuro potrebbe essere anche un modo, per i parlamenti attuali – pensando soprattutto a quello italiano – per uscire dalla loro crisi, che li vede spesso impegnati quasi esclusivamente nella conversione di decreti-legge. Il Parlamento potrebbe, in tal modo, non solo dirigersi con maggiore decisione verso un potenziamento delle funzioni di indirizzo e di controllo, ma potrebbe anche smettere di "inseguire" il Governo – dedicandosi quasi esclusivamente alla conversione di decreti-legge – per porre in essere invece una autonoma declinazione della funzione legislativa, sia in materie oggetto di decretazione d'urgenza, sia in altri ambiti, anche rispondendo alle tante sollecitazioni che giungono da più parti (si pensi ai moniti della Corte

---

[80] Così O. L. MATHIS, M. ROSE, J. NEWIG, S. BAUER, *Toward the sustainability state? Conceptualizing national sustainability institutions and their impact on policy-making*, cit., p. 2. Sul punto, in particolare sulle politiche che si limitano a simulare un cambiamento, cfr. I. BLUHDORN, *Sustaining the unsustainable: Symbolic politics and the politics of simulation,* in *Environmental Politics,* 16(2), 2007, p. 251 s.

[81] Tali ambiti sono esplorati nel dettaglio in O. L. MATHIS, M. ROSE, J. NEWIG, S. BAUER, *Toward the sustainability state? Conceptualizing national sustainability institutions and their impact on policy-making*, cit., p. 3 s.

[82] *Ivi*, p. 9.

[83] *Ibidem*.

costituzionale, alle proposte di referendum abrogativo e alle proposte di legge di iniziativa popolare): una eventuale commissione per il futuro – insieme ad un eventuale opera di *foresight* del governo – potrebbe offrire nuovi spunti al parlamento, che si potrebbero sfruttare anche per recuperare un ruolo nel procedimento legislativo, al di fuori della decretazione d'urgenza.

Nel procedimento legislativo ordinario, d'altro canto, è normale che il governo abbia l'interesse di assicurare il passaggio della sua proposta, anche attraverso meccanismi procedurali progettati per far sì che i parlamentari della maggioranza seguano la linea dell'esecutivo: si pensi, restando sul caso italiano, a tutte quelle prassi che stanno caratterizzando ormai l'*iter legis*[84].

Al contrario, nell'*anticipatory governance* il *cleavage* tra maggioranza e opposizione – nonché l'interesse del governo – sarebbe meno incisivo e permetterebbe al parlamento di lavorare meglio rispetto a quanto non faccia nel procedimento legislativo. D'altro canto, molto spesso, nella storia, i parlamenti hanno sviluppato autonomamente le loro funzioni, attraverso un processo di *enlargements of functions*.

Il *foresight* è diverso dagli altri metodi di lavoro dei parlamenti moderni. Come si ipotizzava, tale attività potrebbe essere anche meno divisiva di una eventuale funzione di valutazione delle politiche pubbliche[85], in quanto quest'ultima si esplicherebbe comunque su politiche approvate da questa o da quest'altra parte politica. Invece, lo studio del futuro potrebbe essere *politicamente neutro*: ma neutre non sarebbero, poi, le soluzioni, che tornerebbero nella piena disponibilità della politica *partisan*.

L'obiettivo, in ultima analisi, è quello di inserire un momento di riflessione "*future-oriented*" in Parlamento, inizialmente anche fuori dal procedimento legislativo, per tentare di iniziare a superare quella 'furia del presente' che ha oscurato ogni preoccupazione collettiva per il futuro e impedito di valutare nel tempo le decisioni dell'oggi. D'altro canto, riprendendo una splendida immagine, il Parlamento può considerarsi il "porticato" tra Stato e società civile. Oggi, il porticato non basta più: non ci si può limitare a guardare (e rappresentare) chi è (adesso) nella piazza, ma si deve tener conto anche di chi quella piazza la occuperà in futuro, per espressa previsione costituzionale, agendo anche nell'interesse delle future generazioni. Per tale ragione, è necessario un vero e proprio cambiamento di paradigma per le Camere, anche recuperando quella funzione "pedagogica" che già Bagehot annoverava tra i principali compiti di un Parlamento: stavolta, però, educando al futuro.

---

[84] Prassi che già si potevano scorgere, in misura minore, prima dell'emergenza: questioni di fiducia su maxi-emendamenti, anche nel procedimento di conversione di decreti-legge; monocameralismo di fatto o alternato; decreti-legge c.d. "a perdere" (o "matrioska"); disomogeneità dei decreti-legge e delle leggi di conversione; abrogazione o modifica esplicita ad opera di un decreto-legge di norme contenute in un altro decreto-legge ancora in corso di conversione (c.d. "decreti staffetta precoce"). Sul punto, cfr. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Bari, 2022, *passim*. Su alcuni di tali fenomeni cfr. anche U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento. Attraverso e oltre la pandemia*, Napoli, 2022, spec. p. 79 s.

[85] Sul punto, cfr. E. Di CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*, Torino, 2021, p. 8 s.; cfr. anche G. PICCIRILLI, *Il Parlamento nella valutazione delle politiche pubbliche*, in *Gli strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche*, a cura di F. Dal CANTO e A. SPERTI, Torino, 2022, p. 29 s.; P. CHIRULLI, *La valutazione delle politiche pubbliche nella prospettiva del controllo parlamentare*, in *Federalismi.it*, 30 novembre 2022, p. 15 s.

I CONTROLLI DELLA CORTE DEI CONTI E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA STAGIONE DEL PNRR. UNA INTRODUZIONE[1]

di Carola Pagliarin
Professore associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Padova

Sommario

1. Premessa.
2. La riforma della pubblica amministrazione nel PNRR: un ulteriore capitolo della "questione amministrativa"?
3. Il controllo sulla gestione prende nuova linfa dalle norme dedicate alla ripresa economica.
4. Il sistema integrato dei controlli e il "nuovo" art. 97 Cost.

Abstract

I molti tentativi di riforma della pubblica amministrazione sono stati spesso accompagnati da interventi normativi che hanno riguardato le funzioni della Corte dei conti. In particolare, l'evoluzione del sistema dei controlli ha accompagnato l'affermarsi delle teorie del New Public Management, la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione e l'introduzione nella Carta del principio dell'equilibrio di bilancio. Dopo la crisi pandemica, il PNRR e le norme dedicate alla ripresa economica prevedono ancora una volta una riforma della pubblica amministrazione e una novella disciplina sulle funzioni della magistratura contabile. Le disposizioni più recenti sembrano dare nuovo impulso al controllo sulla gestione e al controllo concomitante, valorizzare molto la funzione consultiva e voler limitare il perimetro della responsabilità, nella convinzione che il timore di quest'ultima sia ragione di disincentivo all'azione amministrativa. Tuttavia, non va dimenticato che il legislatore interviene su di un intreccio di disposizioni dedicate alla contabilità pubblica che negli ultimi anni ha fatto emergere, in particolare, un robusto sistema di controlli di legittimità-regolarità con effetti "imperativi" che si affianca ai controlli collaborativi oggi rafforzati. Ricostruire un quadro armonico del sistema dei controlli intestati alla Corte dei conti è, dunque, funzionale a perseguire congiuntamente l'efficienza delle gestioni e il rispetto dell'equilibrio dei bilanci pubblici, essenziali entrambi ad una buona amministrazione, come, del resto, esplicitamente prescrive l'art. 97 Cost.

The many attempts to reform the public administration have often been accompanied by regulatory interventions that have affected the functions of the Court of Auditors. The evolution of the control system contemporary to the affirmation of the theories of New Public Management, the reform of Title V, Part II of the Constitution and the introduction in the Charter of the principle of budget balance. After the pandemic crisis, the PNRR and the rules dedicated to economic recovery once again provide for a reform of the public administration and a new discipline on the functions of the accounting judiciary. The most recent provisions seem to give new impetus to control over management and concomitant control, highly value the consultative function and want to limit the perimeter of responsibility, in the belief that the fear of the latter is a reason for disincentive to administrative action. However, it should not be forgotten that the legislator intervenes on a network of provisions dedicated to public accounting which in recent years has brought out, in particular, a robust system of legality-regularity controls with "mandatory" effects alongside collaborative controls strengthen today. Rebuilding a harmonious framework of the system of controls in the name of the Court of Auditors is, therefore, functional for jointly pursuing management efficiency and respect for the balance of public budgets, both essential for good administration, as, moreover, it explicitly prescribes the art. 97 of the Constitution

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata su www.dirittoeconti.it

1. Premessa

La riforma della pubblica amministrazione figura tra i principali oggetti degli interventi normativi più recenti dedicati alla ripresa economica, pensati per risollevarsi dalla pandemia di covid-19 e per reagire all'inestricabile cumulo di crisi che sta vivendo l'Italia, l'Europa e il mondo intero. Inutile – e sterile - qui fare l'elenco dei provvedimenti, su alcuni ci si soffermerà in seguito.

Basti qui ricordare che la riforma della pubblica amministrazione è "riforma orizzontale" o di "contesto" nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, insieme alla riforma del sistema giudiziario. In quanto tale contiene, dunque, "innovazioni strutturali dell'ordinamento, d'interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano, idonee a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese"[2]. Alla categoria delle misure di contesto appartengono anche le riforme abilitanti - le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza -, cioè gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese.

Un importante tassello di questo più ampio disegno che riguarda le pubbliche amministrazioni sembra essere la disciplina dedicata alle funzioni svolte dalla Corte dei conti. Ciò evidentemente nella convinzione che queste influenzino l'agire amministrativo in misura significativa. Una convinzione piuttosto radicata nelle scelte normative compiute negli ultimi trent'anni che però oggi si invera in previsioni non prive di criticità e contraddizioni.

Individuare delle linee di fondo sottostanti agli interventi sulla pubblica amministrazione e sui controlli esercitati dalla Corte dei conti può aiutare a far emergere questi legami e a proporre una lettura delle nuove disposizioni più armonica e coerente.

---

[2] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, NextGenerationItalia, 43, in www.italiadomani.gov.it. Dopo il periodo pandemico – con i relativi provvedimenti legislativi emergenziali dettati per le pubbliche amministrazioni (per un quadro riassuntivo si rinvia a Camera dei Deputati- Servizio Studi – XVIII Legislatura, *Emergenza Covid-19: le misure per la PA*, in www.camera.it, al link relativo) - numerosi sono stati gli interventi normativi dedicati all'amministrazione pubblica per gli obiettivi di crescita digitale, di modernizzazione della pubblica amministrazione e di rafforzamento della capacità amministrativa nel settore pubblico (per un quadro delle disposizioni poste in attuazione del PNRR si rinvia a Senato della Repubblica – Servizio Studi – Dossier, *Le fonti normative primarie di attuazione del PNRR nella XVIII legislatura*, in www. senato.it, al link relativo). Già la legge n. 56 del 2019 aveva previsto specifiche misure per migliorare l'azione della pubblica amministrazione in termini di maggiore efficienza anche attraverso la creazione di un nuovo organismo di verifica e di controllo delle amministrazioni (il cosiddetto "nucleo di concretezza"). Altri interventi normativi si sono concentrati sulla riforma del reclutamento e delle competenze e carriere nella pubblica amministrazione cfr. decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, recante "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia", convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, e decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)", convertito con modificazioni dalla legge 29 giugno 2022, n. 79. La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni è altro elemento centrale nel PNRR. Già con la legge di bilancio 2020, legge 27 dicembre 2019, n. 160, e il decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162 sono state previste diverse misure per promuovere e valorizzare l'informatizzazione della pubblica amministrazione. Il potenziamento dell'amministrazione digitale è proseguita con il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 e con il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 e poi con il decreto-legge 1° marzo 2021, n. 22. Altro capitolo essenziale delle riforme è costituito naturalmente dalla semplificazione amministrativa. Il decreto-legge n. 76 del 2020 citato ha introdotto numerose misure in tal senso e i decreti-legge 31 maggio 2021 n. 77 (recante "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"), n. 80 del 2021, già citato, e 24 febbraio 2023, n. 13 (recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune") hanno proseguito le relative azioni di riforma in attuazione del PNRR.

2. La riforma della pubblica amministrazione nel PNRR: un ulteriore capitolo della "questione amministrativa"?

L'amministrazione italiana – sempre univocamente ritenuta per più aspetti carente - è stata l'oggetto di studi, interventi normativi e infinite delusioni nella storia repubblicana, erede di criticità che affondano le proprie origini nella costituzione dello Stato unitario[3]. Come ha avuto modo di sintetizzare Sabino Cassese, ci sono stati "molti ministri ma poche riforme, pochissime realizzazioni, in una sorta di piramide rovesciata che ha alimentato il circolo vizioso delle riforme: grandi annunci – illusioni – attese non soddisfatte – disillusioni – scetticismo" [4]. La "questione amministrativa" è, dunque, tra i non pochi problemi italiani uno dei più radicati[5].

Nonostante fosse chiaro anche ai costituenti che il rinnovo dell'amministrazione pubblica costituisse un elemento essenziale per realizzare il nascente Stato democratico[6], il quadro costituzionale strettamente dedicato alla materia è subito apparso abbozzato, limitandosi la Costituzione a dettare le sole linee di fondo del quadro amministrativo della nuova Repubblica[7], principalmente nelle previsioni di cui agli artt. 97 e 98 Cost.[8].

La Carta, infatti, ha posto dei principi, riservando e rimettendo la parte restante ad una disciplina più specifica, dettata da successive "leggi di organizzazione". Leggi chiamate a dare attuazione all'esigenza di riforma sottesa a tutte le disposizioni e le enunciazioni costituzionali.

Va ricordato però che in questa materia l'approccio del Costituente è stato essenzialmente un approccio antifascista. In altre parole, più che disegnare il volto della pubblica amministrazione

---

[3] Come viene ampiamente ricostruito in G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, ultima edizione, 2020, in S. SEPE, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-2017)*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018 e in E. ROTELLI, *Costituzione e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna, 1981.

[4] S. CASSESE, *Riformare l'amministrazione per legge*, in *La riforma dell'amministrazione, Commento alla legge 124/2015*, 21.

[5] G. MELIS, *Storia* cit., 606. Mette in evidenza la matrice culturale dei limiti dell'amministrazione italiana M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187 s. In tema, ampiamente, già S. RAIMONDI, *La questione amministrativa nell'Italia repubblicana*, Edigraphica Sud Europa, Palermo, 1979.

[6] C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, 248 rileva che "chi voglia conoscere com'è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione".

[7] Su amministrazione e Costituzione ci si limita qui a rinviare tra i primi contributi a A. BOZZI, *I profili costituzionali della riforma della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1950, 529 s.; M. RUINI, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in *Corr. amm.*, 1952, 174 s.; C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana (Saggi).*, CEDAM, Padova, 1954, 245 s.; C. LESSONA, *La posizione costituzionale della pubblica amministrazione*, in *Probl. pubbl. amm.*, I, 1958, 137 s. L'interesse della dottrina sul tema è divenuto più vivo a partire dagli anni Sessanta, ci si limita qui a rinviare a L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, Milano, 1966; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737 s.; M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione* (1961), in *Scritti*, IV (1955-1962), Giuffrè, Milano, 2004, 833 s.; ID., *L'ordinamento dei pubblici uffici e la Costituzione* (1979), in *Scritti*, VII (1977-1983) cit., 278 s.; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione* (1965), in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1981, I, 1 s.; V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione* (1964), in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, I, 12 s.; S. RAIMONDI, *La questione amministrativa* cit., specialmente cap. I, 7 s.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1979; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale* (1985), in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, III, 1843 s.; S. RAIMONDI, *La questione amministrativa* cit., specialmente cap. I, 7 s.; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione e costituzione*, CEDAM, Padova, 1996; ID., *L'amministrazione dall'attuazione della costituzione alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo generale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, I, 173 s.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 37 s.

[8] Nell'ambito della linea di ragionamento qui tracciata si devono necessariamente lasciare in disparte le questioni relative alla giustizia amministrativa pur evidentemente di sicuro rilievo in una ricostruzione più ampia dei processi di riforma concepiti per le pubbliche amministrazioni italiane.

repubblicana, si è chiaramente detto che tale volto avrebbe dovuto essere nuovo e che, soprattutto, non avrebbe dovuto assomigliare a quello feroce dello Stato fascista[9].

Per il resto, le disposizioni degli artt. 97 e 98 Cost. per larga parte rimandano alle scelte del legislatore, come si potrebbe dire per molte delle norme della Carta[10]. D'altra parte, l'evoluzione della pubblica amministrazione era giustamente ritenuta conseguente alla necessità di dare attuazione all'insieme dei diritti caratteristici dell'ordinamento repubblicano e doveva seguire l'evoluzione sociale da questo presupposta[11].

La prospettiva di riforma era propria del Costituente, dunque, ma questa è poi diventata la condizione permanente dell'amministrazione italiana, questione costantemente oggetto di analisi e di preoccupazioni[12].

Già negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione e nel corso di diverse legislature, studi e proposte di riforma sono stati avviati, parallelamente all'istituzione di commissioni o di uffici, aventi l'incarico specifico di studiare i modi e i contenuti delle riforme[13].

Queste, tuttavia, hanno riguardato soprattutto il pubblico impiego, senza incidere in maniera determinante, sulle strutture amministrative, in tal modo adottando un criterio opposto a quello richiesto dall'ordine logico e dalla Costituzione stessa, secondo il quale la riforma delle strutture dovrebbe precedere, in ogni caso, le riforme riguardanti il personale[14].

Negli anni cinquanta e sessanta, infatti, il legislatore si è dedicato a dettare le nuove disposizioni sul pubblico impiego, mentre successivamente, parallelamente all'istituzione dell'ordinamento regionale[15], essendosi ormai strutturato il sindacalismo, ha introdotto la contrattazione collettiva nel

---

[9] Notava E. ROTELLI, *L'avvento della Regione in Italia*, Giuffrè, Milano, 1967, VI, "se fu facile cancellare le istituzioni del fascismo e se fu altrettanto facile sostituirvi quelle del periodo liberale, difficile fu giungere ad una delineazione di uno Stato che potesse assolvere ai compiti ai quali sarebbe stato chiamato, una volta reinserito nel corso della civiltà democratica europea".

[10] Secondo E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica,* Il Mulino, Bologna, 1980, II, 242 s., fu un errore di valutazione del costituente l'aver avuto "fiducia in una delega da affidare in bianco al legislatore ordinario, confidando nella sua volontà politica e nella scelta dei tempi da esso ritenuti opportuni per l'attuazione della Costituzione". Sull'iniziale inattuazione di molte delle previsioni costituzionali cfr., per tutti, L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 73 s.

[11] Come è noto, il riferimento al "buon andamento" di cui all'art. 97 Cost. è stato inizialmente dalla dottrina letto in termini di non giuridicità e sostanzialmente coincidente con le regole di buona amministrazione cfr. R. LUCIFREDI, *La nuova costituzione italiana raffrontata con lo Statuto Albertino e vista nel primo triennio della sua applicazione*, Giuffrè, Milano, 1952, 248. Solo successivamente gli è stato riconosciuto valore precettivo come dovere di efficienza cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; G. PASTORI, *La burocrazia*, CEDAM, Padova, 1967; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, CEDAM, Padova, 1968; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento* cit..

[12] In questi termini, sinteticamente, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Giuffrè, Milano, 2022, 7; sul perpetuarsi delle questioni critiche dell'amministrazione italiana ci si limita a rinviare a S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. Trim dir. pubbl.*, n. 1/2019 e ID., *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2023 e a M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, Jovene, Napoli, 2022. Per un'ampia ricostruzione del percorso delle riforme dedicate alla pubblica amministrazione ci si limita qui a rinviare a R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017; L. TORCHIA, *Riforma amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, III, *Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 987 s.

[13] Sulle iniziative di riforma e sulle riflessioni della dottrina successive all'entrata in vigore della Costituzione cfr. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza* cit., 109 s.; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017; L. TORCHIA, *Riforma amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, III, *Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 987 s.

[14] In tema cfr. M.S. GIANNINI, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: un bilancio*, in *Scritti*, VII (1977-1983), Giuffrè, Milano, 2005, 785 s.

[15] In tema ci si limita qui a rinviare a F. BASSANINI – V. ONIDA, *Il trasferimento delle funzioni e l'attuazione dell'ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 1971; M.S. GIANNINI, *Il trasferimento di funzioni amministrative alle*

settore del pubblico impiego, il che ha determinato, altresì, un nuovo assetto delle fonti incidenti sulla materia[16].

In questo contesto riformatore l'elemento di maggiore rilevo è stato, come è noto, il *"Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato"* (c.d. Rapporto Giannini), trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979[17], allo specifico fine di porre le premesse di una riforma "complessiva" della pubblica amministrazione.

Il Rapporto, considerata la necessaria ristrutturazione dello Stato avviata con la realizzazione dell'ordinamento regionale, poneva al centro delle proposte l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, sviluppando i concetti di produttività, di calcolo dei costi, di misurazione dei tempi, secondo *standard* di produttività misurabili[18]. Sui controlli si prevedeva di mutarne radicalmente la natura, affidando alla Corte dei conti un controllo di efficienza[19].

La spinta riformista poi progressivamente esauritasi dopo l'iniziativa di Giannini riprese dieci anni dopo, ma in un contesto culturale non più solo domestico.

Come è stato ricordato, "alla fine del ventesimo secolo, anche alla luce della diffusione del modello del *New Public Management*[20], l'Italia avviò una serie di riforme amministrative: si adottò una disciplina unitaria del procedimento amministrativo; si procedette alla contrattualizzazione del pubblico impiego, alla privatizzazione delle imprese pubbliche, alla liberalizzazione dei servizi pubblici; si impose la disciplina della concorrenza; si esternalizzarono alcune funzioni amministrative; si procedette al decentramento amministrativo. Tutte queste riforme furono ispirate alla ricerca dell'efficienza dell'azione amministrativa"[21]. Efficienza e semplificazione sono divenute poi filo conduttore del disegno riformatore "Bassanini", in larga parte, però, rimasto inattuato[22].

Un'altra finalità perseguita è stata indubbiamente l'urgenza della revisione (ma, in realtà, della riduzione) della spesa pubblica, a sua volta innescata dall'avanzare della integrazione europea[23].

Regioni (1973), in *Scritti*, VI (1970-1976) cit., 631 s.; ID., *Il completamento dell'ordinamento regionale* (1976), in *Scritti*, VI, cit., 1043 s.; L. PALADIN, *Problemi e prospettive dell'autonomia normativa regionale*. in *Le Regioni: politica o amministrazione?*, Giuffrè, Milano, 1973 65 s.; A.M. SANDULLI, *Le regioni tra Costituzione e nuova Repubblica* (1978), in *Scritti giuridici* cit., II, 628 s.; G. PASTORI, *Le regioni senza regionalismo* (1980), in *Scritti scelti*, Napoli, 2010, I, 261 s.

[16] Cfr. M. D'ALBERTI, *Impiego pubblico, norme privatistiche, processo del lavoro*, in *Giur. cost.*, 1977, 509 s.; A. ROMANO, *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, in *Giur. cost.*, 1980, 881 s.

[17] Pubblicato in *Foro amm.*, 1979, 2667 s. A commento si vedano gli autorevoli interventi (di S. Bartole, G. Berti, E. Cheli, G. Corso, F. Levi, F. Merusi, V. Ottaviano, G. Pastori, A. Pizzorusso, U. Pototschnig) contenuti in *Impressioni sul Rapporto del Ministro Giannini sui problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Le Regioni*, n. 3/1980, 309 s.

[18] Per evocare il contesto di quel periodo storico è utile riportare una lapidaria osservazione di Ugo La Malfa: "Questo è l'altro problema italiano, il rapporto fra sistema produttivo e strutture pubbliche. Il sistema produttivo ha dovuto sopportare il peso d'una struttura pubblica che è una cosa indicibile di parassitismo, ossia di alti costi e improduttività" (U. LA MALFA, in A. RONCHEY (a cura di), *Intervista sul non-governo,* Laterza, Roma – Bari, 1977, ripubblicata in ed. speciale per il Corriere della Sera, Milano, 2011, 68).

[19] Cfr. M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi* (1974), in *Scritti*, VI cit., 719 s.

[20] Cfr. S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *Tendenze recenti della riforma amministrativa in Europa*, Il Mulino, Bologna, 1989; Y. MÉNY – V. WRIGHT (a cura di), *La riforma amministrativa in Europa*, Il Mulino, Bologna, 1994; M. D'ALBERTI (a cura di), *L'alta burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia e Italia*, Il Mulino, Bologna, 1994; M. DE BENEDETTO (a cura di), *Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paese europei a confronto*, Torino, Giappichelli, 2005; G. TOSATTI, *La modernizzazione dell'amministrazione italiana 1980-2000*, Aracne, Roma, 2012.

[21] *Rapporto Aspen Institute. Le riforme della pubblica amministrazione nella XVII Legislatura. I motivi ispiratori, i risultati conseguiti, gli obiettivi da raggiungere*, coordinamento scientifico prof. Sabino Cassese, 2018, in www.aspeninstitute.it. Critico rispetto all'elevazione dell'efficienza a criterio risolutore di tutte le criticità dell'amministrazione come postura diffusa in quel periodo storico F. SALVIA, *La buona amministrazione ed i suoi miti*, in *Dir. e società*, 2005, 560 s.

[22] Su cui G. MELIS, *Storia* cit., 530 s., specialmente 533.

[23] Sottolinea come l'ordinamento europeo costringa gli Stati ad attuare politiche di risanamento del deficit pubblico e, conseguentemente, anche la modernizzazione delle amministrazioni G. COGLIANDRO, *Finanza sana e buona gestione*

Esigenza quest'ultima divenuta via via prioritaria mentre si inanellavano quei "mutamenti senza riforme" nell'amministrazione italiana dovuti all' "esperimento di Renato Brunetta" e al "tentativo di Marianna Madia"[24].

La "riforma Brunetta"[25], in particolare, vede un'efficienza focalizzata sulla nozione di *performance*, organizzativa e individuale[26], che si colloca al centro del disegno di riforma del lavoro pubblico, in cui il meccanismo di garanzia del miglioramento dell'azione pubblica è infine dato dall'osservanza di regole definite in modo uniforme[27].

L'evoluzione dei controlli intestati alla Corte dei conti ha seguito e accompagnato lo sviluppo dell'ordinamento repubblicano e della sua amministrazione. Solo per rimanere ai tempi più prossimi basti pensare al processo di rafforzamento delle autonomie locali, con la riscrittura del Titolo V Parte II della Costituzione, e alle riforme – anche costituzionali – legate alla crisi finanziaria di una decina di anni fa. Riforme, queste ultime, che hanno reso centrali i principi dell'equilibrio e del coordinamento della finanza pubblica, i quali, come è a tutti noto, hanno origine nei vincoli sovranazionali ai bilanci, imposti, a partire dal Trattato di Maastricht, per consentire la realizzazione dell'Unione Monetaria[28] e che sono stati via via inaspriti proprio per salvaguardare i bilanci pubblici colpiti dalla crisi finanziaria a cui si faceva riferimento[29].

In particolare, le regole contenute nel Trattato *Fiscal Compact* sono state a fondamento della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, recante "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale". La citata legge costituzionale ha, tra l'atro, sostituito l'art. 81 Cost., premesso un comma all'art. 97 Cost. rivolto ad imporre a tutte le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico e modificato gli artt. 117 e 119 Cost.[30].

---

finanziaria: una introduzione ai principi comunitari del buon governo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1192 s. Sull'idea europea di "buona amministrazione" cfr. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza* cit., 201 s.

[24] Le espressioni virgolettate sono di G. MELIS, *Storia* cit., rispettivamente, 563, 589 e 593.

[25] Di cui alla legge 4 marzo 2009, n. 15 e al relativo d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

[26] Sottolinea l'eccesiva enfasi posta su questo elemento L. TORCHIA, *Valutazione e amministrazione pubblica*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Il Mulino, Bologna, 2012, 214 s.; in tema A. VISCOMI, *Sistema di valutazione delle* performance *delle strutture, della dirigenza e del personale nella riforma della pubblica amministrazione*, in U. CARABELLI – M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, 100 s.

[27] Come rileva R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza* cit., 318.

[28] In tema ci si limita qui a rinviare a O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016 e a F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer - CEDAM, Milano, 2019.

[29] Solo per ricordare alcuni limiti discendenti dal diritto euro-unitario basti pensare al Patto di stabilità e crescita del 1997, ai cosiddetti *Six Pack* e *Two Pack*, i "pacchetti" di regolamenti e direttive volti a rafforzare il vincolo di bilancio e, conseguentemente, a fornire più incisivi parametri dei controlli finanziari. La grave situazione economica e finanziaria che ha avuto origine nel 2008 e si è tradotta nella cosiddetta crisi dei debiti sovrani del 2011 ha comportato però anche l'adozione di regole, strumenti e limiti di matrice internazionale o, comunque, esterni al diritto dell'Unione: dal cosiddetto patto *Europlus* al Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria (cosiddetto *Fiscal Compact*) al Meccanismo europeo di stabilità (MES). In tema E. PAPARELLA, *Il Fondo monetario internazionale nell'eurozona. La stretta condizionalità e la sovranità condizionata*, Jovene, Napoli, 2018. I vincoli di finanza pubblica sono ora oggetto di revisione. La Commissione nell'ottobre del 2022 ha presentato una proposta di riformulazione delle regole di bilancio, che vede il superamento di un insieme di regole valide per tutti gli Stati membri a favore di percorsi di "aggiustamento" per ciascuno con una interlocuzione tra Commissione e governi.

[30] Dalla discussa costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio è poi seguita una copiosa legislazione, non sempre coerente con la matrice originaria: dalla legge 24 dicembre 2012, n. 243 – la cosiddetta legge rinforzata di attuazione del nuovo art. 81 Cost. – alla riforma della legge di contabilità, la legge 4 agosto 2016, n. 163. In tema A. CAROSI, *Il controllo di legittimità-regolarità* cit., in part. 42, nota 26. Un ruolo cruciale nell'affermare la stessa regola dell'equilibrio è stato svolto anche dalla disciplina sull'armonizzazione, materia sottratta, proprio dalla medesima legge costituzionale, dall'ambito della competenza legislativa concorrente, di cui al terzo comma dell'art. 117, e ricollocata nel novero delle competenze legislative esclusive dello Stato, di cui al secondo comma del medesimo articolo. In particolare,

L'evoluzione delle norme che disciplinano i controlli svolti dalla Corte dei conti è stata conseguente al mutamento del quadro normativo ora descritto, pur se ha registrato qualche *deficit* di coerenza forse anche a seguito di una sostanziale stratificazione di disposizioni, difficilmente riconducibili ad un sistema armonizzato[31].

Sia a livello costituzionale che di legislazione ordinaria, del resto, si è assistito ad un mutare di indirizzo nel volgere di pochi anni, soprattutto a seguito della già evocata crisi finanziaria che ha visto la nostra Nazione tra le più colpite d'Europa. Va ricordato che a partire dagli anni Novanta del Novecento e poi nel periodo immediatamente successivo, dedicato all'attuazione della riforma del Titolo V, Parte II, Cost. del 2001, l'ordinamento italiano ha conosciuto una forte valorizzazione dell'autonomia degli enti autonomi territoriali, che implicava anche il ridimensionamento dei controlli, specie di quelli preventivi di legittimità sugli atti, accusati peraltro di rallentare l'azione amministrativa. In questi termini si inserisce, del resto, l'abrogazione delle disposizioni degli artt. 125, comma 1,[32] e 130 Cost.[33], dedicate ai controlli, rispettivamente, sugli atti amministrativi delle Regioni e sugli atti degli enti locali. La riduzione del perimetro del controllo preventivo di legittimità – che ha interessato, peraltro, anche quello esercitato sugli atti del Governo - è stato però accompagnato da un rafforzamento delle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti e dall'introduzione del controllo sulla gestione, ad opera dell'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994, intestato alla medesima magistratura. Tuttavia, del controllo sulla gestione, in particolare, si metteva in evidenza il carattere essenzialmente collaborativo, carattere che serviva anche a garantire una compatibilità del medesimo controllo con l'autonomia di Regioni ed enti locali, come ha affermato tempestivamente la stessa Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 29 del 1995. Nell'ambito delle disposizioni dettate dal legislatore per adeguare l'ordinamento della Repubblica alla citata modifica del Titolo V è stata introdotta, dall'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, anche una specifica funzione consultiva delle Sezioni regionali della Corte dei conti in favore degli enti locali e delle Regioni nella materia della contabilità pubblica[34].

Il quadro di favore verso le autonomie regionali e locali e l'accentuata attenzione ai profili di efficienza dell'azione amministrativa, piuttosto che di legittimità degli atti, che avevano portato all'affermarsi del controllo collaborativo sono però presto evoluti, ancor prima di essere arrivati ad una compiuta attuazione.

Infatti, le logiche dei vincoli di finanza pubblica, rafforzatisi dopo la crisi finanziaria del 2011 con un fondamento costituzionale, hanno portato il legislatore a prevedere – per renderle effettive - un irrobustimento dei controlli sulla gestione amministrativa ed economico-finanziaria e, in particolare, di quelli di legittimità e regolarità dei conti.

---

il decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, successivamente modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2014, n. 126, è stato funzionale a garantire la raffrontabilità dei bilanci, il consolidamento dei conti e l'unità economica della Repubblica. La disciplina del decreto legislativo citato è stata molto valorizzata dalla Corte costituzionale per verificare il rispetto della regola dell'equilibrio. Tra le tante, si vedano le sentenze n. 184 del 2016 e n. 274 del 2017. In dottrina ci si limita qui a rinviare a L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017 e T. TESSARO, *I controlli della Corte dei conti sui bilanci armonizzati degli enti locali e del Servizio Sanitario Nazionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022.

[31] La dottrina che mette in evidenza questi elementi di complessità è copiosissima. Ci si limita qui a rinviare a G. COLOMBINI, *Il "nuovo" sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in *Riv. Corte conti*, n. 3-4/2015, 588 s.; N. MASTROPASQUA, *Il nuovo sistema dei controlli e il ruolo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, n. 1-2/2014, 387 s.

[32] Ad opera dell'art. 9 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante "Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione".

[33] Abrogazione determinata ugualmente dall'art. 9 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, già citata.

[34] Cfr. art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131. Sull'evoluzione della funzione evolutiva delle Sezioni regionali di controllo cfr. M. SCIASCIA, *La funzione consultiva della Corte dei conti nel sistema delle autonomie: aspetti evolutivi della giurisprudenza contabile*, in *Riv. Corte conti*, n. 5/2022, 110 s.

Questo processo di valorizzazione dei controlli finanziari sulle amministrazioni regionali e locali è culminato nel decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174[35], con cui si è, tra l'altro, previsto il giudizio di parificazione sui rendiconti delle Regioni a statuto ordinario. Il citato decreto ha mutato sensibilmente il quadro, attribuendo alle pronunce delle Sezioni regionali di controllo connotati conformativi, con esiti di natura interdittiva, o addirittura sanzionatori[36].

Il sistema dei controlli intestati alla Corte dei conti disegnato dal decreto-legge n. 174 del 2012 sembrava aver accantonato la centralità del controllo successivo sulla gestione, come modello collaborativo. Ciò nella convinzione della poca incisività di quest'ultimo, per una molteplicità di ragioni, forse più culturali e di contesto istituzionale che di vera intrinseca insufficienza. Il legislatore ha preferito, comunque, affidare il rispetto delle regole sugli equilibri di finanza pubblica ad un controllo più penetrante, che non si limitasse ad un referto volto a stimolare comportamenti autocorrettivi da parte delle amministrazioni. La Corte costituzionale, dal canto suo, in una pluralità di articolate pronunce, ha valorizzato il ruolo assunto dalla Corte dei conti in questo contesto normativo quale presidio del bilancio, inteso come "bene pubblico"[37].

Nel momento in cui la crisi finanziaria aveva cessato di produrre i suoi aspri effetti è intervenuta – è cosa purtroppo a tutti nota - la crisi sanitaria con le relative conseguenze economiche e sociali di vasta portata. Come si è ricordato in premessa, ancora una volta la riforma della pubblica amministrazione è stata posta al centro del rinnovamento del Paese[38], chiamato ad utilmente impiegare le cospicue risorse europee secondo il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Nel diluvio di provvedimenti introdotti per realizzare la crescita digitale, la semplificazione amministrativa e il rafforzamento della capacità amministrativa nel settore pubblico che hanno caratterizzato gli ultimi tre anni[39] si staglia un ritorno nitido alla centralità dell'efficienza e al perseguimento del risultato.

Significativo a questo riguardo è il disposto dell'art. 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, contenente il "nuovo" Codice dei contratti pubblici[40], in conformità alle previsioni dello stesso Piano nazionale di ripresa e resilienza[41]. L'art. 1 ora citato reca, quale principio generale, il "principio del risultato", che costituisce "attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon

---

[35] Convertito, con modificazioni, nella legge 7 dicembre 2012, n. 213. Corte conti, Sez. Unite in speciale composizione n. 7/2018/EL ha evidenziato che "i controlli di legittimità e regolarità sui bilanci e rendiconti degli enti territoriali – a differenza di quelli collaborativi sulla gestione – sono strumentali al rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio". La Corte costituzionale stessa ha rinvenuto un rapporto di strumentalità necessaria tra i controlli in parola e il rispetto degli obblighi euro-unitari, rilevando come sia "necessario predisporre controlli sui bilanci preventivi e successivi delle amministrazioni interessate al consolidamento, operazione indispensabile per verificare il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica sottesi ai predetti vincoli".

[36] Per un quadro dello sviluppo di questi nuovi controlli accanto a quelli precedentemente previsti cfr., per tutti, M. CECCHETTI, *Il "sistema" dei controlli di legittimità-regolarità dei conti delle Regioni e delle Province autonome nella dialettica tra collaborazione interistituzionale ed effetti cogenti e conformativi sull'autonomia degli enti controllati*, e G. RIVOSECCHI, *Oltre i controlli di legittimità-regolarità dei conti? Controlli sulla gestione, controlli concomitanti e altri controlli sulla finanza territoriale*, entrambi in *Federalismi.it*, n. 28/2022, rispettivamente, 76 s. e 128 s.

[37] Ci si limita qui a rinviare a A. CAROSI, *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in F. CAPALBO (a cura di), *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 15 s. e a M. LUCIANI, *La "giurisprudenza Carosi"*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 571 s., specialmente 577 s.

[38] Cfr. in tema i contributi contenuti in *Annuario AIPDA 2021*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

[39] Cfr. nota 1.

[40] Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici".

[41] La legge di delega – 21 giugno 2022, n. 78 – costituisce attuazione degli impegni assunti dal Governo italiano con il PNRR che, con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici, prevede una attuazione in via d'urgenza, principalmente con le misure del decreto-legge n. 77 del 2021, più volte citato, e una riforma organica delle disposizioni del Codice dei contratti (già contenute nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità"[42] e "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto", nonché per valutare la responsabilità del personale e attribuire gli incentivi[43]. Un principio quello del risultato che, insieme al "principio della fiducia" (di cui al successivo art. 2) e al "principio dell'accesso al mercato" (di cui all'art. 3), costituisce criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni del Codice stesso[44].

Una rinnovata attenzione alla "amministrazione di risultato" – già pietra d'angolo delle riforme realizzate tra la fine del Novecento e i primi anni del nuovo millennio[45] - non poteva che portare ad una nuova prospettiva nel sistema dei controlli[46]. Di conseguenza, come era logico attendersi, anche i controlli della magistratura contabile sono divenuti oggetto di modifiche normative per presidiare, in particolare, il tempestivo ed efficiente utilizzo delle risorse messe a disposizione con il PNRR.

3. Il controllo sulla gestione prende nuova linfa dalle norme dedicate alla ripresa economica

Il disegno dei controlli intestati alla Corte dei conti è stato inevitabilmente inciso dall'avvento della pandemia di Covid-19 e dagli interventi legislativi assunti per contrastare gli effetti economici negativi che ne sono conseguiti. Con questa prospettiva l'art. 22 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 ha previsto l'utilizzo del controllo di cui all'art. 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, cosiddetto "concomitante", per "accelerare gli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale". La disposizione prevede che la Corte dei conti possa effettuare controlli su "gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento" – il che spiega l'uso dell'appellativo "concomitante" – ed individua due gruppi di possibili situazioni patologiche da rilevare e le relative conseguenze.

In primo luogo, la Corte dei conti, qualora accerti "gravi irregolarità gestionali" ovvero "gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione" stabiliti da norme o da direttive del Governo, ne individua, in contraddittorio con l'amministrazione, le cause e provvede a darne comunicazione al Ministero competente, che può anche disporre con decreto la sospensione dell'impegno di somme stanziate sui pertinenti capitoli di spesa. La seconda ipotesi prevista riguarda l'accertamento di "rilevanti ritardi nella realizzazione di piani e programmi, nell'erogazione di contributi ovvero nel trasferimento di fondi". In questo caso la Corte ne individua, in contraddittorio con l'amministrazione, le cause, e ne dà comunicazione al Ministro competente. Entro sessanta giorni l'amministrazione competente adotta i provvedimenti idonei a rimuovere gli impedimenti, a meno che il Ministro non sospenda il termine ovvero comunichi sia al Parlamento sia alla Presidenza della Corte dei conti le ragioni che impediscono di ottemperare ai rilievi formulati.

---

[42] Art. 1, comma 2, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

[43] Art. 1, comma 4, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

[44] L'art. 4, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 stabilisce che "[l]e disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3".

[45] Sul punto ci si limita qui a rinviare a M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 107 s.; G. CORSO, *Amministrazione di risultato*, *ibidem*, 127 s.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004; S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 s.; L. IANNOTTA, *Merito discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 s.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, II, 741 s.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione di risultati"*, *Ibidem*, 813 s.; ID, *Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, 232 s.

[46] Sulla relazione tra l'affermarsi del principio dell'efficienza amministrativa ed evoluzione dei sistema dei controlli cfr., se si vuole, C. PAGLIARIN, *Autonomia, efficienza, responsabilità*, Giappichelli, Tornio, 2007.

Il comma 3 dell'art. 11 della legge n. 15 del 2009 ha poi previsto che le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possano svolgere il controllo concomitante nei confronti delle gestioni pubbliche regionali e degli enti locali.

Al di là di alcuni profili di disciplina specifica, peraltro sostanzialmente non innovativi, il controllo concomitante è fatto generalmente rientrare nell'alveo dello schema del controllo sulla gestione, disciplinato dalla legge n. 20 del 1994[47]. Quest'ultima fonte prevede, infatti, che la Corte dei conti invii relazioni alle assemblee rappresentative, anche in corso di esercizio[48], e che lo stesso organo di controllo possa svolgere osservazioni agli enti in qualsiasi momento[49].

L'esito del controllo in discorso, come si è già detto, non si è dimostrato particolarmente incisivo e il controllo concomitante, a dire il vero, non ha trovato nemmeno una compiuta applicazione[50].

Del resto, se si guarda nello specifico all'art. 22 del decreto-legge n. 76 del 2020 si può agevolmente notare come, dopo aver richiamato espressamente il controllo di cui all'art. 11, comma 2, della legge n. 15 del 2009, la disposizione non faccia alcun riferimento alle procedure di responsabilizzazione del Ministro ivi richiamate, ma, al contrario, disponga che la Corte dei conti, in caso di accertamento di "gravi irregolarità" ovvero di "rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi", ne dia immediata trasmissione all'amministrazione competente "ai fini della responsabilità dirigenziale" di cui all'art. 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. L'art. 22 collega, dunque, l'esito del controllo alla responsabilità dirigenziale ed è questa la vera novità posta sul punto dal decreto-legge n. 76 del 2020.

Una responsabilità quella da ultimo evocata il cui accertamento, come è noto, attiene al sistema dei controlli interni ai quali compete anche la valutazione della *performance* individuale ed organizzativa relativamente al raggiungimento o meno degli obiettivi e che, semmai, può coinvolgere la Corte dei conti nell'ambito del controllo sul funzionamento dei controlli interni[51].

Il controllo concomitante è, dunque, funzionale a prevenire e contrastare gravi irregolarità gestionali e, soprattutto, rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi con ciò chiaramente collocandosi tra gli strumenti utilizzati dal "decreto semplificazioni" con finalità acceleratorie e di impulso.

Va al riguardo segnalata la centralità del parametro temporale sotteso al decreto-legge n. 76 del 2020, che modifica anche l'ultimo articolo della legge 7 agosto 1990, n. 241[52], per cui attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, le disposizioni della legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti.

---

[47] Corte conti, Sez. riunite in sede di controllo, 24 luglio 2009, n. 29. Sottolineano la riconducibilità del controllo concomitante nella fattispecie generale del controllo sulla gestione. In tema, recentemente, G. RIVOSECCHI, *La Corte dei conti ai tempi del "Recovery plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021; G. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi.it*, n. 8/2021; V. TENORE – A. NAPOLI, *Studio sui controlli affidati alla Corte dei conti*, ESI, Napoli, 2020, 153.

[48] Art. 3, comma 4, legge 19 gennaio 1994, n. 20.

[49] Art. 3, comma 6, legge 19 gennaio 1994, n. 20.

[50] Come osservano G. D'AURIA, *Tecniche e strumenti del controllo sui risultati: materiali da un corso di formazione*, in *Riv. Corte conti*, n. 3-4/2017, 581 s. e G. COLOMBINI, *I decreti* cit.

[51] C. CHIAPPINELLI, *Controllo concomitante ed efficienza dell'amministrazione tra disciplina normativa ed attuazione*, in *Riv. amministrativa Repubblica italiana*, n. 1-2/2021, 5 s. rileva che il richiamo all'art. 21 d.lgs. n. 165/2001 abbia portata generale, integrando una concreta specificazione della fattispecie di responsabilità dirigenziale del "mancato raggiungimento degli obiettivi" o della "inosservanza delle direttive imputabili al dirigente" che "previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare" comportano "l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale" e in "relazione alla gravità dei casi" la revoca dell'incarico ovvero il recesso dal rapporto di lavoro, previo contraddittorio con l'interessato.

[52] Art. 29, legge 7 agosto 1990, n. 241, "Ambito di applicazione della legge".

In particolare, poi, l'art. 12 del decreto-legge n. 76 del 2020 ha inserito i commi 4-*bis* e 8-*bis* all'art. 2 della stessa legge n. 241, con i quali, rispettivamente, è stata prevista una misurazione della tempistica effettiva di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese e l'inefficacia dei provvedimenti adottati in ritardo rispetto ai tempi previsti[53].

Anche se coerentemente inserito nel contesto normativo del decreto "semplificazioni", il controllo concomitante, così come richiamato dall'art. 22, ai commentatori è subito apparso utilizzabile anche nella fase attuativa del PNRR, atto riconducibile ai "principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale" a cui la medesima norma fa riferimento, e che certamente richiede un costante monitoraggio sulla realizzazione delle linee di intervento dei programmi e sul tempestivo e corretto impiego delle risorse[54].

Il legislatore nel dettare la *governance* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano ha però preferito richiamare il generale strumento del controllo successivo sulla gestione con alcune limitate disposizioni specifiche. Il decreto-legge n. 77 del 2021, infatti, prevede un articolato sistema di controllo, *audit*, anticorruzione e trasparenza in cui è decisivo il controllo sulla gestione svolto dalla Corte dei conti[55], incaricata delle valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi del PNRR. Un controllo, quest'ultimo, che si svolge, e non poteva che essere così, in cooperazione e coordinamento con la Corte dei conti europea[56]. La Corte dei conti è anche chiamata a riferire al Parlamento con una frequenza almeno semestrale sullo stato di attuazione del PNRR. Lo stesso decreto-legge n. 77 del 2021, peraltro, ha ribadito che "gli atti, i contratti ed i provvedimenti di spesa adottati dalle amministrazioni per l'attuazione degli interventi del PNRR sono sottoposti ai controlli ordinari di legalità e ai controlli amministrativo contabili previsti dalla legislazione nazionale applicabile"[57]. Inoltre, l'effetto delle risorse derivanti dall'iniziativa NGEU e, più nello specifico, dal Dispositivo di ripresa e resilienza, costituirà oggetto di analisi e valutazione nell'ambito dei principali referti sulla finanza pubblica prodotti dalle Sezioni riunite in sede di controllo[58]. In estrema sintesi, si può dire che nell'ambito della realizzazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza saranno sostanzialmente coinvolte tutte le funzioni di controllo della Corte dei conti.

---

[53] In tema si rinvia ai contributi contenuti in *Rivista giuridica di Urbanistica Diritto e Territorio*, n. 1/2022, dedicato a *Procedimento amministrativo e disciplina urbanistico-edilizia tra PNRR e decreti "semplificazioni"*. Cfr., in particolare, M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti "semplificazioni"*, *ibidem*, 38 s. e C. P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8* bis*, della legge sul procedimento amministrativo*, *ibidem*, 53 s.

[54] In tema si veda A. POLICE, *La Corte dei conti garante dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: l'importanza strategica del controllo concomitante*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi* cit., 759 s.

[55] L'art. 7, comma 7, decreto-legge, 31 maggio 2021, n. 77 stabilisce: "La Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994 n. 20, svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR. Tale controllo si informa a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'articolo 287, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La Corte dei conti riferisce, almeno semestralmente, al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR, in deroga a quanto previsto dall'art. 3, comma 6, della legge 14 gennaio 1994, n. 20".

[56] Sul ruolo del controllo della Corte dei conti in riferimento alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea cfr. M. T. POLITO, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e tutela degli interessi finanziari della UE. I controlli della Corte dei conti italiana*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi* cit., 771 s. Per un'analisi delle funzioni della Corte dei conti nella dimensione eurounitaria cfr. F. SUCAMELI, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, specialmente 163 s.

[57] Art. 9, comma 3, decreto legge 31 maggio 2021, n. 77.

[58] Sulla permanenza di tutti i precedenti controlli, compresi quelli di legittimità-regolarità dei conti, accanto ai "nuovi" controlli sulla gestione e ai controlli-referto sull'impiego dei fondi derivanti dal PNRR si rinvia a G. RIVOSECCHI, *Dai controlli sulla "sana" gestione ai controlli di legittimità-regolarità dei conti e ritorno? Qualche dubbio e qualche proposta, anche alla luce del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2022, 20 s.

Il ruolo della Corte dei conti è ritenuto centrale dal legislatore anche sotto il profilo dell'esercizio della giurisdizione sull'illecito erariale, di cui si occupa anche il più volte citato decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, in particolare, all'art. 21.

I recenti interventi, collocati nell'ambito delle iniziative normative finalizzate alla ripresa dopo la crisi generata dalla pandemia di Covid-19, sono, infatti, diretti a ridurre l'area della responsabilità dei pubblici agenti per contrastare la cosiddetta "paura della firma", ritenuta una delle cause della poca incisività dell'amministrazione italiana[59]. Nemmeno questa valutazione, invero, può dirsi nuova, dato che, solo per fare l'esempio più evidente, medesima era la *ratio* della limitazione generalizzata dell'elemento soggettivo dell'illecito erariale alla colpa grave o al dolo posta dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639[60].

L'art. 21 citato presenta, soprattutto se si guarda alle disposizioni del suo secondo comma, una significativa riduzione dell'area dell'illecito erariale, sia pure con riferimento a condotte tenute in un ridotto arco temporale, sostanzialmente coincidente – nella prospettiva del legislatore - con la realizzazione degli interventi per la ripresa[61].

Con il primo comma del medesimo articolo poi il legislatore ha inteso superare una giurisprudenza contabile che finiva per espandere eccessivamente l'area del dolo, attribuendo allo stesso un'accezione molto ampia e indeterminata. Modificando l'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994 si è così stabilito che "[l]a prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso".

Da maggiori criticità è caratterizzato, come si è già detto, il secondo comma dell'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, che testualmente prevede: "[l]imitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente"[62].

Le disposizioni ora riportate delineano un'area dell'illecito che si contrae e si espande in ragione del tempo di riferimento del comportamento tenuto, senza recare distinzioni per tipologie di attività e per qualifiche degli autori che si leghino logicamente alla *ratio* della ripresa e della crescita post-pandemica. Dunque, la contrazione della responsabilità, pensata per scongiurare la "paura della firma", ostacolo alla realizzazione degli interventi pubblici necessari alla crescita economica, opera, invece, in modo generalizzato. Trova applicazione anche con riferimento alle condotte dei percettori di contributi pubblici, che abbiano deviato le risorse dal programma per la realizzazione del quale erano state conferite, soggetti, come si visto, alla giurisdizione contabile per ormai costante giurisprudenza.

Anche in queste ipotesi, al verificarsi di condotte attive di deviazione, solo il concorso del dolo potrebbe determinare la condanna per danno erariale, rimanendo, al contrario, non sanzionati dalla

---

[59] Accanto alla limitazione dell'illecito erariale, di cui si riferirà successivamente nel testo, viene in rilievo – sempre in termini di restrizione della responsabilità dei pubblici agenti – la riformulazione dell'art. 323 c.p., relativo al reato di abuso d'ufficio, dettata dall'art. 23 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76.

[60] Che ha modificato il testo dell'art. 1, comma 1, della più volte citata legge n. 20 del 1994.

[61] Sul punto, per non doversi diffondere in questa sede sulle molteplici questioni sollevate dalle disposizioni contenute nell'art. 21 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, sia consentito rinviare a C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *Federalismi.it*, n. 10/2021, 182 s. e ID., *La responsabilità erariale dopo il decreto "semplificazioni"*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2021, 1082 s.

[62] La disposizione citata è stata modificata dall'art. 51, comma 1, lett. h) del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, individuando il termine finale del 30 giugno 2023 in luogo del 31 luglio 2021, come si evidenzierà successivamente nel testo.

Corte dei conti i comportamenti gravemente colposi. Questi ultimi porterebbero alla pronuncia della condanna del giudice contabile unicamente di fronte alle mere omissioni o inerzie da parte dei percettori. La conseguenza è, dunque, che anche lo sviamento dei fondi per realizzare il PNRR non potrebbe più essere colpito dalla funzione risarcitoria e di deterrenza della responsabilità amministrativa giudicata dalla Corte dei conti.

Nella prospettiva di attuazione del Piano, la disposizione del secondo comma dell'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020 potrebbe finire per integrare una violazione del diritto euro-unitario da cui discende il piano stesso[63] là dove determina una carenza di tutela risarcitoria e, soprattutto, di deterrenza nei confronti dei percettori privati di fondi di derivazione europea che li deviino rispetto agli scopi prefissati.

Evidentemente, all'ampio spettro delle responsabilità erariali e della giurisdizione della Corte dei conti, non ha pensato nemmeno il decreto legge n. 77 del 31 maggio 2021, che ha dilatato l'ambito temporale di applicazione della previsione citata, portando il termine finale dal 31 luglio 2021, originariamente previsto, al 30 giugno 2023. Anche il decreto sulla *governance* del PNRR ha inteso, dunque, seguire la *ratio* ispiratrice del decreto "semplificazioni" - in coerenza, del resto, con quanto previsto dal Piano stesso[64] - e protrarre la riduzione dell'area dell'illecito erariale per favorire la realizzazione degli interventi.

Nella stessa prospettiva di mitigare il timore della responsabilità – ma con esiti meno critici rispetto alla disposizione di cui al più volte citato art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020 – si pone la previsione di cui all'art. 2 del Codice dei contratti pubblici di nuovissimo conio, che si è prima evocato, là dove pone una definizione di colpa grave.

Il comma 3 di quel medesimo articolo stabilisce, infatti, che "[n]ell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti".

La disposizione ora richiamata evoca parametri di valutazione della colpa, considerata secondo una concezione normativa e nella valorizzazione delle circostanze concrete[65], che erano già propri della giurisprudenza contabile e che, sotto alcuni specifici profili, avevano anche trovato una espressa previsione normativa. E' il caso degli artt. 69, comma 2, e 95, comma 4, del Codice di giustizia contabile[66], i quali danno rilievo, ai fini della valutazione dell'insussistenza della colpa grave, alla circostanza che la condotta contestata si sia conformata al contenuto dei pareri resi dalla Corte dei conti in sede consultiva.

---

[63] G. RIVOSECCHI, *La Corte dei conti,* cit.

[64] Per perseguire l'obiettivo della semplificazione in materia di contratti pubblici il PNRR prevede la "limitazione della responsabilità per danno erariale ai casi in cui la produzione del danno è dolosamente voluta dal soggetto che ha agito, ad esclusione dei danni cagionati da omissione o inerzia".

[65] In tema, se si vuole, C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità*, CEDAM, Padova, 2002.

[66] L'art. 69, comma 2, del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, prevede che il pubblico ministero disponga l'archiviazione 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; analogamente l'art. 95, comma 4, del medesimo decreto legislativo stabilisce che il giudice, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, consideri, 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 generali per il rilascio dei medesimi.

Le disposizioni in discorso già ad una prima lettura possono essere collocate nel contesto della centralità del "risultato", in conformità alla stessa impostazione del Codice dei contratti e dei suoi "principi generali", come si è già rilevato. In particolare, si stabilisce che il "principio della fiducia", di tutt'altro che agevole definizione, e nel cui ambito viene collocata la riportata disciplina sulla colpa grave, "favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato".

Le norme dedicate alla colpa grave presentano, dunque, una *ratio* certamente riconducibile all'intento di circoscrivere il timore della responsabilità per favorire l'azione, così come per le previsioni del decreto "semplificazioni", ma rispetto a queste ultime non presentano profili critici in termini di conformità al dettato costituzionale o al quadro euro-unitario, dato che, in buona sostanza, non fanno che positivizzare e confermare esplicitamente il perimetro dell'elemento soggettivo dell'illecito erariale attualmente contemplato dal "diritto vivente". Ne consegue che non si può ragionevolmente lamentare una compressione di tutela della sana e corretta gestione delle risorse pubbliche a seguito dell'introduzione di una normativa di tale tenore, pur pensata per contrastare la cosiddetta "burocrazia difensiva", un fenomeno considerato fonte di "inefficienza e immobilismo" e freno alla ripresa economica, come ha rilevato la stessa Corte costituzionale vagliando la conformità a Costituzione del testo dell'art. 323 del codice penale, così come novellato dall'art. 23 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76[67].

4. Il sistema integrato dei controlli e il "nuovo" art. 97 Cost.

Le scelte del legislatore in termini di limitazione alla giurisdizione della Corte dei conti possono apparire un indebolimento del sistema delle garanzie per la sana e la corretta gestione delle ingenti risorse europee messe a disposizione degli Stati sulla base dei piani nazionali presentati e approvati.

Il diritto europeo, comprensibilmente, prescrive, invece, un rafforzamento delle tutele. In particolare, l'art. 3 del Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione e lo stesso Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, pongono l'accento sulla necessaria attenzione agli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Quanto al profilo del controllo sulle risorse destinate alla ripresa, si è già sottolineato come il legislatore, sia nel decreto-legge n. 76 del 2020 sia nel decreto-legge n. 77 del 2021, abbia preferito potenziare il modello del controllo sulla gestione, riportando, per così dire, in auge i tratti di collaboratività del controllo, che il decreto-legge n. 174 del 2012 aveva piuttosto sacrificato a favore di controlli di legittimità-regolarità.

Una volontà di potenziamento del profilo dell' "ausiliarietà" della Corte dei conti[68] si rinviene nell'art. 46 della legge europea 2019-2020, la cui rubrica recita, significativamente, "[s]viluppo della funzione consultiva". La fonte in discorso, infatti, ha previsto un rafforzamento della stessa funzione consultiva, anche se unicamente con riferimento alle risorse riconducibili al Piano nazionale di ripresa e resilienza, e dichiaratamente in attuazione del regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 e al fine di un efficace monitoraggio e controllo degli interventi dell'Unione europea per il periodo di programmazione 2021-2027[69].

---

[67] Cfr. Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, in particolare punto 6.3 del considerato in "diritto".

[68] Cfr. in tema G. RIVOSECCHI, *L'ausiliarietà in trasformazione: le virtualità multiple della funzione di controllo della Corte dei conti*, in C. CARUSO – M. MORVILLO (a cura di), *Il Governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Bologna, 2020, 317 s.

[69] Art. 46, comma 1, legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020. Un disegno di legge presentato nella scorsa

Si prevede, infatti, limitatamente alle risorse stanziate dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR, che le Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva, a richiesta delle amministrazioni centrali e degli altri organismi di diritto pubblico nazionali, rendano pareri nelle materie di contabilità pubblica, su fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, e assicurino la funzione nomofilattica sull'esercizio della funzione consultiva da parte delle Sezioni regionali di controllo[70].

I medesimi pareri sono resi dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a richiesta dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni, sulle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica all'esercizio delle funzioni e alle attività finanziate con le risorse stanziate dal PNRR e con i fondi complementari al PNRR[71].

Viene esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa qualora l'azione amministrativa si sia conformata ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi[72].

Le disposizioni ora richiamate, dunque, prevedono un ampliamento dell'utilizzo della funzione consultiva in specifica connessione e limitazione materiale e temporale con la gestione dei fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza, che può certamente essere di utile ausilio alle amministrazioni. Tuttavia, non mancano nel dettato normativo elementi che suscitano perplessità.

In primo luogo, il riferimento agli "organismi di diritto pubblico nazionali tra i soggetti che possono richiedere il parere lascia molti margini di indeterminatezza applicativa per la natura stessa della figura richiamata. Il profilo potenzialmente più critico, però, è sicuramente individuabile nella indicazione dell'oggetto dei pareri medesimi. La formulazione letterale delle norme presenta, infatti, qualche margine di ambiguità in ordine alla possibilità di rendere pareri su fattispecie concrete, ma un'interpretazione di questo tenore non sarebbe ad ogni modo sostenibile perché l'esito della medesima sarebbe una normativa incostituzionale. La previsione di pareri della Corte dei conti su fattispecie concrete determinerebbe possibili profili di sovrapposizione tra l'esercizio delle funzioni consultive, l'ambito proprio dell'agire dell'amministrazione e lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali, segnatamente in ambito di accertamento di responsabilità amministrativo-contabili. Più correttamente le disposizioni in discorso vanno lette nel senso che fattispecie concrete generano naturalmente l'esigenza della richiesta di parere che verrà però formulata in termini astratti, secondo il consolidato indirizzo della magistratura contabile. Indubbiamente, però, l'art. 46 della legge europea 2019-2020, nella rubrica come nel testo, prevede un ampliamento della funzione consultiva e lo pone in relazione funzionale alle esigenze di buon esito degli interventi dell'Unione europea nel contesto del *Next Generation EU* e della programmazione di bilancio.

Dal quadro normativo dedicato alla ripresa economica emerge, dunque, un favore verso un ruolo della magistratura contabile, per così dire, più "morbido", tale da non frenare l'azione amministrativa, ma idoneo, piuttosto, ad accompagnarla e correggerla in corso di esercizio.

In altre parole, possiamo osservare come, per quanto le norme dedicate alla magistratura contabile siano spesso disorganiche, frammentate e, a volte, contraddittorie[73], dalle più recenti disposizioni oggi emerga abbastanza chiaramente la volontà di mitigare la durezza acquisita dalle funzioni della Corte

---

legislatura, il DDLS. n. 2185, recante "Modifiche alla disciplina relativa alla Corte dei conti a tutela del corretto riavvio del Paese", aveva previsto un ampliamento ancora più significativo delle funzioni consultive della Corte dei conti.

[70] Art. 46, comma 2, primo periodo, legge 23 dicembre 2021, n. 238.

[71] Art. 46, comma 2, secondo periodo, legge 23 dicembre 2021, n. 238.

[72] Art. 46, comma 2, ultimo periodo, legge 23 dicembre 2021, n. 238. La disposizione risulta infine ridondante rispetto ai disposti degli artt. 69, comma 2, e 95, comma 4, del Codice di giustizia contabile, che si sono in precedenza ricordati.

[73] La qualità generale della legislazione è, non a caso congiuntamente alla qualità della amministrazione, uno dei profili più critici del nostro ordinamento. Essa è stata al centro di tutta l'iniziativa riformatrice culminata nelle leggi Bassanini. In tema ci si limita qui a rinviare a B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna, 2011.

dei conti dopo la crisi finanziaria del 2011, quando l'efficienza stessa finiva per sfumare nel rispetto delle regole dettate per gli equilibri di bilancio, segnando un primato dell'interesse finanziario[74]. L'intento è di fare di quest'organo a rilevanza costituzionale nuovamente una leva dell'efficacia, se non dell'efficienza, dell'azione amministrativa, piuttosto che un elemento di timore e di deterrenza.

Un ritorno a modelli già introdotti in passato, in particolare tra la fine del Novecento e il primo decennio del nuovo millennio, ma che devono essere rimeditati alla luce dell'esperienza e del mutamenti dell'ordinamento se non si vuole che le riforme divengano – come troppo spesso è accaduto in Italia – "controriforme".

La stagione del *New Public Management* era molto diversa dall'attuale, era segnata da un diffuso antistatalismo, con una legislazione fortemente caratterizzata dal tentativo di snellire gli apparati pubblici, di diminuirne il peso, di passare dal modello dello Stato-attore del processo economico a quello dello Stato-regolatore e, tutt'al più, arbitro dell'economia[75]. Oggi, al contrario, da più parti si torna ad invocare un incisivo intervento dei pubblici poteri[76] in un'epoca di instabilità, crisi di varia natura e profonde divisioni sociali[77]; un intervento che, però, deve fare i conti (in tutti i sensi, anche in termini letterali) con i difficili equilibri di finanza pubblica, pur necessariamente comportando un impiego significativo di risorse pubbliche. Il quadro, dunque, come si è detto, non è certo quello degli anni Novanta del secolo scorso.

Dal canto suo, il legislatore procede per stratificazioni normative e le novelle si adagiano su di un substrato ordinamentale ormai sedimentato. Il che, se si pone in disparte la ineliminabile difficoltà di coordinamento, non è sempre un male perché consente all'interprete di mettere a sistema norme differenti e di mantenere vivi strumenti di presidio che rischierebbero, altrimenti, di essere travolti dagli indirizzi politici del momento, non sempre sufficientemente meditati e lungimiranti. Questa chiave di lettura può essere utile anche nel contesto delle molte norme che si sono avvicendate in materia di controlli. Possiamo così osservare che accanto ad un irrobustirsi del controllo sulla gestione e di quello concomitante permane il ricco "sistema" dei controlli di legittimità-regolarità. Questi ultimi, peraltro, se diffusamente ed effettivamente applicati, consentono anch'essi di operare in via preventiva, nel senso che il loro fisiologico utilizzo può scongiurare il determinarsi delle situazioni più gravi di disequilibrio e di dissesto, che maturano di esercizio in esercizio. Infatti, pur operando in via "imperativa" e non "collaborativa" - o, forse, in parte, proprio per questo – sono idonei ad impedire il generarsi di effetti negativi sulle dinamiche dei cicli di bilancio.

Ricostruire un quadro armonico del sistema dei controlli intestati alla Corte dei conti è, dunque, funzionale a perseguire congiuntamente l'efficienza – nella riscoperta valenza centrale del "risultato" - e il rispetto dell'equilibrio dei bilanci pubblici, essenziali entrambi ad una buona amministrazione, come, del resto, esplicitamente prescrive oggi l'art. 97 Cost.[78].

---

[74] Cfr. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza* cit., 351 s.

[75] Così sintetizza G. MELIS, *Storia* cit., 519.

[76] Per misurare lo spirito del tempo si può rinviare ad un ampio articolo dedicato alle molte correnti proposte di riforma che poggiano su una maggiore presenza dello Stato nell'economia cfr. T. SCHULZ - S. BEYER - S. BOOK, *Hatte Marx doch recht?*, in *Der Spiegel*, n. 1/2023, tradotto in lingua italiana con il titolo *Karl Marx aveva ragione* per *Internazionale*, n. 1495, 20/26 gennaio 2023, 40 s.

[77] Il *World Economic Forum* nel suo *Global Risks Report 2023* (in *http.weforum.org* al *link* relativo) ha messo in evidenza come i rischi globali non siano mai stati così tanti e individua la crisi climatica come la più grande minaccia a lungo termine e l'aumento del costo della vita come il rischio più immediato per l'economia globale.

[78] La Corte costituzionale (sent. 29 novembre 2017, n. 247) ha precisato che il buon andamento "presuppone anche che al positivo risultato finanziario faccia riscontro una corretta e ottimale erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali rese alla collettività. Sotto tale profilo, il miglior rapporto tra equilibrio del bilancio e buon andamento dell'azione amministrativa risiede in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche attraverso il minor impiego possibile delle risorse acquisite mediante i contributi e il prelievo fiscale; in sostanza, un ottimale rapporto tra efficienza ed equità". In tema G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 691 s.

I tratti di continuità e coerenza dell'ordinamento - peraltro ampiamente tracciati dal Giudice delle leggi - che caratterizzano le funzioni della Corte dei conti portano a ribadire il suo ruolo costituzionale di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della correttezza delle gestioni sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità[79]. Gestioni che, comunque, spettano – che devono spettare – all'amministrazione e non alla magistratura, nonostante l'una e l'altra siano chiamate insieme a realizzare i medesimi principi costituzionali. Certo alla prima – con tutti i suoi innumerevoli limiti – spetta, nel contesto degli ingenti e ambiziosi programmi per la ripresa economica, un compito apparentemente al di sopra delle sue possibilità[80]. Vedremo presto se la stagione del PNRR, permeata dalla forza delle condizionalità europee, indurrà, infine, l'amministrazione italiana a un qualche progresso.

[79] Tra le tante cfr. Corte cost., sent. 6 luglio 2006, n. 267.

[80] Sicuramente scettico sulle capacità rigenerative della nostra amministrazione pubblica, anche nella stagione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, M. BERTOLISSI, *Riformare la pubblica amministrazione* acqui està el busilis; Dios nos valga!, in *Federalismi.it*, n. 26/2021 e ID, *Il mito del buon governo* cit., specialmente 363 s.

LA SOSTENIBILITÀ ECONOMICO-FINANZIARIA DEI PROGETTI PNRR E LA CONTABILIZZAZIONE *OFF-BALANCE* O *ON-BALANCE* DEI CONTRATTI DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO TRA REGOLE DI EUROSTAT E CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (VECCHIO E NUOVO)

Di Vanessa Manzetti
Professoressa Associata Diritto Amministrativo
Università di Pisa

Sommario

1. Premessa
2. Un *excursus* delle operazioni di PPP nel Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea e nel *Manual on Government Deficit and Debt* di Eurostat: il "nodo contabile" dell'allocazione del rischio
   2.1. *segue*: … il fattore rischio quale elemento dinamico per la "corretta" qualificazione giuridica dei PPP secondo una contabilizzazione *off balance*
3. Il percorso di trasposizione delle regole contabili nel Codice dei contratti pubblici
4. Il PNRR e la rinnovata stagione del ricorso ai modelli di partenariato pubblico privato quale volano di ripresa economica e sociale alla prova del "nuovo" Codice dei contratti pubblici
5. Brevi riflessioni conclusive sull'intricato rapporto tra vincoli di bilancio e ricorso a strumenti di finanza creativa.

Abstract

Il saggio analizza lo sviluppo del tema della sostenibilità economico-finanziaria delle operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP). Ciò significa riflettere su come le operazioni di PPP possano o meno incidere sulla dimensione dei bilanci pubblici, posto che, affinché il partenariato pubblico-privato non pesi sul bilancio pubblico, con le conseguenti ripercussioni sul rispetto dei vincoli sia della patto di stabilità europeo e interno, è necessario che tali operazioni rispondano ad alcuni criteri individuati non solo dal SEC2010, ma in modo ancora più dettagliato nel Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico redatto da Eurostat proprio per interpretare le complesse regole del ESA, anche tenendo conto del dinamismo delle relazioni economiche.
Questi criteri, infatti, vanno ad individuare la distinzione tra opere di PPP a debito pubblico invariato o meno (o come si dice tecnicamente fuori bilancio o in saldo) in relazione alla determinante della corretta allocazione dei rischi in capo al privato o ente pubblico. Allocazione del rischio che, come si dimostrerà nel saggio, è tutt'altro che agevole.

The essay analyzes the development of the issue of the economic-financial sustainability of public-private partnership (PPP) operations. This means reflecting on how PPP operations may or may not affect the size of public budgets, given that in order for the public-private partnership work not to weigh on the public budget, with the consequent repercussions as regards compliance with the constraints of both the European and domestic Stability Pact, it is necessary for these operations to meet certain criteria identified not only by the ESA2010, but in even greater detail in the Manual on Government Deficit and Debt drawn up by Eurostat precisely in order to interpret the complex rules of the ESA, also taking into account the dynamism of economic relations.
In fact, these criteria go to identify the distinction between PPP works with unchanged public debt or not (or as they say technically off-balance or on-balance) in relation to the determinant of the correct allocation of risks in the hands of the private or public entity. Risk allocation which, as will be demonstrated in the essay, is anything but easy.

1. Premessa

Approfondire il tema della sostenibilità economica-finanziaria delle operazioni di partenariato pubblico privato (PPP) vuol dire riflettere su come tali operazioni possano o no incidere sulla dimensione dei bilanci pubblici, chiamando in causa dunque quell'architettura che a partire dal 1997, con l'introduzione del Patto di Stabilità e Crescita, ha posto l'accento sui vincoli di finanza pubblica, evoluti in senso sempre più rigorista, prima nella riforma del Patto di stabilità e crescita del 2005, poi nella architettura della nuova *governance* economica europea, e nel suo riflesso, a livello nazionale, nella riforma del 2012 che ha portato alla modifica degli artt. 81, 97,117 e 119 della Costituzione[1]. Nessuno potrebbe, ormai, mettere in dubbio l'esistenza dei *diktat* a livello europeo e nazionale espressi dal livello di debito pubblico e di *deficit* pubblico. Questi, infatti, sembrano rappresentare i capisaldi anche della recente ipotesi di Riforma del Patto di stabilità e Crescita presentata ai primi di novembre dalla Commissione europea.

E che si tratti di veri e propri *diktat*, sembra confermato proprio dall'ossatura della ipotesi di Riforma del Patto, che pur essendo nata in seguito alle evidenze della crisi sanitaria ed economica, che hanno portato l'Europa a sospendere l'applicazione delle regole europee in materia di bilanci[2] ed a sospendere il Patto di Stabilità (fino alla fine del 2023), continua a muoversi ponendo al centro i rapporto debito-pil, soprattutto per quei Paesi, come l'Italia, in cui il rapporto Debito-Pil risulta essere superiore al 90% .

Per sommi capi infatti la proposta di Riforma sembra prevedere un alleggerimento degli impegni e dei rigidi vincoli, aprendo la strada a percorsi personalizzati, sulla scia dei Piani nazionali di ripresa e resilienza, ciascuno calibrato sulle singolarità dei vari Stati, per quei Paesi con un elevato debito pubblico. Questi dovranno sottostare dunque ad uno specifico percorso di rientro pluriennale (4 o 7 anni) volto, alla fine dei conti, sempre e comunque, alla riduzione del loro debito ed alla limitazione del loro *deficit* pubblico nominale rispetto al Pil. Riforma che dovrebbe, dunque, portare all'aumento della "*ownership* nazionale, cioè il potere dei singoli Paesi di definire e negoziare il proprio percorso di consolidamento fiscale (di riduzione del debito, ma anche di sostegno alla crescita e

[1] Per approfondimenti sulla Riforma del 2012 si veda, *ex multis*, R.Bifulco, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'unione. a proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n.2, 2012, specie p.2; E. Chiti, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm*., n. 7/2012, 783 ss; A.Brancasi, *L'obbligo della copertura finanziaria tra la vecchia e la nuova versione dell'art. 81 cost.*, in *Giur.Cost*., fasc.3, 2012, 1685B; M.Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini,* in*www.astridonline.it,* n.3, 2013; A.Pace, *Pareggio di bilancio:qualcosa si può fare*, in *Rivista Aic, 2012*; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, Ibidem; M.Cecchetti, *Legge costituzionale n.1 dl 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomi regionale e locale*, in *Federalismi.it,* 2012; R. Bifulco,*Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio (5/6/2012),* in *Rivista AIC*, n. 2, 2012; N.Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, Relazione al Convegno "Costituzione e pareggio di bilancio" tenutosi il 18 maggio 2012 alla Luiss Guido Carli, in *Il Filangieri. Quaderno 2011*, Napoli, 2012; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Relazione conclusiva presentata al Convegno di studi amministrativi "Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità", Varenna, 20-21 settembre 2012, anche in *Astrid Rassegna*, n. 3, 2013, 22-23; G. Rivosecchi , *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in Rivista *AIC*, n. 3, 2016; C. Bergonzini, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano*, in C. Bergonzini, S. Borelli, A. Guazzarotti (a cura di), *La legge dei numeri, governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016, 158.

[2] Il riferimento è all'attivazione della cosiddetta *general escape clause*, decisa a marzo 2020 per fronteggiare la pandemia.

all'occupazione) sulla base delle proprie specifiche esigenze"[3].

Un passaggio, che sembra comunque presentarsi come più realistico, superando quei rigidi (e "stupidi")[4] vincoli cristallizzati nella nota formula dei limiti all'indebitamento netto e al debito pubblico pari, rispettivamente, al 3 per cento e al 60 per cento del PIL, e nel percorso di riduzione del debito di 1/20 l'anno in caso di sforamento del 60 per cento del PIL, i c.d. criteri di convergenza rivelatesi peraltro inattuali ed inattuabili per il rientro dal debito e dal *deficit* eccessivo.

Certo è che se queste sono le "regole del gioco", appare più che mai attuale l'insegnamento di gianniniana memoria di "trarre il sistema dal reale"[5], individuando nelle operazioni di PPP una possibile via di uscita al complesso rapporto esistenziale tra la situazione di *deficit* infrastrutturale che interessa il nostro Paese e tutte quelle previsioni che, a partire dal Patto di Stabilità, hanno ridotto la possibilità di indebitamento per le amministrazioni pubbliche.

Come ricordato da Autorevole dottrina, richiamando i dati dal *Global Infrastructure Outlook* "il fabbisogno italiano per le infrastrutture economiche (energia elettrica, strade, ferrovie, telecomunicazioni, acqua, porti e aeroporti) per il periodo 2016-2040 può essere stimato in 65/70 miliardi di dollari all'anno, per le infrastrutture sociali intorno ai 10/12 miliardi di dollari. Ma, dall'inizio della crisi ad oggi la spesa per investimenti pubblici è crollata: da 47 miliardi di euro del 2007 a 34 miliardi nel 2017, con una riduzione di circa il 27%. La caduta degli investimenti locali durante gli anni della crisi è stata del 50%, con un crollo dell'84% dal 2012, dovuto principalmente ai vincoli del Patto di stabilità interno anche in correlazione all'inserimento del pareggio di bilancio in Costituzione"[6].

Cosa significa tutto ciò?

Che se il rispetto dei vincoli finanziari ha rappresentato, specie in una realtà quale quella italiana caratterizzata da un elevato debito pubblico, una limitazione importante alla spesa "pubblica" per investimenti, questa appare più come una "scelta" politica e amministrativa a carattere nazionale che europeo, anche perché le regole europee di finanza pubblica hanno aperto alla possibilità di dare vita a tutta una serie di investimenti infrastrutturali, ad esempio ricorrendo ad operazione di partenariato pubblico privato contabilizzabili *off- balance*[7].

Il ricorso al partenariato pubblico privato potrebbe comportare, dunque, un duplice ordine di vantaggi: quello del miglioramento nella realizzazione e nella gestione delle opere pubbliche, quello dei connessi vantaggi nell'ambito delle finanze pubbliche, dal momento che viene consentita la

---

[3] F. Bassanini, C. De Vincenti, *La proposta di riforma del Patto di stabilità conviene soprattutto all'Italia*, in *Il Sole 24 ore*, 8 dicembre 2022.

[4] L'ex presidente della Commissione europea Romano Prodi definì «stupidi» i criteri di convergenza del Trattato di Maastricht.

[5] Metodo, si ricorda, che Giannini stesso attribuisce al suo maestro Santi Romano, il quale aveva il merito di aver usato il "metodo della diretta osservazione dei fatti".

[6] F. Bassanini, E. Reviglio, *Investimenti infrastrutturali: è l'Ue il nostro migliore alleato*, in www.astrid-online.it, gennaio 2019.

[7] Al riguardo si ricorda quanto sottolineato da G. Della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, n. 1, 2013, 17 ss. secondo cui "non può dirsi, insomma, che dal Trattato di Maastricht sia derivato un vincolo sulla spesa per investimenti… nel promuovere la prima revisione del Patto di stabilità e crescita, la Commissione ha fatto riferimento in modo espresso agli investimenti e la proposta è stata accolta dal Consiglio. Si è consolidato il *favor* per gli investimenti, anche se finanziati in disavanzo, coerentemente con l'ambizione del Patto di promuovere sia la stabilità finanziaria, sia la crescita». Secondo l'A. dovrebbe *escludersi* l'ipotesi secondo cui "…la riduzione delle spese destinate agli investimenti registrata in Italia costituisca la conseguenza delle norme dell'Unione europea, degli indirizzi impartiti dalle sue istituzioni. Questa conclusione è confortata, d'altronde, dagli studi empirici. Essi hanno constatato che la riduzione delle spese per investimenti registrata in Italia non ha riscontri in tutti gli altri partner europei".

contabilizzazione *off- balance* degli *asset* patrimoniali così realizzati, distribuendo su più esercizi le uscite finanziarie e, al tempo stesso, di gestire le opere preservandone l'integrità e l'ottimale utilizzo, oltreché di migliorare il livello dei servizi connessi all'infrastruttura.

Il condizionale però è d'obbligo, posto che affinché l'opera realizzata in partenariato pubblico privato non gravi sul bilancio pubblico, con le conseguenti ripercussioni per quanto concerne il rispetto dei vincoli del Patto di stabilità sia europeo che interno, è necessario che queste operazioni rispondano a determinati criteri individuati oltreché dal SEC2010, in modo ancor più dettagliato, nel *Manual on Government Deficit and Debt* redatto da Eurostat proprio al fine di dare una interpretazione alle complesse regole del SEC, tenendo conto anche della dinamicità dei rapporti economici[8].

Tali criteri vanno infatti a individuare il discrimine tra opere PPP a debito pubblico invariato o no (o come si suol dire tecnicamente *off- balance* o *on-balance*) in relazione alla determinante dell'allocazione dei rischi in capo al soggetto privato o al soggetto pubblico[9].

È infatti l'allocazione del "rischio" [10] in via prevalente in capo al privato a differenziare gli istituti riconducibili all'ampio *genus* del PPP, dalla "concessione di mera costruzione di opera pubblica" e dall'appalto pubblico, determinandone di conseguenza la diversa classificazione all'interno dei conti pubblici[11].

---

[8] Il *Manual on Government deficit and debt (*MGDD) di Eurostat, Manuale di implementazione del Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali (SEC 2010), fornisce una guida interpretativa in merito all'appropriato trattamento dei profili statistici connessi alla finanza pubblica e rappresenta, al contempo, un indispensabile strumento per l'applicazione del Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali dell'Unione europea (SEC 2010)

[9] A tal proposito deve rilevarsi come un'indagine del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha dimostrato, infatti, come tra il 2010 e il 2014 il 71% del valore delle operazioni di finanza di progetto sia stato riclassificato come appalto. Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, *A focus on Ppps in Italy (8th Annual Meeting of Senior PPP Officials, 23-24 March 2015, OECD Conference Center, Paris)*, 2015, in *www.rgs.mef. gov.it*. Dati altrettanto significativi emergono da un'indagine dell'ISTAT, relativa allo stesso periodo e avente ad oggetto trentaquattro operazioni di finanza di progetto, da cui è emerso che prevalgono contratti riclassificati *on balance* (71% se si considera il numero, 87,5% se si considera il valore) rispetto a quelli *off balance* (29%). Si veda anche M. CERUTI, *Le pronunce della Corte di giustizia sulla distinzione fra appalti e concessioni*, in *App. e contr*., n. 11, 2016, 33 ss.; M. MACCHIA, *I contratti di concessione (Commento a d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, in *Giorn. Dir. Amm*., n. 4, 2016, 476 ss.; M. CERUTI, *L'insostenibile leggerezza delle concessioni: alcune questioni interpretative circa la natura giuridica delle concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., nn. 3-4, 2016, 807 e ss.

[10] Si rinvia a G.F. CARTEI, *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico finanziario nella finanza di progetto*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e prospettive*, Napoli,2010; L. MARTINIELLO, *Analisi dei rischi nelle partnership pubblico-private e riflessi contabili della decisione Eurostat 2004*, ivi; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm*., n. 4, 2011, 729ss.; ID., *Il rischio economico quale "proprium" del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico "versus" visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 743 ss; M.BALDI, S.FASANO, *Il " rischio d'impresa nelle operazioni di project financing*, in *Urb.e app*.,7, 2012, 803 e ss.; G. TAGLIANETTI, *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project financing*, in *Riv. giur. ed.*, n.1, 2013, 168 ss.; ID., *Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014; G.F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice de Lise*, in *Urb. e app*., nn. 8-9, 2016, 939 e ss.

[11] A tal proposito si deve fare riferimento in particolare al *Manual on Government Deficit and Debt* par. 6.4.3 e ss. Nel paragrafi 6.4.1 e 6.4.2. , dopo aver definito la nozione di PPP, all'interno della quale possono essere ricondotte molteplici operazioni economiche, viene precisato che ai fini del Manuale il termine PPP viene "*utilizzato esclusivamente per descrivere quei contratti a lungo termine in cui il governo paga a un partner non governativo tutte o la maggior parte delle commissioni in base a un accordo contrattuale specifico, coprendo così la maggior parte dei il costo totale del servizio fornito (incluso l'ammortamento delle attività). Nei conti nazionali, questa funzione distingue i PPP dalle concessioni. In un contratto di concessione, il governo non effettua pagamenti regolari al partner o tali pagamenti, se esistenti, non costituiscono la maggior parte delle commissioni ricevute dal partner. In un contratto PPP, come trattato in questo capitolo, gli utenti finali non pagano direttamente (cioè in modo proporzionale all'utilizzo del bene e*

Questo discrimine è operato attraverso la realizzazione di una corretta analisi dei rischi in base alle regole del SEC 2010 e del *Manual on Government Deficit and Debt*, dal momento che la "corretta" contabilizzazione di tali operazioni e delle spese che esse generano, soggiacciono alle regole dettate dall'Eurostat ai fini statistici e contabili[12].

Per inquadrare sistematicamente la problematica, è un dato di non poco conto, quanto espressamente indicato nel SEC 2010 (cap. 15.41), quando nell'individuare la definizione dei PPP viene sottolineato che "le amministrazioni pubbliche possono stipulare un PPP per *molteplici motivi*, ad esempio nella speranza che la gestione privata comporti una produzione più efficiente, per accedere a un ventaglio più ampio di fonti di finanziamento o *al fine di ridurre l'indebitamento pubblico*".

La necessità di produrre tale impatto positivo sul debito non può, però, portare all'attuazione di operazioni elusive delle regole di finanza pubblica, ovvero di quelle regole dettate dalla stessa Eurostat per permettere la corretta contabilizzazione di tali operazioni affinché, solo qualora il privato assuma i rischi maggiormente significativi delle operazioni, le infrastrutture realizzate con operazioni di PPP possano "non" incidere sui bilanci pubblici, ovvero sul rispetto dei vincoli del Patto di stabilità.

Non ultimo a confermare la centralità della dimensione finanziaria nella definizione del perimetro dei contratti di partenariato pubblico privato sembrano intervenire le complesse vicende che stanno interessando la normativa nazionale concernente il Codice dei contratti.

Questa, infatti, si trova in una particolare fase di transizione, essendo attualmente in vigore, seppur per poco, il d.lgs. n. 50 del 2016, pronto a cedere il posto al nuovo Codice che dovrebbe essere approvato entro il 30 marzo 2023 nel quadro delle c.d. riforme "abilitanti" previste dal PNRR[13].

Passaggio che se anche per quanto concerne le operazioni di partenariato pubblico privato sembra da un lato essere segnato da numerose differenze sul piano sistemico e sostanziale, dall'altro sembra però affermare con fermezza e in continuità con il vecchio Codice, la necessità di rinviare in modo ampio alle "decisioni" di Eurostat per definire il perimetro dei contratti di partenariato pubblico privato.

Come a dire che il nodo della contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato è in fondo la principale ragion d'essere di queste forme contrattuali.

2. Un *excursus* delle operazioni di PPP nel Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea e nel *Manual on Government Deficit and Debt di Eurostat*: il "nodo contabile" dell'allocazione del rischio

chiaramente identificati solo per questo uso), o solo per una parte minore (e generalmente per alcuni usi specifici dell'attività), per l'uso delle attività per le quali verrà fornito un servizio".

[12] Vengono in rilievo nello specifico il SEC 2010 (Regolamento UE 21 maggio 2013, n. 549/2013), la decisione Eurostat del 11 febbraio 2004, il *Manual on Government Deficit and Debt* nella versione datata agosto 2019 (e in quella aggiornata nel 2023) Rilevano anche la Nota di accompagnamento al trattamento statistico dei PPP di Eurostat (marzo 2016) e, nello specifico settore dei contratti per l'efficientamento energetico, la Guida sul trattamento statistico dei PPP (EPEC- Eurostat 2016) e le Linee guida di Eurostat sull'Impatto degli EPC nei bilanci pubblici (agosto 2015). Quest'ultime, in particolare, estremamente restrittive e sostanzialmente limitate all'opzione del *leasing* operativo, nel 2017 sono state aggiornate da Eurostat con lo scopo di ampliare le possibilità di ricorrere all'EPC per superare i limiti dell'indebitamento degli enti pubblici, a cui nel 2018 aveva poi posto in correlazione la Guida sul trattamento contabile EPC, dando vita ad un *corpus* di documenti operativi molto dettagliati, anche se purtroppo disponibile solo in inglese (come del resto anche il Manuale).

[13] Si veda Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri il 16 dicembre 2022.

Volendo guardare le operazioni di PPP dall'angolo di visuale della finanza pubblica occorre ripercorrere la lunga evoluzione delle regole Eurostat in materia.

Riferimenti alle operazioni di PPP erano, infatti, già presenti nel SEC95, nel quale veniva dedicato il Capitolo IV alle "Infrastrutture pubbliche finanziate e gestite dal settore delle società"[14]. Al riguardo occorre però ricordare come all'epoca il trattamento contabile di questo tipo di operazioni si differenziasse a seconda che l'Amministrazione effettuasse o meno pagamenti periodici nei confronti dei privati. Nel primo caso, la rappresentazione contabile dell'operazione doveva essere condotta secondo il criterio dei rischi e benefici di cui all'Allegato II del SEC95, al fine di inquadrare l'operazione come un *leasing* operativo o finanziario. In particolare, l'operazione avrebbe dovuto essere inquadrata come *leasing* finanziario qualora i rischi e i benefici gravassero sulla PA[15]. Nel secondo caso, se la PA. non effettuava pagamenti in denaro o in natura al privato gestore dell'infrastruttura, i relativi oneri andavano a gravare sugli utenti, non rilevandosi, così, alcuna incidenza dell'operazione sui conti pubblici.

Nel 2004 le regole del SEC95 furono però soggette a significative modifiche, data la necessità di adeguarle a quanto enunciato dalla stessa Eurostat nella storica decisione del 2004, in cui si poneva l'accento sull'analisi delle tre categorie di rischio (di costruzione, di disponibilità e di domanda) e sulla loro valutazione ai fini della classificazione di un'operazione di PPP [16].

---

[14] Nell'edizione del 2004 il capitolo fu ulteriormente arricchito con la previsione del paragrafo IV.4.2 "*Long term contracts between government units and non- goverment partners (public-private partnership*)", volto a dettagliare le regole già enunciate con la storica decisione del febbraio 2004.

[15]Si veda a tal proposito quanto previsto nel Capitolo IV. 4 di SEC95. In questo caso, dunque, l'infrastruttura sarebbe stata iscritta nei conti patrimoniali della PA tra gli investimenti fissi lordi e avrebbe inciso sull'indebitamento, dal momento che veniva registrato in contropartita un debito di pari importo. Ricorrendo tale fattispecie, dunque, i canoni connessi alla gestione pagati dalla PA dovranno essere distinti nella quota di rimborso del debito (quota capitale) e nella remunerazione per la società concessionaria o di *leasing* (quota interessi), con conseguente incidenza sulla spesa corrente per interessi. Cfr. *Partenariato pubblico privato in Italia*, cit., 14- 15. Anche nell'ultima versione del SEC *leasing* finanziario e PPP sono accomunati (cfr. SEC2010 par. 20.131). Anche il *Manual on Government Deficit and Debt* par. 6.4.3 enuncia come il problema della classificazione dei PPP nel settore pubblico o privato sia analogo a quello concernente la distinzione tra *leasing* finanziari e *leasing* operativi.

[16] I rischi del PPP sono definiti dal Codice dei contratti pubblici del 2016 nel modo che segue. L'art. articolo 3, comma 1, lettera zz) definisce come rischio operativo "*il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*". L'art. 3, comma 1, lettera aaa), del Codice dei contratti pubblici 2016 definisce come rischio di costruzione "*il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera*". Il successivo comma 1, lett. bbb) del Codice dei contratti pubblici 2016 definisce come rischio di disponibilità il "*il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*". Infine, l'art. 3 co.1 lett. ccc) definisce il rischio di domanda come "*il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*". Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato" (parere n. 00755/2017 del 29 marzo 2017), ha ritenuto che l'elencazione dei rischi "*debba considerarsi tassativa, anche in omaggio al principio di legalità, fermo restando tuttavia la possibilità all'interno di tali tipi di rischi di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere cioè la disciplina contrattuale del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l'interesse pubblico concreto da perseguire) in pieno accordo con la natura atipica del contratto di partenariato*".

La Decisione di Eurostat dell'11 febbraio 2004 "*Treatment of public-private partnership"* [17] poneva infatti in essere una rivoluzione copernicana all'interno delle regole del SEC 95, dal momento che il *focus* si spostava dalla corresponsione dei canoni da parte della PA ai profili del rischio, stabilendo che, nei casi in cui il partner privato assumeva su di sé il rischio di costruzione e almeno uno tra quelli di disponibilità e di domanda l'infrastruttura avrebbe potuto essere classificata dall'amministrazione come *non government asset* e contabilizzata al di fuori dei conti pubblici. Rilevava, inoltre, la previsione secondo la quale, qualora il costo del capitale fosse stato prevalentemente coperto dall'amministrazione, avrebbe dovuto essere il Governo ad assumere la maggior parte dei rischi e l'*asset* avrebbe dovuto essere classificato nei conti pubblici. Si trattava di uno dei punti più controversi del SEC95 come aggiornato nel 2004, dal momento che non veniva chiarito specificamente cosa dovesse intendersi per finanziamento pubblico maggioritario, né quale fosse l'incidenza della presenza di garanzie pubbliche sul trattamento dell'*asset*.

A cercare di porre fine alla confusione creatasi dalla stratificazione della Decisione di Eurostat 2004 all'interno delle regole del "vecchio" SEC95 sono intervenute le modifiche introdotte nella successiva (ed attuale) versione del Sistema europeo dei conti, c.d. SEC 2010 che, nello specificare nuove regole, confermava il principio fondamentale enunciato e applicato a partire dal 2004, secondo cui bisogna guardare al *trasferimento dei rischi* per individuare il trattamento contabile delle operazioni di PPP[18].

In poche parole con il SEC2010 veniva sancito in modo chiaro il passaggio del criterio della corresponsione dei canoni da parte della P.A. a quello dell'allocazione del rischio ai fini della classificazione di un'operazione di PPP.

Si tratta, dunque, di regole più evolute e più severe rispetto a quelle del SEC95, che vanno ad individuare quali spartiacque essenziali per le operazioni di PPP l'analisi della presenza di garanzie pubbliche ed, in particolare, la valutazione dei rischi e dei costi/benefici delle operazioni.

Guardando all'approccio metodologico generale, è importante sottolineare come, secondo il nuovo impianto del Sistema europeo dei conti, non rileva la definizione formale di un contratto come appalto partenariato o concessione, né tantomeno le modalità di aggiudicazione.

L'approccio dell'Autorità statistica europea si caratterizza, infatti, per la sua attenzione agli aspetti di natura economicistica e sostanziale, andando a indagare la sostanza delle operazioni al di là della loro veste formale. Ciò vale a dire che la contabilizzazione in bilancio degli investimenti dovrebbe essere condotta in base a un concetto di proprietà in senso economico (c.d. *economic ownership*); concetto che non sempre coincide con la proprietà in senso giuridico del bene, in quanto non legato alla titolarità formale di un *asset* patrimoniale, ma all'assunzione dei rischi e dei benefici connessi

[17] Si tratta della Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 denominata *Treatment of public-private partnership* che, insieme alle regole enunciate dal Sistema europeo dei conti, ha chiarito l'allocazione dei rischi tra le parti, stabilendo principi che hanno trovato consacrazione nel Codice dei contratti pubblici (d. lgs 50/2016) ed a cui si è conformata anche la Corte dei conti italiana. Secondo la predetta decisione Eurostat le tipologie di partenariato devono essere caratterizzate dai seguenti elementi: l'esistenza di un rapporto contrattuale di lungo periodo tra pubblico e privato, avente a oggetto la costruzione di una nuova infrastruttura o la ristrutturazione di una già esistente; l'opera deve riguardare i settori in cui la pubblica amministrazione possiede un forte interesse pubblico; la pubblica amministrazione deve essere l'acquirente principale dei servizi. Per un'analisi della decisione si rinvia a G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Giustamm.it*., n.12, 2010.

[18] Per una descrizione dei due sistemi (Sec 95-Sec 2010) e delle differenze tecniche presenti tra questi, quanto alle regole sulla formazione del conto economico delle amministrazioni pubbliche, si può trovare in Eurostat, *Manual on the changes between ESA 95 and ESA 2010*, Luxembourg, 2014.

alla sua utilizzazione[19].

È, dunque, secondo questo concetto di riferibilità da un punto di vista economico che si determina l'allocazione nei conti pubblici di un determinato *asset* che sia stato oggetto di operazioni di PPP.

In sostanza, infatti, ogni qual volta il costo del capitale venga a essere coperto in modo prevalente dal Governo, deve ritenersi che il Governo assuma la maggioranza dei rischi e che l'opera debba essere riclassificata nel bilancio pubblico.

Viene così ribadita la regola fondamentale per cui ogni volta che il rischio dell'investimento non è a carico del privato, tale investimento si configura quale indebitamento della stazione appaltante e conseguentemente non potrà essere connotato come PPP bensì come appalto, dovendo così essere contabilizzato nei bilanci pubblici e, dunque, rientrare nell'orbita della disciplina (e dei limiti) del Patto di stabilità.

Ogni qual volta, invece, vi sia la dimostrazione dell'allocazione in capo al privato del rischio di costruzione e di almeno uno tra i rischi di domanda e di disponibilità, l'operazione può essere contabilizzata *off-balance,* e dunque fuori dalle logiche (e dai limiti) del Patto di stabilità[20].

Oltre a questo caso, la possibile classificazione dell'asset *on balance* potrebbe derivare dalla presenza di garanzie pubbliche che possano influenzare il trattamento contabile del PPP, in quanto produttive di una ridistribuzione dei rischi tra le parti. In particolare, l'*asset* deve essere classificato nei conti pubblici tutte quelle volte che le garanzie determinino una integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato. In questo caso trova, dunque, applicazione il criterio maggioritario per cui se per "effetto combinato" delle garanzie e del contributo pubblico si copre più del 50% del costo dell'opera, questa deve essere contabilizzata nei conti pubblici[21].

Analoga contabilizzazione dovrebbe aversi nei casi in cui siano previste clausole contrattuali che, in caso di un *surplus* di redditività del progetto, generino un diritto in capo alla PA di partecipazione ai profitti o che permettano alla PA di "catturare" eventuali guadagni connessi a operazioni di rifinanziamento favorevoli[22].

L'ultimo elemento rilevante ai fini della classificazione delle operazioni di PPP è l'allocazione dell'infrastruttura nel momento conclusivo del contratto. In particolare, essa determina la

---

[19] Il SEC2010, con riferimento al PPP, fa espressamente riferimento a questo concetto di "proprietà economica", concetto che bene riflette la differenza tra l'approccio formalistico dell'ordinamento nazionale e quello sostanzialistico delle regole europee. Si veda a tal proposito quanto enunciato nel Capitolo 15 al paragrafo 41, secondo cui durante l'operazione di PPP il privato ha la proprietà legale del bene, mentre alla fine del periodo contrattuale il Governo assume sia la proprietà economica che quella legale del bene ("*In the contract period the PPP contractor has the legal ownership. Once the contract period is over, the government has both economic and legal ownership*"). Nello stesso senso si veda anche SEC 2010 Cap. 20, par. 281. Le problematiche legate alla scissione tra proprietà legale e proprietà economica sono approfondite nei par. 283- 286 del Cap. 20 del SEC2010, in una apposita sezione denominata "*Economic ownership and allocation of asset*" (proprietà economica e allocazione del bene). In particolare si prevede che la proprietà economica del bene si determina valutando quale unità sopporti la maggioranza dei rischi e quale abbia la maggior parte dei benefici derivanti dall'operazione. Il paragrafo 286 specifica che per determinare chi sia a detenere la proprietà in senso economico del bene debbano essere valutate in concreto le disposizioni di ciascun PPP, a causa della complessità e della varietà che caratterizzano tali tipologie di operazioni. I paragrafi 287 e 288 trattano le specifiche tecniche contabili utilizzate per trasferire la proprietà economica del bene al Governo al termine dell'operazione di PPP.

[20] Si tratta della regola enunciata al paragrafo 6.2.6. del *Manual on Government deficit and debt*.

[21] Così SEC2010 Cap. 20 par. 284. Si vedano anche il paragrafo 6.2.4. e 6.2.6.del Manuale secondo cui le attività coinvolte in un PPP possono essere considerate attività non governative solo se esiste una forte evidenza che il *partner* privato sopporta contemporaneamente la maggior parte dei rischi e benefici connessi alle attività.

[22] Il riferimento è sempre a SEC2010 Cap. 20 par. 284.

classificazione *on balance* qualora venga concordato che l'amministrazione debba pagare un prezzo fisso alla scadenza del contratto, che sia previsto un prezzo più alto del valore atteso o che sia previsto un prezzo più basso perché l'amministrazione ha già precedentemente effettuato degli esborsi per l'acquisizione dell'opera[23].

Le regole Eurostat[24] precisano, inoltre, che, a causa della specificità e della complessità dei contratti PPP, quando non si può determinare chiaramente la ripartizione dei rischi e dei benefici, bisogna determinare se sia il soggetto pubblico o privato ad avere un'influenza decisiva sulla natura del bene e sui termini e le condizioni relativi ai servizi erogati attraverso l'infrastruttura. In particolare, si tiene in considerazione il grado in cui il governo determina le caratteristiche, le dimensioni e la manutenzione del bene e il grado con cui il governo è in grado di determinare i servizi prodotti, il relativo prezzo e le unità alle quali i servizi sono forniti[25].

Ed alla luce di questi processi evolutivi sembra potersi affermare che i principi finanziari relativi alla corretta all'allocazione dei rischi sembrano essere oramai pacifici.

Ed infatti l'impostazione del SEC2010 oltre ad essere recepita nella direttiva concessioni (dir. 2014/23/UE), che ha fatto emergere una chiara configurazione dei rischi, confermando l'orientamento già espresso da Eurostat a partire dalla storica Decisione del 2004, secondo la quale almeno due di questi rischi dovevano essere espressamene allocati sul privato, rendendo altresì rilevanti tutti i rischi e, in particolare, il rischio di disponibilità[26], ha trovato poi ulteriori specificazioni nelle varie versioni del *Manual on Government Deficit and Debt* che si sono susseguite negli anni.

Ed al riguardo occorre ricordare che il *Manual on Government Deficit and Debt* pubblicato da Eurostat per la prima volta nel 1999 rappresenta il punto di riferimento principale per fornire orientamenti sul trattamento appropriato delle questioni finanziarie e statistiche sollevate nell'Unione europea in merito alle statistiche sulle finanze pubbliche. Si tratta, infatti, di un complemento indispensabile del SEC, quale strumento importante per chi si occupa di questioni di finanza pubblica, aiutando anche a comprendere la complessa metodologia applicata ai dati di finanza pubblica per la procedura per i disavanzi eccessivi (PDE) che, come è noto, obbliga gli Stati membri dell'UE a rispettare la disciplina di bilancio rispettando due criteri: un rapporto disavanzo/PIL e un debito/PIL non superiore ai valori di riferimento rispettivamente del 3% e del 60%.

È infatti importante notare che in relazione alle fonti giuridiche su cui Eurostat basa le sue decisioni il SEC è citato solo marginalmente tra le "norme contabili applicabili", mentre nella maggior parte dei casi il parametro di riferimento è il Manuale.

Il che dimostra che il Manuale, pur non essendo giuridicamente vincolante, è trattato in pratica

---

[23] Si veda il Cap. 20 par. 287 e 288 di SEC 2010. Si fa rinvio a tal proposito anche al *Manual on Government deficit and debt* par. 6.2.8., secondo cui se il Governo assume la maggioranza dei rischi o gode della maggioranza dei benefici, le attività devono essere registrate nel bilancio del governo. Il trattamento sarebbe in questo caso simile al trattamento di un *leasing* finanziario nei conti nazionali, che richiede la registrazione delle spese in conto capitale e di una passività finanziaria.

[24] Si veda SEC2010 Cap. 20 par. 285.

[25] A tal proposito si può fare riferimento anche al *Manual on Government deficit and debt* par. 6.2.7, secondo cui è importante considerare tutti gli altri meccanismi in atto specificati nel contratto, al fine di verificare se ci potrebbe essere una assegnazione dei rischi al governo attraverso altri mezzi.

[26] Tale principio espresso dall'orientamento del 2004 è stato successivamente cristallizzo al Cap. 20 par. 284 di SEC2010. Cfr. L. MARTINIELLO, *Le regole di contabilizzazione delle operazioni di "concessione" e di "partenariato pubblico-privato" per il soggetto pubblico e privato*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., 444 ss.

come una fonte di diritto, o più precisamente questo potrebbe rappresentare un esempio rilevante di *soft law*[27].

In particolare nel caso delle operazioni di PPP il Manuale sembra rappresentare quasi l'unica "regola", dato che in pratica sono i criteri specificati nel Manuale gli aspetti che sono considerati da Eurostat per risolvere le controversie.

Tant'è che, a seguito della decisione di Eurostat del febbraio 2004, nello stesso anno è stato aggiunto nel Manuale un nuovo capitolo sul trattamento delle PPP, ed a partire dalla terza edizione del Manuale, quella del 2010, i PPP sono stati trattati nella parte VI, con una guida più dettagliata, a cui le successive edizione hanno aggiunto ulteriori specificazioni, tenendo conto in particolare delle evoluzioni normative, economiche e sociali che hanno interessato la materia.

Da ultimo si ricorda che il 1° febbraio 2023 Eurostat ha pubblicato la decima edizione del Manuale, nella quale ad esempio sono state ricomprese nuove sezioni e capitoli che si occupano della rilevazione statistica delle più recenti iniziative e misure nazionali e sovranazionali, ivi incluse quelle poste in essere per contrastare le conseguenze della pandemia da COVID-19, alcune delle quali vanno ad interesse le operazioni di PPP, pur non alterando le regole ormai consolidate in materia, soprattutto a partire dalla versione del Manuale del 2019.

Il riferimento è in particolare alla registrazione statistica-finanziaria delle operazioni del Dispositivo per la ripresa e la resilienza, e più nello specifico alle integrazioni che hanno interessato i contratti di prestazione energetica (EPC), posto che questi possono essere in taluni casi trattati come PPP.

Sono infatti queste specificazioni che stanno alla base del rapporto tra PPP e PNR che, come sottolineato da ANAC (delibera n. 432 del 2022), considerano il PNR quale volano per un rinnovata stagione del ricorso alle operazioni di PPP.

Così con riferimento alla registrazione statistica-finanziaria dei flussi associati al Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza è stata aggiunta una nuova sezione 2.6.4, in cui viene sottolineato come il sostegno finanziario a fondo perduto del Dispositivo (sovvenzioni) dovrebbe essere trattato in modo analogo alle sovvenzioni convenzionali dell'UE, vale a dire, secondo la regola statistica della neutralità per i flussi dell'UE per l'accreditamento netto (+)/indebitamento netto (-) delle amministrazioni pubbliche[28].

Tale sincronizzazione dei flussi di spesa e di entrate delle amministrazioni pubbliche dovrebbe in linea di massima consentire il raggiungimento della neutralità a livello di accredito/indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche.

Il Manuele specifica, altresì, che la spesa "neutralizzata" dovrebbe coprire solo le spese sostenute direttamente per il Dispositivo, escludendo, dunque, qualsiasi importo finanziato dal bilancio nazionale o da altre fonti.

Ciò vale a dire che dovrebbero essere neutralizzati solo i costi che sono stati inclusi nei costi stimati dei singoli Piani, dunque quelli valutati dalla Commissione europea nell'ambito della fase di approvazione e approvate dal Consiglio europeo. Le autorità statistiche sono quindi tenute ad

---

[27]L. Senden, *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*, in *European Law Journal*, vol. 19, No. 1, January 2013, 57–75. Seguendo la terminologia di Senden, potrebbe essere considerato un esempio di *soft post-legislative rulemaking*.

[28] Si veda *Manual on Government deficit and debt* par. 2.6.4. *Statistical recording of the EU Recovery and Resilience Facility (RRF) associated flows.*

applicare il principio di neutralità solo alle spese relative alle riforme e agli investimenti sostenuti dal Dispositivo e ai relativi costi ammissibili al finanziamento da parte dello strumento[29].

Trattamento assai diverso dal punto di vista finanziario è riservato invece, nel Manuale, alle risorse riconosciute agli Stati sotto forma di prestiti, in quanto il denaro raccolto dai prestiti è riconosciuto come prestito governativo e quindi, a questo, non è applicabile alcuna neutralizzazione.

In questo quadro vanno lette anche le ulteriori specificazioni relative ai contratti di prestazione energetica (EPC), rivolti alla progettazione e realizzazione misure di efficientamento energetico, di cui l'ultima versione del Manuale, mette in luce le importanti analogie con i PPP, "stabilizzando"[30] così all'interno del Manuale quanto già specificato da Eurostat nelle linee guida del 2018 "*A Guide to the Statistical Treatment of Energy Performance Contracts*"[31], oltrechè nella Decisione del 2019 "*The statistical treatment of Energy Performance Contracts*"[32].

Sul punto deve evidenziarsi come a partire dal 2018 gli orientamenti in materia siano profondamente cambiati. Il perché di un tale *revirement* è individuabile nella difficoltà a raggiungere gli obiettivi comunitari energetici e di sostenibilità senza la presenza di una "armamentario" di strumenti giuridici e contabili capaci di offrire al settore pubblico la possibilità di riqualificare le proprie strutture (edifici e impianti tecnici come l'illuminazione pubblica, i depuratori, gli acquedotti, etc.) a debito pubblico invariato.

Seguendo questa chiave di lettura si è quindi cercato di evidenziare le analogie tra EPC e PPP, in quanto entrambi accordi a lungo termine in cui un produttore (privato o pubblico) spende per la formazione del capitale e fornisce servizi per i quali riceve pagamenti dalla PA[33]. Alcuni EPC potrebbero quindi essere considerati anche PPP, a condizione però che l'importo della spesa in conto capitale sostenuta per le misure di risparmio energetico sia superiore al 50% del valore del bene esistente dopo il completamento delle misure[34]. Ne consegue che a tali EPC, si applicano le regole del PPP, a meno che il contraente non sia remunerato in base al consumo di energia e/o ai risparmi di costo associati all'infrastruttura esistente[35].

La questione fondamentale per la valutazione statistica degli EPC - simile a quella delle concessioni e dei PPP - è di chi sia il bilancio (del contraente o della P.A.) in cui è registrato il bene (attrezzature e/o lavori di costruzione forniti dal contraente), con un impatto corrispondente sui prestiti netti/indebitamento netto e sul debito.

---

[29] Al riguardo il Manuale ricorda anche che l'IVA non dovrebbe essere neutralizzata, in quanto non è considerata un costo per uno Stato membro. Analogamente, non dovrebbero essere neutralizzati eventuali altri costi sostenuti dagli Stati membri per la gestione del PNR o per il conseguimento delle tappe fondamentali e degli obiettivi definiti, che non sono stati inclusi nei costi stimati valutati per l'adozione dei piani.

[30] Si ricorda che la precedente versione del Manuale (quella del 2019) aveva fatto espresso rinvio alle linee guida del 2018 per lo specifico trattamento contabile degli EPC, non effettuando alcuna modifica sostanziale.

[31] Sulle Linee guida di Eurostat, cfr. nota 12.

[32] Si veda Eurostat, *Decision of Eurostat on government deficit and debt - The statistical treatment of Energy Performance Contracts*, 2019.

[33] Le linee Guida del 2018 indicano come requisito essenziale degli EPC la durata minima di otto anni.

[34] Gli EPC sono costituiti da beni rimovibili e non rimovibili.

[35] Per approfondimenti si rinvia a V. Pinto, La *contabilizzazione del contratto pubblico di EPC alla luce delle linee guida EUROSTAT*, in E. Valeriani (a cura di), *Energy performance contracts. Modelli e strategie per la riqualificazione del patrimonio immobiliare pubblico*, Milano, 2021, 125-164.

Secondo le regole generali del SEC 2010 le attività devono essere registrate nel bilancio del loro proprietario economico, *rectius* il soggetto istituzionale che ha il diritto di richiedere i benefici associati all'uso dell'attività in virtù dell'accettazione dei rischi associati[36].

Il richiamo è dunque alla regola finanziaria, ormai consolidata, secondo cui l'allocazione dei rischi e dei benefici (legati alla detenzione o all'utilizzo dell'attività per un periodo) è una caratteristica essenziale per decidere in quale unità patrimoniale registrare le attività[37].

La PA può contribuire in una certa misura al finanziamento delle misure di risparmio energetico, ad esempio attraverso sovvenzioni agli investimenti. In tal caso, devono essere rispettate due condizioni fondamentali. In primo luogo, la quota di finanziamento statale non può superare il 50% del costo del capitale (al netto di eventuali sovvenzioni UE) dell'EPC. In secondo luogo, i risparmi garantiti dal contraente devono essere sufficienti a coprire le sovvenzioni fornite dalla PA. Se almeno una di queste condizioni non è soddisfatta, le attività dell'EPC vengono registrate nel bilancio dello Stato. In questo caso si presume per difetto che i rischi e i benefici non siano stati trasferiti al contraente[38].

Si tratta di una specificazione importante, in quanto gli EPC, in particolare se qualificabili come PPP, possono concorre all'obiettivo principale del Dispositivo di ripristinare la crescita e contribuire alla transizione verde mediante strumenti di cooperazione tra pubblico e privato[39].

2.1. segue:…il fattore rischio quale elemento dinamico per la "corretta" qualificazione giuridica dei PPP secondo una contabilizzazione off balance

Seguire l'insegnamento di Eurostat significa, dunque, porre l'accento sul profilo e sull'allocazione dei rischi. Il che non è affatto semplice o scontato, anche perché la connotazione del rischio non si presenta come una connotazione statica, ma dinamica, stante la necessità di un costante monitoraggio dei possibili scostamenti dall'equilibrio economico e finanziario dell'operazione di PPP.

Questo sembra dunque chiamare in causa nell'ambito delle *competenze tecniche* delle PA la c.d."cultura del rischio". A questa sembra riferirsi, infatti, una delle principali novità introdotte dalle Linee Guida ANAC, ovvero la c.d. matrice dei rischi, integrativa del contratto di PPP[40] e utilizzata, nella fase di programmazione della procedura di gara per la redazione del documento di fattibilità

---

[36] Si vedano i paragrafi 7.14-7.17 del Sec 2010.

[37] Si rinvia alle informazioni dettagliate sull'analisi della distribuzione dei rischi e dei benefici nell'ambito di un EPC fornite in "*A Guide to Statistical Treatment of Energy Performance Contracts (Guida al trattamento statistico dei contratti di rendimento energetico)*", sviluppata da Eurostat in collaborazione con la Banca europea per gli investimenti.

[38] [38] Si veda *Manual on Government deficit and debt* par 6.3.1.6. *Energy performance contracts.*

[39] Cfr. Cons. Stato, sent. n. 1327, 2020, "La complessità contenutistica dell'EPC (*Energy Performance Contract*), finalisticamente vincolata al perseguimento dell'obiettivo del risparmio energetico come oggetto della prestazione caratteristica della ESCO (*Energy Service Company*), e dunque sinallagmaticamente costruito sul paradigma del *do ut facias*, è incompatibile con la categoria della prestazione (qualitativamente) prevalente, alla base dell'operatività della disciplina del contratto misto. L'EPC, pur presentando requisiti propri della concessione di lavori e della concessione di servizi, evidenzia come tratto differenziale e specializzante quello per cui il corrispettivo dell'EPC è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento. Da ciò il corretto riferimento al PPP come strumento di cooperazione tra pubblico e privato".

[40] Si veda il paragrafo 5.1 delle Linee Guida ANAC n. 9, in cui si legge che la matrice dei rischi è allegata al contratto di PPP o di concessione e costituisce parte integrante del contratto medesimo. Detto documento è elaborato dal RUP o da altro soggetto individuato in conformità al regolamento organizzativo dell'amministrazione

economico e finanziaria, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto a un appalto tradizionale e per la corretta indizione della fase procedimentale[41].

La matrice dei rischi dovrebbe infatti essere plasmata sulla base delle caratteristiche concrete del contratto di PPP, al fine di definire modalità e limiti di revisione delle condizioni economico-finanziarie poste a base del piano economico finanziario e offerte in sede di gara[42].

Una volta completata la matrice dei rischi le amministrazioni dovrebbero essere in grado di verificare, attraverso un'analisi delle principali clausole contrattuali, se l'allocazione dei rischi ivi individuata è coerente con le prescrizioni del Codice dei contratti pubblici per la qualificazione giuridica del contratto come PPP e, soprattutto, col rispetto dei criteri dettati da *Eurostat* per l'eventuale contabilizzazione dell'intervento al di fuori del bilancio pubblico.

Oltre che nella fase di programmazione, la matrice dei rischi svolge un importante ruolo in fase esecutiva, ove è la base per lo svolgimento del monitoraggio dei rischi.

La prospettiva dinamica di questa analisi si coglie nella previsione secondo cui[43], al fine di verificare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso, ogniqualvolta le parti concordino una variazione contrattuale o la revisione del piano economico-finanziario, all'amministrazione spetta accertare che tali modifiche lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nei documenti contrattuali e riportata nella matrice.

Nella medesima prospettiva dinamica si pone il c.d. "flusso informativo per il monitoraggio sui rischi" previsto dal par. 6 delle Linee Guida ANAC, secondo cui, sempre al fine di controllare il mantenimento dei rischi in capo al privato, l'amministrazione aggiudicatrice deve disporre dei dati relativi alla gestione dei lavori e dei servizi e deve monitorarne periodicamente l'andamento[44].

---

[41] Ai sensi dell'articolo 181, comma 3, del Codice dei contratti pubblici 2016, infatti, la scelta di ricorre a forme di PPP deve essere preceduta da adeguata istruttoria con riferimento, *inter alia*, alla natura e all'intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione.

[42] Al fine della costruzione della matrice dei rischi vengono considerati: l' identificazione del rischio, ovvero l'individuazione di tutti quegli eventi, la cui responsabilità non è necessariamente imputabile alle parti, che potrebbero influire sull'affidamento nella fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura o di gestione del servizio e il *risk assessment*, ovvero la valutazione della probabilità del verificarsi di un evento associato ad un rischio (se non si riesce a indicare un valore preciso si possono utilizzare indicazioni tipo minima, bassa, alta, etc.) e dei costi che ne possono derivare. Deve essere anche identificato il c.d. *risk management*, ovvero l'individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento. La matrice deve identificare la possibilità di allocazione del rischio in capo al soggetto pubblico e/o privato. Nei casi in cui non si possa pervenire a un'allocazione completa di un rischio in capo a una delle parti vanno indicate nella matrice le circostanze per le quali il rischio è a carico del soggetto pubblico e quelle per cui è a carico del soggetto privato. Inoltre, dovrebbe essere prevista una circoscritta rinegoziazione del contratto quando le informazioni a disposizione dell'amministrazione non consentano l'idonea allocazione di alcuni rischi specifici *ex-ante* e per tutta la durata del contratto, anche al fine di evitare il rischio della interruzione/risoluzione del contratto, ed anche la corrispondenza tra rischio e trattamento dello stesso all'interno del contratto di PPP, effettuata mediante l'individuazione dell'articolo che disciplina lo stesso. È possibile suddividere la matrice dei rischi in relazione alle diverse fasi del ciclo di vita del contratto, ripartendo, quindi, l'elenco dei rischi in relazione alla fase preliminare al bando/progettuale/di costruzione/gestione.

[43]Si veda il par. n. 5.9 delle Linee Guida n. 9.

[44]Il par. 6.1 delle Linee Guida n. 9 prevede che a tal fine, l'amministrazione individua i dati relativi alla gestione dei lavori o dei servizi rilevanti in relazione a ciascun rischio trasferito all'operatore economico, ricomprendendo tra di essi quelli utilizzati per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario. Nel contratto di PPP deve essere espressamente prevista, tra gli obblighi a carico dell'operatore economico, la trasmissione all'amministrazione aggiudicatrice di tale flusso informativo, con cadenza prefissata nella documentazione di gara, tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto medesimo. Inoltre, il par. 6.2 delle Linee Guida richiamano gli articoli 5 e 9 del decreto legislativo 29 dicembre 2011 n. 229 che prevede che, per le operazioni di partenariato pubblico-privato che interessano la realizzazione di opere pubbliche, le amministrazioni debbano trasmettere dati anagrafici, finanziari, fisici e procedurali relativi a tali opere alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze,

Emerge in questo senso la centralità dell'analisi dei rischi quale elemento che, oltre a consentire la corretta allocazione delle operazioni in bilancio, permette alle amministrazioni di acquisire una maggiore consapevolezza delle criticità che potrebbero emergere nel corso dell'intervento, contribuendo a rafforzare il potere di contrattazione con il partner privato.

In quest'ottica si coglie, dunque, l'importanza fondamentale della matrice in tutte le fasi della gara ad evidenza pubblica, sia come elemento di valutazione dell'offerta, sia come parametro alla luce del quale controllare l'effettività della ripartizione dei rischi tra privato e P.A. e, di conseguenza, la *veridicità* della rappresentazione in bilancio dell'operazione.

Inoltre, attraverso l'analisi dei rischi la matrice consente di far emergere in fase precoce eventuali criticità relative alla sostenibilità economica dell'operazione e, chiaramente, la sua effettività appare strettamente correlata al grado di dettaglio nella redazione della stessa.

Non si può negare, infatti, che la corretta individuazione e ripartizione dei rischi del progetto costituisca un fattore essenziale per il successo dell'operazione, in assenza delle quali si potrebbe avere la riduzione degli incentivi per il partner privato o un aumento dei costi per quello pubblico[45].

Non solo, vi è di più: essendo il rischio alla base della classificazione del PPP *on- balance* o *off-balance* secondo le regole di Eurostat, evidente è il pericolo che gli accordi di distribuzione del rischio siano influenzati dal trattamento statistico preferito anziché dal principio secondo cui i rischi dovrebbero essere sostenuti dalla parte più idonea a gestirli e a ottenere il miglior rapporto tra costi e benefici.

In quest'ottica la matrice si presta ad avere un ruolo chiave per superare tale criticità, dal momento che, svelando gli elementi fondamentali attinenti alla ripartizione e alla gestione del rischio, dovrebbe consentire di allocarlo nella maniera più idonea, evitando operazioni elusive volte unicamente a sottrarre i costi dell'operazione dalle strettoie imposte già a partire dai noti paramenti di Maastricht.

3. Il percorso di trasposizione delle regole contabili nel Codice dei contratti pubblici

Volendo fare delle considerazioni di massima sulla dimensione finanziaria contabile delle operazioni di PPP non si può non rilevare come la dimensione finanziaria sia stata oggetto di una vera e propria "trasmigrazione" anche nel nostro Codice dei contratti.

Al riguardo preme dire che una affermazione del genere, non si presenta, in termini dimostrativi, affatto semplice e scontata data la complessità della materia e, soprattutto, data la particolare coincidenza temporale che vede il nostro Codice dei contratti in fase di revisione.

Il quadro normativo sui lavori pubblici sta infatti attraversando una fase di evoluzione con

---

ai sensi dell'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009 n. 196. Tale sistema prevede alcune funzioni di "*alert*" che si attivano qualora si riscontrino criticità nell'impostazione e attuazione del contratto, consentendo alle amministrazioni di compiere un controllo costante sugli elementi fondanti il trasferimento dei rischi, dalla fase programmatoria alla conclusione del contratto. La BDAP permette, dunque, una visione di insieme sui contratti di PPP, anche per le esigenze di tutela della finanza pubblica, per tutte le amministrazioni interessate al corretto utilizzo dello strumento.

[45] Cfr. Corte dei conti europea, *Relazione speciale n.9/2018 "Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati"*, par. 55. Al successivo par. 56 l'*audit* individua alcuni casi più ricorrenti di erronea ripartizione dei rischi, quali: ripartizione dei rischi non coerente con i criteri di aggiudicazione del contratto PPP; ripartizione dei rischi non coerente con la remunerazione del capitale di rischio privato (nel caso in cui il privato sostenga solo il rischio relativo alla disponibilità, ma non quello inerente alla domanda); ripartizione dei rischi inadeguata con rischi eccessivi sostenuti dal partner privato e, infine, casi di inefficace ripartizione dei rischi con remunerazione dei progetti basati sui c.d. "pedaggi-ombra" pagati dal partner pubblico, adeguati con l'inclusione di premi o penali per la qualità della manutenzione dell'infrastruttura.

importanti aggiornamenti e improvvisi cambi di rotta, che dovrebbero portare all'entrata entrare in vigore del Nuovo Codice dei contratti dal primo aprile, con "l'avvertenza" tuttavia che le disposizioni in esso contenute, con i relativi allegati, eventualmente già sostituiti o modificati ai sensi delle relative disposizioni, dovrebbero acquistare efficacia il 1° luglio 2023, come specificato nell'art. 229 dello stesso[46].

Proprio per questo la scelta è di affrontare la materia facendo costante riferimento ad entrambi i Codici, ovvero al d.lgs. n. 50 del 2016 e a quello che, a fini semplificatori, appelleremo come "nuovo codice", cercando di evidenziare i punti in comune e le diversità che interessano la materia delle operazioni di PPP.

Ebbene, proprio questa analisi porta ad evidenziare come il "nuovo" Codice, al di là di alcune differenze formali e sostanziali concernenti la disciplina delle operazioni di PPP, sembra muoversi, in linea con il Codice 2016, per quanto concerne la centralità della dimensione finanziaria e della contabilizzazione delle operazioni di PPP, andando a richiamare l'applicazione delle regole di Eurostat.

Invero questa impostazione ha origini risalenti e non casuali, potendosi rintracciare già a partire dall'art. 3, comma15 *ter*, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui "i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli *indirizzi comunitari* vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni *Eurostat*" [47]. Comma introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152 del 2008,

[46] In altri termini è previsto un periodo transitorio in cui il precedente Codice dei Contratti 2016, seppur abrogato, continua ad essere applicato a tutti i procedimenti, mentre, dopo il 1 luglio 2023 il vecchio Codice abrogato potrà venir applicato ma solo ai procedimenti "in corso" (quali specificati all'art. 227, comma 2, dello Schema di Nuovo codice). Si tratta di una fase temporale transitoria non irrilevante data la particolare fase di attuazione del PNRR.

[47] Alla corretta contabilizzazione delle operazioni di PPP fa riferimento anche l'art. 44 comma 1 bis del d.lgs. n. 248 del 2007, come modificato dalla legge 31/2008, che dispone che "al fine di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di PPP avviate da pubbliche amministrazioni e ricadenti nelle tipologie indicate dalla decisione di Eurostat dell'11 febbraio 2004, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'UTFP le informazioni relative a tali operazioni, secondo modalità e termini indicati in un'apposita circolare da emanarsi d'intesa con l'Istat". L'UTFP è l'Ufficio tecnico per la finanza di progetto, istituito dalla legge 17 maggio 1999 n. 144, art. 7 presso il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) e operante alle dirette dipendenze del Capo del Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tra i compiti prioritari dell'UTFP vi è quello di promuovere, all'interno delle pubbliche Amministrazioni centrali e locali, il ricorso a capitali privati secondo schemi di Partenariato Pubblico Privato (PPP) per il finanziamento di infrastrutture e per la successiva gestione dei servizi. A partire dal 2008 l'UTFP è l'organismo deputato a ricevere la documentazione relativa ai contratti di PPP conclusi dalle Amministrazioni pubbliche e ricadenti nelle categorie individuate da Eurostat - ai sensi dell'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31 - con l'obiettivo

in un momento storico-culturale ben individuabile e contestualizzabile qual è quello rappresentato dall'esplosione della crisi economico-finanziaria e dall'avvio del processo di riforma degli artt. 81, 97, 117 e 119 della Cost.

A dimostrazione che non è certamente imputabile al caso la cadenza temporale di questo intervento legislativo volto a porre in essere un "rinvio" alle Decisioni di Eurostat.

Si trattava, infatti, di un momento particolare in cui, in virtù dell'interesse economico finanziario, stava prendendo forma un vero e proprio "Stato delle crisi", in cui i governi impegnati a porre in essere equilibrismi finanziari per rispettare i vincoli europei e nazionali si trovavano a mettere in secondo piano le finalità primarie dello Stato, quali l'erogazione dei servizi e l'investimento in infrastrutture

Da qui la necessità di trovare contro-risposte all'emergenza finanziaria, ovvero risposte elastiche alle molteplici esigenze di rilancio dell'economia che dovevano trovare collocazione in una "zona franca" dai vincoli del Patto di stabilita, che diventava, dunque, parametro di riferimento per la qualificazioni delle operazioni di PPP[48].

Così a partire dal 2008 si sono susseguiti, tutta una serie di interventi normativi, tradotti nell'emanazione di una lunga serie di provvedimenti d'urgenza e di modifiche sparse alla disciplina, volti ad incoraggiare il ricorso al PPP, ed in particolare alla finanza di progetto.

---

di permetterne la corretta classificazione nei bilanci pubblici delle Amministrazioni aggiudicatrici. L'attività dell'UTFP è di supporto all'ISTAT ed ha per oggetto la classificazione delle PPP nell'ambito dei conti nazionali in linea con il Sistema Europeo dei Conti (SEC 95). Allo stesso fine anche nel Codice dei contratti pubblici del 2006 era stata introdotta, a opera del c.d. terzo correttivo (d. lgs. N. 152/2008) la previsione dell'art.3 comma 15 ter, che stabiliva che "fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44 comma 1 bis del decreto legge del 31 dicembre 2007 n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008 n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat", una previsione riprodotta anche in calce dell'attuale definizione di PPP di cui all'art. 3 comma 1 lett. eee) del Codice dei contratti pubblici. Non può, inoltre, tacersi che la legge n. 196/2009 all'art. 14 comma 2, in relazione alle esigenze di controllo e monitoraggio degli andamenti di finanza pubblica e al fine di consolidare le operazioni delle amministrazioni, ha stabilito l'obbligo per l'UTFP di trasmettere al Ministero dell'economia e delle finanze (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato) e all'ISTAT le informazioni e i dati di base relativi alle operazioni PPP raccolte ai sensi del citato art. 44 comma 1 bis del d.l. n. 248/2007 e che l'acquisizione dei dati avviene in base a schemi, modalità e tempi da definire con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze. Nel marzo del 2009 è stata emanata una circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, relativa ai criteri per la comunicazione obbligatoria di informazioni relative al PPP, ai sensi dell'art. 44 della legge 31/2008, predisposta da UTFP ed ISTAT. In attuazione di questa circolare, nell'autunno 2009 gli stessi soggetti hanno siglato una Convenzione al fine di regolare i reciproci obblighi e responsabilità nelle attività relative al monitoraggio dell'impatto del PPP sui conti pubblici. Si ricorda che l'UFTP è stata trasferita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in seno al Dipartimento per la programmazione e coordinamento della politica economica, con il DPCM 31 gennaio 2017, ha operato fino all'entrata in vigore della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Stabilità 2016) che, all'art. 1- comma 589, ha soppresso l'UTFP e trasferito al DIPE- Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - le relative funzioni in tema di Partenariato Pubblico Privato (PPP) e Finanza di Progetto, e che la Circolare 2009, prima è stata aggiornata e sostituita da quella del 10 luglio 2019 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, d'intesa con l'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), e da ultimo dalla Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 19 maggio 2022, pubblicata in G.U. n. 185 del 9 agosto 2022, con cui è stata definita una nuova modalità per comunicare l'avvenuta stipula di operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP) ed è stato abilitato l'utilizzo del nuovo portale web relativo alle operazioni di PPP. In particolare, sono state definite le modalità di accesso e utilizzo del portale web per il monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico-privato (https://ppp.rgs.mef.gov.it/ppp) da parte dei soggetti aggiudicatori che pongano in essere contratti di PPP.

[48] Al riguardo preme evidenziare come non sia stata assolutamente casuale l'applicazione alle operazioni di partenariato pubblico privato delle regole EUROSTAT, e la disciplina del D.M. del 12 marzo 2009 concernente il ruolo di CDP nelle operazioni di PPP, che permette di comprendere fino in fondo l'importanza della possibilità riconosciuta alla Cassa di finanziare opere "promosse" da Enti locali, in particolare con lo strumento del *project financing*.

Dalla grande attenzione rivolta dal legislatore agli strumenti di PPP emergeva, dunque, in modo chiaro la volontà di incentivare l'apporto di capitale privato nella realizzazione di infrastrutture, in modo da rispettare i noti limiti intrinseci ed estrinseci del bilancio pubblico.

Anche se è bene evidenziare come questa fitta normativa di settore sia risultata affetta - come spesso accade - da una sorta di eterogenesi dei fini.

Il *caos* normativo risultava infatti di difficile sistematizzazione - sostanziandosi in un complesso di disposizioni stratificate e non coordinate, che ne rendevano quasi incomprensibile e "non certa" la lettura, visti i continui richiami a normative precedenti, con apporto di piccole modificazioni, abrogazione di singole parole o commi, che conducevano spesso a modifiche rilevanti - tanto da porre l'interprete (anche quello più esperto) nel probabile rischio di vedersi sfuggire "l'ultimo aggiornamento", rendendo la consueta opera ricostruttiva assai ardua, disincentivando così il ricorso ad operazioni di PPP, e dunque a modelli di infrastrutturazione del Paese a debito pubblico invariato[49].

Ciò ha portato ad un forte ritardo nel ricorso alle operazioni di PPP nei primi anni di vita della normativa di settore, e questo nonostante lo stato allarmante dei conti pubblici suggerisse di andare verso il necessario ampliamento del ricorso al PPP, ed in particolare al PF, e nonostante che il quadro finanziario pluriennale (QFP) dell'UE per il periodo 2014-2020 ponesse quali elementi centrali per il finanziamento delle opere infrastrutturali proprio gli strumenti innovativi pubblico privato.

A differenza di altri Paesi europei, in Italia questo ginepraio normativo ha fatto sì che le operazioni di PPP vivessero nell'oblio, non essendo stato posto in essere lo strumento che più di ogni altro ne avrebbe incentivato il reale utilizzo, ovvero una normativa snella, chiara e sicura, non soggetta a repentini cambiamenti in corso, fattore penalizzante e destabilizzante, e questo – più o meno – fino al recepimento delle note direttive europee del 2014[50], che hanno portato all'adozione del d.lgs. n. 50/20216, il c.d. Codice dei contratti pubblici 2016 ponendo - almeno in parte - un freno a questa situazione caotica.

Ed infatti il Codice del 2016, oltre a riportare nella definizione "contratto di partenariato pubblico privato" il rinvio alle Decisioni di Eurostat (art. 3, let. eee), va a dedicare anche una intera "Parte"(IV) al "partenariato pubblico privato e contraente generale ((ed altre modalità di affidamento))", ed in particolare il Titolo I "partenariato pubblico privato" (artt. 180-191).

Riscontri ulteriori della dimensione finanziaria delle operazioni di PPP si hanno infatti dalla lettura dell'art. 180 del Codice dei contratti del 2016, costruito tutto intorno all'individuazione della tipologia di rischi e al trasferimento del rischio in capo all'operatore economico. Il che porta a specificare espressamente all'interno del Codice che l'equilibrio economico finanziario rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi, specificando la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di corrispondere al partner privato un prezzo, purché il valore (tenuto conto anche del valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione) non sia superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo (inclusi eventuali ulteriori oneri finanziari).

Ed ancora ai sensi dell'articolo 181, comma 3, del Codice dei contratti pubblici 2016, la scelta di ricorrere a forme di PPP deve essere preceduta da un'adeguata istruttoria con riferimento alla natura e all'intensità dei diversi rischi connessi all'operazione.

---

[49] ANCE, *Le mille e una norma - tutta la legislazione sui contratti pubblici dal 1994 ad oggi*, Roma, 2020.

[50] Il riferimento è alle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente sulle concessioni e sui contratti pubblici di appalto nei settori ordinari e speciali.

Si tratta, è evidente, della trasmigrazione espressa delle regole di Eurostat all'interno del Codice dei contratti dalla portata ampia, al di là del rinvio aperto disposto dalla let. eee dell'art. 3, come si evince dal combinato disposto tra il secondo e ultimo comma dell'art. 180 del Codice 2016.

Ed infatti, al secondo comma è espressamente specificato che il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per *qualsiasi* tipologia di opera pubblica, sottintendendo, evidentemente, tanto le opere calde quanto le opere tiepide e quelle fredde.

Altresì all'ultimo comma dell'art. 180 è specificato che rientrano nella tipologia dei contratti di partenariato pubblico privato: la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e *qualunque altra* procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le suddette caratteristiche.

Non può infatti essere trascurata l'evoluzione ed il più ampio perimetro oggettivo della nozione di partenariato pubblico privato operata dal Codice 2016, che porta a estendere il fenomeno economico delle regole Eurostat ben al di là delle forme contrattuali della concessione.

Ed è proprio questa impostazione finanziaria delle operazioni di PPP ad aver fatto sì che la questione interessasse sempre di più anche la giurisprudenza contabile che, conformandosi ai principi enunciati nel Manuale, si è espressa nel senso di riconoscere l'allocazione dei rischi quale *parametro* indispensabile per escludere le operazioni di PPP tra quelle di indebitamento puro, addivenendo all'ormai consolidato per cui è il regime dei rischi a qualificare il contratto di PPP[51].

Invero tale orientamento è rintracciabile già nel Rapporto 2013 sul coordinamento della finanza pubblica delle Sezioni Riunite della Corte dei conti[52] (antecedente al Codice 2016), in cui veniva specificato espressamente che l'esclusione del rischio a carico dell'Amministrazione non può coesistere con l'assunzione di un contributo in conto capitale maggioritario a carico dell'Amministrazione stessa, con la concessione di una garanzia pubblica che copra integralmente il debito, con clausole contrattuali relative alla risoluzione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'Amministrazione, con l'allocazione dell'*asset* alla fine del contratto che determini la contabilizzazione *on balance.*

La giurisprudenza contabile sembra, infatti, fare riferimento ai principi e alle regole di Eurostat, più che a quelle del Codice, come in tutte quelle occasioni in cui ha ribadito la connotazione del PPP

---

[51] Si veda, *ex multis*, la pronuncia della Corte dei Conti, sez. reg. controllo per la Lombardia, delib. n. 320/2017, e nello stesso senso Corte dei Conti Liguria, Sezione Regionale per il controllo, deliberazione n. 5/2017, secondo cui è fondamentale verificare e identificare come sia allocato il rischio dell'iniziativa economica nelle operazioni di PPP, dal momento che esso "influisce in maniera determinante sul trattamento contabile cui è sottoposto e sull'imputazione nel bilancio della stazione appaltante (*on balance sheet*) o meno (*off balance sheet*), nonché sulla quantificazione del deficit e dell'indebitamento a livello aggregato"; o ancora Corte Conti, sez. reg. controllo per la Lombardia, delib. n. 359, 24 settembre 2019, nella quale si è evidenziato che "il prezzo in senso lato che l'Amministrazione si impegna a trasferire (con le diverse modalità sin qui indicate) all'operatore economico per remunerarlo anche dell'onere a carico di quest'ultimo di reperire le risorse finanziare, dal punto di vista finanziario, per non essere considerato indebitamento dell'Amministrazione pubblica non può in ogni caso essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo. Detta conclusione, d'altra parte, non solo è più coerente con la collocazione sistematica della norma; ossia, a chiusura del comma 6 che disciplina gli strumenti per garantire l'equilibrio economico-finanziario del PPP in sede di progettazione e costruzione. Bensì è anche in linea con la formulazione letterale della norma che, laddove usa l'espressione o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, è strutturata come vera e propria clausola di chiusura per tutte quelle pattuizioni che i contraenti - nell'esercizio della loro autonomia negoziale - possono prevedere per compensare l'assunzione dell'indebitamento da parte dell'operatore economico che deve progettare e/o realizzare l'opera".

[52] Si veda la deliberazione n. 6 del 23 maggio 2013 delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti.

quale *genus* molto ampio, all'interno del quale possono essere riconducibili diverse fattispecie, per cui il corretto inquadramento contabile di tali operazioni dovrebbe essere effettuato attraverso un'analisi caso per caso[53].

A tal fine, la Corte dei conti aveva individuato nella redazione del capitolato prestazionale del bando di gara e delle conseguenti clausole contrattuali, il momento in cui l'amministrazione doveva procedere all'individuazione delle categorie di rischio onde fissare in maniera certa, trasparente e conforme ai criteri elaborati in sede europea la distribuzione dei rischi e dei rendimenti sottostanti il contratto di partenariato pubblico privato.

Sotto questo aspetto, novità fondamentali per la ripartizione dei rischi sono state offerte anche dalle Linee Guida ANAC n. 9, introdotte con la delibera 318/2018[54], relative al Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato.

Le Linee Guida vanno infatti ad individuare, accanto al rischio di costruzione, di domanda e di disponibilità, un'altra serie di rischi che possono connotare tutte le fasi del PPP[55]. Tra questi, particolare rilevanza è data al rischio finanziario, che si concretizza in un aumento dei tassi di interesse e/o di mancato rimborso di una o più rate di finanziamento, con conseguente aumento dei costi o impossibilità di proseguire nell'operazione da parte del privato, prevedendo, a tal proposito, che le amministrazioni debbano verificare che gli operatori economici abbiano formulato un piano economico finanziario con valori di costo del capitale allineati al mercato e non sovrastimati.

In linea generale, le Linee Guida prevedono l'individuazione, di volta in volta, da parte delle singole amministrazioni dei rischi che si presentano per ogni singolo progetto, svolgendo in via preliminare un'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo, stante la necessità del trasferimento di tali rischi per la qualificazione del contratto come PPP.

---

[53] Si veda Corte dei Conti, Sez. Controllo Puglia, parere 31ottobre 2013 n. 161 e, nello stesso senso, Corte dei conti Sez. Controllo Puglia, delibera n. 66 del 31 maggio 2012.

[54] Si deve all'art.181, comma 4 del Codice dei contratti pubblici l'attribuzione all'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze, del compito di adottare Linee Guida che definiscano le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico (partner privato in un contratto di PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

[55] Tra questi rischi vi sono: il rischio di commissionamento; il rischio amministrativo, connesso al notevole ritardo o al diniego nel rilascio di autorizzazioni (pareri, permessi, licenze, nulla osta, etc.) da parte di soggetti pubblici e privati competenti, o anche al rilascio dell'autorizzazione con prescrizioni, con conseguenti ritardi nella realizzazione; il rischio ambientale e/o archeologico, ossia il rischio legato alle condizioni del terreno; il rischio normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili contrattualmente con conseguente aumento dei costi per l'adeguamento; il rischio finanziario, che si concretizza in un aumento dei tassi di interesse e/o di mancato rimborso di una o più rate di finanziamento, con conseguente aumento dei costi o impossibilità di proseguire nell'operazione; rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti; rischio delle relazioni industriali, legato alle relazioni con altri soggetti (parti sociali) che influenzino negativamente costi e tempi della consegna; rischio di valore residuale, ossia il rischio di restituzione alla fine del rapporto contrattuale di un bene di valore inferiore alle attese; il rischio di obsolescenza; il rischio tecnico, legato ad una più rapida obsolescenza tecnica degli impianti, incidente sui costi di manutenzione e/o sugli standard tecnici e funzionali prestabiliti; il rischio di interferenze di sopra e sotto servizi, legato alla presenza nei tratti interessati dai lavori di servizi di varia natura (es. acqua, gas, energia elettrica, cavi, fibra ottica, ecc.).

Inoltre, in queste Linee guida l'Autorità poneva in rilievo il "contratto" quale principale strumento di garanzia. Questo infatti dovrebbe determinare i termini per una efficiente esecuzione, oltre a quelli necessari ad una corretta allocazione dei rischi tra le parti e al mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito, nonché evitare possibili riclassificazioni finanziare *ex post* dell'operazione di partenariato da "fuori" a "dentro" il bilancio dell'amministrazione.

Tali considerazioni hanno, quindi, portato l'Autorità ad intervenire nuovamente in materia, al fine di adottare uno "schema di contratto *standard*"[56] ex art. 213, comma 2, Codice dei contratti 2016[57].

Il riferimento è in particolare alla "Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato" - Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1116 del 22 dicembre 2020 e conseguente Determina del Ragioniere Generale dello Stato n. 1 del 5 gennaio 2021[58].

La scelta di redigere uno schema di Contratto di concessione/PPP a tariffazione sulla PA deriva dalla necessità di allocare correttamente, attraverso clausole chiare e inequivocabili, i rischi propri delle operazioni di PPP, nel rispetto dei principi della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, delle previsioni del Codice dei contratti Pubblici e delle indicazioni fornite da Eurostat per la contabilizzazione fuori bilancio delle medesime Operazioni[59].

Lo Schema di contratto dovrebbe infatti configurarsi quale necessario strumento di "governo del rischio" idoneo a disegnare in modo efficiente la struttura negoziale.

Come afferma espressamente la Relazione illustrativa "il *governo del rischio* nel Contratto rileva, infatti, anzitutto sotto il profilo giuridico, posto che la corretta allocazione dei rischi definisce la Concessione rispetto all'appalto; in secondo luogo, sotto il profilo economico, attraverso il conseguimento di un positivo *value for money* (convenienza del PPP per l'Amministrazione); infine, sotto il profilo contabile e statistico, in quanto l'esatta attribuzione dei rischi in capo al Concessionario permette di classificare l'Opera *off-balance sheet* e di contabilizzare l'Operazione come non generativa di nuovo debito, con effetti positivi per la finanza pubblica. Con riferimento specifico a quest'ultimo aspetto va considerato che il trattamento statistico dell'operazione è basato su un'analisi complessiva del contratto di PPP sia con riferimento alla fase della stipula che con riferimento agli eventi modificativi delle clausole del contratto, come dettagliatamente previsto nella Guida Eurostat/EPEC sul trattamento statistico delle operazioni di PPP".

---

[56] Si veda D. SICLARI, *Opere e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 2020, 2, 591 s.

[57] Art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici secondo cui "L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche".

[58] Nello specifico lo schema di *contratto standard* è stato elaborato dal Gruppo di Lavoro interistituzionale istituito nel 2013 presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del Ministero dell'Economia e delle Finanze e composto da rappresentanti del medesimo Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dell'Istituto Nazionale di Statistica, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani – IFEL Fondazione, dell'Università Bocconi e della Cassa Depositi e Prestiti.

[59] Nello specifico l'Autorità richiama in particolare Decisione dell'11 febbraio 2004, SEC2010, Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico, Regolamento UE n. 549/2013, la Guida EPEC/Eurostat 2016 che affronta in dettaglio il tema del trattamento statistico dei PPP.

Di qui, l'esigenza di "codificare" correttamente l'allocazione dei rischi nel Contratto, in quanto condizioni contrattuali certe dovrebbero evitare il rischio che, a conclusione dell'Operazione di partenariato, si possa produrre una riclassificazione finanziaria di tale Operazione, includendola nel perimetro del bilancio della pubblica amministrazione e incidendo così sui limiti di indebitamento, in particolare qualora le clausole contrattuali siano di natura tecnica e di elevata complessità.

La predisposizione di un tale schema sembra consentire una più agevole raccolta e sistematizzazione delle informazioni rilevanti ai fini di finanza pubblica, dando attuazione anche all'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 a mente del quale "al fine di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di partenariato pubblico-privato avviate dalle pubbliche amministrazioni e ricadenti nelle tipologie indicate dalla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare […] le informazioni relative a tali operazioni, secondo modalità e termini indicati in un'apposita circolare da emanarsi d'intesa con l'Istituto nazionale di statistica»[60].

L'adozione dello schema di "Contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della Pubblica amministrazione, da realizzare in partenariato pubblico privato", nonché le risultanze derivanti dagli accertamenti ispettivi svolti dall'Autorità di cui alla Delibera n. 219 del 16 marzo 2021, cambiando il "perimetro normativo" di riferimento, hanno così portato all'aggiornamento delle suddette Linee Guida n.9.

E questo anche perché l'Autorità nello svolgimento delle sue funzioni di accertamento sui PPP aveva rilevato una bassa adesione alle richiamate Linee Guida n. 9, in particolare alle parti concernenti indicazioni per l'individuazione dei rischi dell'operazione e a quelle in tema di controllo sull'esecuzione dei contratti, rilevando particolari criticità, per lo più legate ad inadeguate competenze tecniche.

Al riguardo si ricorda anche la predisposizione della consultazione finalizzata all' aggiornamento delle predette linee guida, nell'ambito della valutazione di impatto della regolazione (VIR)[61].

---

[60] Il riferimento è da ultimo alla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 maggio 2022 "Obblighi di comunicazione in materia di partenariato pubblico-privato", in sostituzione delle precedenti circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri 27 marzo 2009 e del 10 luglio 2019. Nello specifico la Circolare torna a soffermarsi sui flussi informativi relativi alle operazioni di partenariato pubblico privato, ridefinendo e precisando criteri ed obblighi di informazione a carico delle stazioni appaltanti. La raccolta di informazioni è dunque strumentale alla corretta impostazione statistica dei conti economici nazionali nonché al monitoraggio dell'impatto che le operazioni di partenariato pubblico privato possono riverberare sul debito e sul deficit pubblico. Il nuovo portale, finalizzato alla raccolta delle informazioni necessarie alle attività istituzionali delle realtà coinvolte (tra gli altri, DIPE-RGS-ISTAT), riduce l'onere di trasmissione a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, nel rispetto del principio dell'unicità dell'invio del dato. L'iniziativa di un portale unico si pone in linea con quanto operato da altri Paesi comunitari che fanno sistematicamente ricorso ai dati delle operazioni di PPP per migliorare l'efficacia e l'efficienza di tali operazioni su tutto il territorio europeo e per avere, inoltre, un cruscotto di controllo statistico, aggiornato e fedele rispetto alla realtà.

[61] Con il Comunicato del Presidente dell'ANAC 22 dicembre 2020, è stato reso noto l'avvio di una verifica di impatto della regolazione (VIR) basata su un apposito questionario da somministrare a cura dell'Autorità a un campione stratificato di stazioni appaltanti (269), suddiviso per tipologia di procedura e importo, e su una consultazione pubblica aperta a tutti i soggetti interessati che potevano fornire le proprie osservazioni mediante la compilazione del modulo allegato da inviare entro il 15 marzo 2021. Attraverso il predetto questionario l'Autorità ha inteso accertare se e in che modo le stazioni appaltanti abbiano dato attuazione alle indicazioni contenute nelle Linee guida, soprattutto circa l'allocazione dei rischi, la revisione del piano economico-finanziario, il flusso informativo per il monitoraggio dei rischi e, altresì, le difficoltà che sono state riscontrate nell'attuazione delle stesse. Al fine di acquisire elementi utili in relazione alle difficoltà e agli elementi ostativi che limitano il ricorso allo strumento del partenariato, nonché per acquisire

Il tutto ha, così, portato a rilvare oltre ad una diversa definizione delle condizioni di equilibrio economico finanziario, anche che la matrice dei rischi riportata nelle Linee guida n. 9 non risultava perfettamente coordinata con la matrice dei rischi di cui all'Allegato 3 dello schema di contratto, anche in considerazione del fatto che nelle Linee guida si era scelto di non indicare il soggetto che assumeva lo specifico rischio.

Gli esiti della consultazione pubblica hanno poi evidenziato la persistenza di difficoltà da parte di taluni RUP di operare una corretta qualificazione della procedura di gara in termini di appalto o di PPP/concessione, difficoltà che potrebbero riguardare anche la corretta quantificazione del valore stimato dell'affidamento, posto che i dati disponibili hanno mostrato la presenza di un numero elevatissimo di affidamenti di importo estremamente ridotto, nonché un utilizzo ancora limitato della matrice dei rischi e, soprattutto, una ridotta capacità di individuare le ipotesi in cui procedere alla revisione del piano economico-finanziario, con il rischio di una alterazione nel tempo dell'allocazione dei rischi a vantaggio dell'operatore economico.

Tutte difficoltà che hanno portato a sottolineare la circostanza che, a legislazione vigente (Codice 2016), è consentito a "tutte" le stazioni appaltanti la possibilità di effettuare affidamenti di PPP, quindi senza che sia garantita un'adeguata qualificazione delle stazioni appaltanti, né una formazione dei RUP presenti, né dei soggetti chiamati a gestire operazioni di PPP, e che hanno condotto a ritenere necessario l'aggiornamento delle Linee guida n. 9[62].

La revisione ha così riguardato una migliore sistematizzazione dei rischi, funzionale a chiarire le ipotesi in cui è possibile procedere alla revisione del piano economico-finanziario, al fine di sopperire – almeno in parte - al grave *deficit* di competenze tecniche[63].

Le linee guida aggiornate hanno infatti fortemente valorizzato il ricorso ai servizi di assistenza gratuita da parte del Dipe della Presidenza del Consiglio dei Ministri uno strumento di supporto per le Amministrazioni, che avviene attraverso la redazione di pareri non vincolanti per le Amministrazioni richiedenti.

Nelle linee guida si ricorda altresì che il decreto-legge n. 36 del 2022, recante "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)", convertito con legge del 29 giugno 2022, n. 79, prevede l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici interessate a sviluppare progetti di partenariato di importo superiore a 10 milioni di euro di richiedere un parere preventivo, non vincolante, a Dipe e Ragioneria dello Stato.

L'aggiornamento va dunque ad incidere proprio sul monitoraggio dei rischi, specificando altresì che la stazione appaltante presidia in particolare la qualificazione precisa e corretta della tipologia di contratto di partenariato stipulato fra essa e l'operatore privato, provvedendo a censirla all'interno della Banca dati di ANAC, ed anche l'associazione fra la stipula di tali contratti e l'intervento da realizzare censito nell'anagrafe nazionale dei progetti d'investimento segnalando se si tratta di un intervento sulle opere pubbliche o di altra natura.

---

informazioni circa le esperienze maturate nell'ambito di operazioni di partenariato dagli operatori del settore, sia pubblici che privati.

[62] V.M. Leone, *Ppp, l'Anac rivede le linee guida: il rischio di finire in ritardo sul vecchio codice e in anticipo sulla riforma*, in *Sole24ore*, 15 settembre 2022.

[63] Ad esempio, secondo l'Autorità, il rischio legato ai cicli economici e sopportato dai produttori nel loro settore di attività non può essere considerato causa di forza di maggiore.

La sequela intermittente di provvedimenti sul tema se da un lato dimostra l'interesse sempre crescente per le operazioni di PPP, soprattutto in relazione alla sua dimensione finanziaria, dall'altro dimostra la necessità di mettere ordine nel sistema al fine di dare un nuovo impulso al percorso di ripresa e resilienza che dovrebbe contrassegnare l'attuale periodo segnato da una "opportunità storica", come è – al di là dei rischi (o più esattamente dall'incapacità) - il *Next generation* EU[64].

4. Il PNRR e la rinnovata stagione del ricorso ai modelli di partenariato pubblico privato quale volano di ripresa economica e sociale alla prova del "nuovo" Codice dei contratti pubblici

A questo punto appare più che mai necessario valutare se il Next generation EU, ed in principale il cuore pulsante del programma il PNRR, possa rappresentare la condizione necessaria a rappresentare una nuova stagione per le operazioni di partenariato pubblico privato.

Resta dunque da verificare se il Piano, consenta di individuare al suo interno quegli strumenti volti a dare vita ad una nuova stagione per il ricorso ai modelli di partenariato pubblico privato, anche se il ricorso all'istituto risulta essere raramente menzionato.

Ed anzi a dire il vero, l'istituto è menzionato nella parte concernente la valutazione degli effetti diretti del Piano, laddove si afferma che in via prudenziale *non* si è tenuto conto esplicitamente "della possibilità che i fondi del PNRR vengano utilizzati per sostenere oppure attrarre investimenti privati attraverso il mercato, ad esempio tramite forme di partenariato pubblico-privato, contributi a progetti di investimento, prestiti o garanzie. In tal caso l'impatto sarebbe stato ben maggiore per l'operare di un effetto leva".

Ebbene, tale precisazione, volta sola a specificare i parametri di riferimento su cui si è poggiata la valutazione dell'impatto macroeconomico del Piano potrebbe infatti essere fuorviante.

Ed infatti, la definizione, sistematizzazione e architettura portante delle operazioni di PPP si trova ormai da anni all'interno del Codice dei contratti pubblici (prima in quello del 2006 e suc. mod., poi in quello del 2016), oggetto, come è noto, di profonda revisione da parte di una delle riforme previste nel Piano, in corso di approvazione, quella appunto del Codice dei contratti.

Si tratta di una delle riforme più attese, tra quelle previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, che va, dunque, a toccare, anche l'intero impianto normativo del PPP, interessato, infatti, da una semplificazione dei processi ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato.

Al riguardo occorre ricordare come lo schema di Codice, in via di approvazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri (successivamente ai pareri favorevoli resi dalle Camere il 16 febbraio 2023), è frutto del lavoro di una Commissione speciale a composizione mista (Consiglieri di Stato, avvocati, tecnici, professori universitari) e persegue l'obiettivo principale di semplificare e accelerare le procedure, nell'ottica di razionalizzare la normativa di settore, nonché di garantire piena conformità ai principi europei, in particolare nel caso delle operazioni di partenariato pubblico privato alla dimensione finanziaria, economica e statistica delle regole di Eurostat.

Seguendo questa chiave di lettura, e senza alcuna pretesa di completezza, visto il grado di innovazione apportato all'assetto del codice vigente, merita cercare di fornire una panoramica delle novità introdotte in merito alle operazioni di PPP che sembrano trovare ragione nella necessità di dare una risposta chiara alle regole di Eurostat, cercando di intervenire sulle criticità strutturali della

[64] L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *rivista.eurojus.it*.

normativa di settore che hanno creato quel rischio (poco ipotetico) di riclassificazione "*on balance*" delle operazioni di PPP, con tutto quello che ne comporta dal lato degli equilibri di finanza pubblica[65].

Anzitutto nello schema di Codice viene introdotta la nozione generale di PPP quale "operazione economica", e non più "contratto" come nel Codice del 2016; detta modifica, non solo rilevante sul piano terminologico ma anche applicativo, appare funzionale sia a rendere più agevole il ricorso alle forme di partenariato, senza addivenire necessariamente alla stipula di un contratto rigidamente definito nei contenuti, che a rappresentare l'applicazione dei principi e della terminologia espressa nel SEC e nel Manuale attuativo in tema di ripartizione dei rischi tra Amministrazione e privato.

Questa va infatti a richiamare e recepire interamente nella nuova normativa la netta distinzione di stampo europeo tra proprietà economica e giuridica di un bene, che porta a distinguere tra la figura del proprietario economico, che si assume il rischio operativo e acquisisce i benefici economici dall'utilizzo del bene, e quello giuridico (la P.A.), il quale durante lo svolgimento del PPP non subisce alcun impatto sul bilancio, vedendosi trasferita la proprietà del bene solo a conclusione.

Ed in tale ottica lo schema del Nuovo Codice prova, infatti, ad individuare una serie di "indici qualitativi" quali condizioni al ricorso ad operazioni di PPP supportate da una corretta allocazione dei rischi.

Il riferimento è in particolare a quegli *indici qualitativi* introdotti sul *piano soggettivo*, ovvero in relazione ai soggetti coinvolti nelle operazioni di PPP, che sono rappresentati da due importanti novità volte ad intervenire sul *deficit* di competenze tecniche, principale causa di "non corretta" allocazione dei rischi, e dunque a "cascata" del perimetro *on balance* o *off balance* dell'operazione.

Così il primo indice qualitativo porta a distingue gli enti concedenti qualificati a stipulare contratti di PPP su tre distinte fasce di importo, ed il secondo all'introduzione della figura del Responsabile Unico del progetto di partenariato, nominato dall'ente concedente una volta sentito l'operatore economico, funzionale a garantire un controllo specifico quali-quantitativo su ogni fase di esecuzione del contratto di partenariato pubblico privato.

La novità più interessante riguarda però la modifica della disciplina relativa al contributo pubblico ai fini del raggiungimento e mantenimento dell'equilibrio economico finanziario nelle concessioni.

In particolare viene eliminato il limite quantitativo del 49% di contributo pubblico, previsto espressamente nel Codice del 2016, e viene inserita una previsione più generale ai sensi della quale ai fini della finanza pubblica si applicano direttamente i contenuti delle decisioni Eurostat in conformità con quanto statuito dalla Delibera ANAC n. 432/2022 in tema di PNRR e PPP antecedente allo Schema del Nuovo Codice.

Ed infatti nella Delibera n. 432/2022 l'ANAC, a fronte di un parere richiesto dalla Ragioneria generale dello Stato e dal Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della presidenza del Consiglio (Dipe), si precisa che "i finanziamenti a fondo perduto provenienti dall'unione europea, anche nell'ambito del PNRR, non incidono nella quota di contributo pubblico" , e dunque possono ritenersi esclusi dalle valutazioni in merito al "contributo pubblico" e, in particolare, al perimetro del 49% di cui agli articoli 165, comma 2, e 180, comma 6, del Codice 2016.

---

[65] Per approfondimenti generali si rinvia a *Dossier Senato- Camera XIX Legislatura, Codice dei contratti pubblici A.G.19*, Roma, 16 gennaio 2023, in part. 329-338.

Secondo i suddetti articoli, pressoché dal medesimo contenuto, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari[66].

Si tratta di una Delibera molto importante per le evoluzioni future dei PPP, dato che con questa l'ANAC va a porre fine ai dubbi interpretativi emersi in merito all'incidenza dei finanziamenti a fondo perduto di provenienza euro-unitaria ai fini del calcolo del prezzo non superiore al 49% del costo dell'investimento, andando ad incentivare l'uso del partenariato pubblico privato e la partecipazione dei privati ai progetti previsti dal PNRR.

La Delibera sottolinea, così, la "correlazione sostanziale" tra Codice dei contratti pubblici del 2016 ed *il Manual on Government deficit and debt* di Eurostat (MGDD).

In particolare il Codice 2016 stabilisce che il contributo pubblico non può superare il 49% del valore complessivo dell'investimento (per rimanere *off balance*), sulla falsa riga delle regole incise nel Manuale, anche se, invero, quest'ultimo adotta un più generico riferimento alla soglia del 50% quale limite della contribuzione, specificando altresì che dalla valutazione della contribuzione pubblica debbano escludersi le sovvenzioni "a fondo perduto" di matrice euro-unitaria, i quali riducono il fabbisogno finanziario del progetto su base nazionale rispetto all'apporto di soggetti privati nel finanziamento dei costi di investimento.

Correlazione sostanziale che diviene ancora più forte, proprio, nella stesura del "Nuovo" Codice, in cui anche quella labile divergenza tra normativa nazionale e europea tra soglia del 49% e 50% viene eliminata, facendo un diretto rinvio alle regole di Eurostat.

Ne consegue che le regole del *Manual on Government deficit and debt* - che qui rilevano proprio per quei profili ''di tutela della finanza pubblica'' – assurgono a parametri di riferimento per la specificazione e interpretazione degli articoli del Codice dei contratti, in particolare ai fini della soglia del contributo rispetto al costo dell'investimento nella logica della qualificazione come "*off balance*" o "*on balance*".

Si tratta evidentemente di un chiarimento più che mai necessitato nella stagione del Next generation EU e del PNRR quali programmi politici europei e nazionali, volti a riaffermare la centralità delle risorse pubbliche quale precondizione di processi di trasformazione della società, e dunque dell'ausilio di queste quale rinnovato volano delle operazioni di partenariato pubblico privato.

Sul punto occorre ricordare poi che l'utilizzo del PPP per la realizzazione di progetti legati ai fondi PNRR, non può considerarsi semplicemente auspicabile in ragione dei reciproci vantaggi che vanno ad innestarsi tra soggetti pubblici e soggetti privati, ma rappresenta un obbligo già previsto a livello

[66] Peraltro, seguendo una interpretazione letterale delle norme del Codice dei contratti 2016 il riferimento al limite del 49% del ''contributo pubblico'', dato il ricorso all'espressione "pubblica amministrazione", sembra chiamare in causa solo le risorse a carico di Autorità nazionali, così escludendo le altre fonti di finanziamento, comprese le risorse euro-unitarie. Come sottolineato nella Delibera ANAC n. 432 del 2022.

nazionale da prima dell'emergenza Covid e dell'afflusso dell'ingenti risorse europee previste dal Next generation EU.

Il riferimento è sia all'art. 21 del Codice dei contratti del 2016 (si veda anche art. 37 Schema Nuovo Codice dei contratti), sia al DM 16 gennaio 2018, n.14[67], che prevedono di ricomprendere già in fase di programmazione triennale (e nei relativi aggiornamenti) le opere pubbliche incompiute realizzabili attraverso contratti di PPP o di concessione quando sia possibile lo sfruttamento economico nelle operazioni di durata pluriennale.

Vieppiù il DM 16 gennaio 2018, n.14 ha previsto anche un *ordine di priorità* per quei lavori in cui ricorre la possibilità di cofinanziamenti con fondi europei e di finanziamento con capitale privato maggioritario, *rectius* le regole che sottendono alle operazioni di PPP[68].

In questo quadro, la Delibera ANAC. 432/2022 e lo Schema di Nuovo Codice dei Contratti potrebbero rappresentare al qual tempo un forte incentivo agli investimenti ed alla tutela la finanza pubblica, rivitalizzando l'istituto del PPP, prevedendo soluzioni nell'ambito del PNRR volte a impiegare le ingenti risorse a fondo perduto non incidendo sulla finanza pubblica nazionale e, dunque non facendo risultare a carico della pubblica amministrazione il perfezionamento realizzativo di importanti progetti di autorità sociale, quali i bandi PNRR aventi ad oggetto i temi della rigenerazione urbana, del *social housing*, della digitalizzazione, della sanità, delle infrastrutture di trasporto urbano, dell'efficientamento energetico, della transizione ecologica, della mobilità sostenibile, della cultura ed istruzione, delle infrastrutture di ricerca scientifica universitaria, dell'adeguamento sismico, delle attrezzature tecnologiche.

Tutti interventi che è ormai dimostrato essere difficilmente realizzabili tramite il "solo" investimento pubblico, pur non potendo fare a meno del. c.d. Stato (in questo caso "atecnicamente" Europeo) innovatore[69].

Sotto il profilo economico finanziario delle operazioni, sembrerebbe dunque auspicabile l'operare nell'ambito del PNRR "combinando" i finanziamenti europei a fondo perduto ottenuti con somme provenienti dai soggetti privati. Ciò vale a dire, infatti, che in questi casi l'operatore economico nell'ambito del PPP può farsi carico dei costi per la realizzazione dell'intera opera o anche solo di parte di essa, posto che le risorse a fondo perduto del PNRR non incidono sulla finanza pubblica nazionale non risultando a carico della pubblica amministrazione.

Il ricorso ad operazioni di PPP permetterebbe, infatti, di porre in essere un effetto moltiplicatore delle risorse messe a disposizione del PNRR, grazie al connubio investimenti privati e investimenti pubblici nazionali (minoritari) ed europei[70].

---

[67] Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 16 gennaio 2018 , n. 14 "Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali".

[68] Nello specifico nel programma triennale dei lavori pubblici la *priorità* dei lavori valutata su tre livelli come indicato all'Allegato I - scheda D. Nell'ambito della definizione degli ordini di priorità le amministrazioni individuano come prioritari i lavori di ricostruzione, riparazione e ripristino conseguenti a calamità naturali, di completamento delle opere incompiute di cui all'articolo 4, di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, i progetti definitivi o esecutivi già approvati, i lavori cofinanziati con fondi europei, nonché i lavori per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario.

[69] Cfr. M. Mazzuccato, *Lo Stato innovatore*, Bari, 2013.

[70] Si ricorda, anche, l'articolo 18 *bis* del d.l. n. 36 del 30 aprile 2022 che nell'introdurre "misure urgenti per favorire l'attuazione del PNRR", prevede che le amministrazioni aggiudicatrici interessate a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico privato ai sensi degli articoli 180 e seguenti del Codice dei contratti pubblici,

Al riguardo preme infatti rilevare come i contratti di PPP e i procedimenti di affidamento sembrano rispondere alla normativa sull'uso di fondi PNRR, oltreché ad un uso efficiente, efficace e rapido delle risorse, costituendo così "una valida alternativa all'appalto, soprattutto per opere che abbiano un'elevata componente gestionale o tecnica/tecnologica", anche perché "con oltre 191 miliardi di euro da spendere entro il 2026 (di cui 68,9 a fondo perduto) le sole procedure per aggiudicare i contratti di appalto non sono sufficienti in considerazione della limitata produttività e la possibilità di sforare i tempi di esecuzione" [71].

Anche se sul punto occorre sottolineare che ove si distinguano risorse europee a fondo perduto (*grants*) e prestiti onerosi soggetti a obbligo di restituzione da parte dello Stato italiano (*loans)*, come è nell'impianto del PNRR, l'esclusione dal limite del 49% specificato dalla Delibera ANAC si applica esclusivamente alle risorse europee a fondo perduto (*grants*). Sul punto rilevanti sono le considerazioni dell'UPB, in cui si pone l'accento sulla diversa natura dei prestiti messi a disposizione dal Dispositivo, i quali rappresentano una *diversa* fonte di finanziamento rispetto alle modalità normali di copertura del fabbisogno e, pertanto, possono avere natura sostitutiva o aggiuntiva: "i prestiti sostitutivi sono una forma di finanziamento di misure già previste dalla legislazione vigente e, pertanto, non danno luogo a effetti sui saldi di finanza pubblica e sul debito – se non per la componente di risparmio sulla spesa per interessi passivi – né a ulteriori stimoli espansivi sul sistema economico rispetto allo scenario tendenziale; i prestiti aggiuntivi, invece, vanno a finanziare misure precedentemente non incluse nella legislazione vigente e impattano, quindi, sui saldi di finanza pubblica, con conseguente effetto espansivo rispetto allo scenario tendenziale"[72].

5. Brevi riflessioni conclusive sull'intricato rapporto tra vincoli di bilancio e il ricorso a strumenti di finanza creativa

Volendo provare a prospettare alcune riflessioni conclusive sulla dimensione finanziaria delle operazioni di partenariato pubblico privato appare opportuno richiamare gli orientamenti di EUROSTAT che sembrano leggere le operazioni di PPP quali strumenti di ingegneria finanziaria,

---

di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di importo superiore a *10 milioni di euro*, da calcolare ai sensi del medesimo Codice, sono tenute a richiedere un *parere preventivo* al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato al fine della preliminare valutazione della corretta impostazione di tali progetti, in particolare rispetto all'allocazione dei rischi e alla contabilizzazione. Il parere, emesso dal DIPE di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, entro i successivi quarantacinque giorni, non assume carattere vincolante per le amministrazioni richiedenti. È facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice discostarsi dal parere mediante provvedimento motivato che dia conto delle ragioni della scelta, nonché dell'interesse pubblico soddisfatto (comma 3). La richiesta del parere di cui al comma 3 è preliminare alla dichiarazione di fattibilità della relativa proposta di partenariato pubblico privato da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (comma 4).

[71] AA.VV., *Position paper: PPP e Fondi PNRR*, in www.cantierabili.it., 6, 2022, 2-3, in cui è sottolineato che "il PPP costituisce una valida alternativa all'appalto soprattutto per le per opere con elevata componente gestionale o consistente contenuto tecnologico e d'innovazione. Il valore del PPP è, in questi casi, da ricercare nelle competenze del soggetto privato capace di formulare proposte corredate dalle progettazioni necessarie ad avviare rapidamente i cantieri, e nella capacità di realizzare e gestire in modo efficiente le opere progettate".

[72] UPB, *L'impatto finanziario del Piano nazionale di ripresa e resilienza- Flash*, in www.upbilancio.it, 1, 2021, 3.

detti anche di "finanza creativa"[73], da intendersi nel significato letterale del termine[74], in cui l'aggettivo "creativo" sottintende quell'insieme di strumenti finanziari non comuni, innovativi per l'appunto, che possono trovare un forte ancoraggio giuridico nel principio costituzionale di sussidiarietà[75], ed anche alla sua declinazione finanziaria[76].

Il ricorso alle operazioni di partenariato pubblico privato dimostrano la tendenza a ricorre a strumenti di finanza creativa, accomunati dall'essere coniati dal legislatore nel "disperato" tentativo di creare *partnership* pubblico-privato, al fine di consentire di ricorrere alla finanza privata per non aggravare l'allarmante situazione del debito pubblico e, al contempo, non rinunciare ad intervenire, seppur indirettamente, sul mercato delle infrastrutture[77].

Il rischio però è che gli strumenti di finanza creativa siano invece usati in maniera distorta per eludere, o forse più correttamente, evadere dalla sottoposizione al rispetto dei vincoli di bilancio.

Diverse sono, infatti, le criticità che possono osservarsi rispetto all'utilizzo dell'istituto del PPP. Tra queste, come evidenziato anche dalla Corte dei conti europea[78], vi è il fatto che la buona riuscita dell'applicazione dell'istituto dipende dalla capacità amministrativa delle autorità competenti, nonché dalla adeguatezza del livello politico nel determinare un approccio strategico per individuare i settori e le opere a cui l'applicazione del PPP si adatta in maniera ottimale[79]

---

[73] Si veda il riferimento all'accezione letterale Finanza Creativa nella nota definizione di *Project Finance* quale "metodo di raccolta di debito di lungo periodo per lo sviluppo di grandi progetti attraverso *una ingegneria finanziaria*, che dipende da una dettagliata valutazione dei rischi di costruzione, operativi e di fatturato, e dalla loro successiva allocazione tra investitori, creditori, e altre parti attraverso specifici contratti", così E.R. YESCOMBE, *Principles of Project Finance*, San Diego, Academic Press, 2002. Non a caso il PPP è uno degli strumenti su cui verte anche la "nuova" Cassa Depositi e Prestiti, a sua volta espressione di ingegneria finanziaria, o di "finanza creativa".

[74] Vale a dire lungi in questa sede ad ogni riferimento alla ormai in uso degradazione semantica del termine che, rinviando ai risultati non positivi ottenuti da alcune pratiche finanziare, ha condotto ad utilizzare questa terminologia nel linguaggio politico giornalistico in senso dispregiativo, come sintomo delle degenerazioni evidenti di un sistema in cui si considera l'interesse finanziario al centro delle scelte politiche e legislative.

[75] Sottolinea come i PPP siano da considerare espressione del principio di sussidiarietà orizzontale A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2016. Il principio di sussidiarietà rappresenta un ancoraggio solido per avere fornito legittimazione all'ingresso del PPP nel nostro ordinamento giuridico, avvalorando sia il ricorso sempre più frequente da parte delle amministrazioni pubbliche di moduli consensuali nell'attività amministrativa, in virtù della riconosciuta capacità giuridica di diritto privato alle medesime, sia la diffusione di modelli cooperativi e collaborativi tra pubblico e privato in diversi ambiti.

[76] Sia consentito rinviare a V. Manzetti, Fondazioni *di origine bancaria e principio di sussidiarietà*, Napoli, 2017, 231-247.

[77] Come anche la "nuova" Cassa depositi e prestiti, come sostenuto da M. GIUSTI, *Il Problema del Debito Pubblico in Italia e l'uso della cosiddetta Finanza Creativa: il caso della "nuova" Cassa Depositi e Prestiti*, in M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*,Padova, 2013 ; V. MANZETTI, *Cassa depositi e prestiti. Paradigma italiano delle banche nazionali di promozione*,op.cit..

[78] Si vedano i parr. da 61 a 63 della Relazione speciale n. 9/2018 della Corte dei conti europea, in cui si rileva come solo pochi Stati membri abbiano maturato un'esperienza sufficiente per attuare con successo progetti PPP. In particolare, dall'analisi sui progetti PPP finanziati dal FEIS è emerso che tali progetti sono concentrati negli Stati membri che hanno maggiore familiarità con l'istituto del PPP, determinando gravi elementi di squilibrio geografico e concentrazione settoriale. Si ponga mente, a tal proposito, al fatto che il 63 % dei finanziamenti previsti dal FEIS nello Sportello relativo alle infrastrutture e all'innovazione è andata al Regno Unito.

[79] Il riferimento è al par. 65 della Relazione speciale n. 9/2018, in cui gli auditor della Corte dei conti europea hanno rilevato che la maggior parte degli Stati membri visitati per lo svolgimento dell'*audit* non era dotata di politiche e strategie chiare riguardo all'uso dei PPP. La stessa Relazione al par. 78 evidenzia come, a causa della mancanza di esperienza e competenza nell'attuazione dei progetti di PPP sia forte il rischio che i PPP non contribuiscano all'obiettivo (indicato tra l'altro dal Libro bianco sui trasporti e dagli attuali regolamenti MCE e FEIS) di produrre un effetto di leva maggiore con fondi UE.

Carenze a questi livelli determinano una cattiva gestione dei PPP e la vanificazione dei possibili vantaggi insiti nell'applicazione ottimale dell'istituto, derivanti specialmente dall'assenza di una base analitica sufficiente che dimostri, a parità di condizioni, la preferenza del PPP rispetto all'appalto, problematica a cui nel nostro ordinamento si è cercato di fare fronte con l'introduzione della matrice dei rischi.

Inoltre, controversa appare la possibilità di introdurre un massimale relativo all'utilizzo dei PPP[80], così da non impegnare importi eccessivi dei bilanci futuri, che vincolerebbero il partner pubblico anche in periodi di recessione economica e non sarebbero disponibili per l'attuazione di politiche future[81].

Tant'è che muovendo dalle criticità rilevate, la Corte dei conti europea ha espresso la raccomandazione di perfezionare il quadro UE per una migliore efficacia dei progetti PPP e, al fine di mitigare il rischio di un approccio pregiudizialmente favorevole alla scelta dei PPP, di promuovere maggiore trasparenza e garantire che i PPP possano essere sostenuti in modo efficace dai fondi UE[82].

Tali ragioni, avevano, infatti spinto la Corte dei conti europea ad esprimere diverse raccomandazioni. In particolare, la Corte raccomandava alla Commissione europea di subordinare il sostegno dell'Unione a progetti di PPP alla garanzia che la scelta dei partenariati fosse giustificata da considerazioni relative al rapporto costi/benefici e non fosse quindi indebitamente influenzata da considerazioni relative a vincoli di bilancio o al trattamento statistico.

Siffatta raccomandazione, tuttavia, non è stata accettata dalla Commissione europea. Anche perché nella dimensione globale della finanza pubblica, ed in virtù dei principi costituzionali di equilibrio di bilancio, della sostenibilità del debito pubblico e della declinazione finanziaria del principio di buon andamento, le pubbliche amministrazione non possono (ed anzi non dovrebbero) esimersi da porre in essere anche un valutazione sulla dimensione finanziaria prima di porre in essere operazioni di PPP.

Questo non significa, come sottolineato dalla nostra Corte dei conti, che il ricorso al PPP dovrebbe essere visto solo ed esclusivamente quale mero strumento finanziario alternativo all'intervento diretto delle amministrazioni pubbliche in difficoltà sul piano economico-finanziario, posto che questo rappresenta anche strumento capace di migliorare la qualità dei servizi[83].

Anche se un tale ammonimento rischia di trovare poco spazio di ascolto tra le amministrazioni pubbliche, a fortiori in un lungo periodo contrassegnato dal susseguirsi di crisi a catena, dalla crisi del 2008, a quella 2011-2013, alla crisi sanitaria ed economia, alla crisi energetica, e così via.

Tuttavia uno spiraglio di luce potrebbe essere rappresentato proprio dal particolare momento storico-culturale che stiamo attraversando, quello scandito dall'era del *Next generation EU*, in cui

---

[80] Cfr. Corte dei conti europea, Relazione speciale n. 9/2018, par. 90.

[81] Infine, fattori di incertezza derivano dalla necessità di combinare l'applicazione del PPP con l'utilizzo dei fondi europei, motivo per cui il numero di progetti PPP sostenuti dall'UE, espresso in percentuale del mercato totale dei PPP è ancora basso. Cfr. Corte dei conti europea, Relazione speciale n. 9/2018, par. 92.

[82] La Corte raccomanda che: a) la Commissione subordini il sostegno dell'UE a progetti PPP alla garanzia che la scelta dei PPP sia giustificata da considerazioni relative al rapporto costi/benefici e non sia quindi indebitamente influenzata da considerazioni relative a vincoli di bilancio o al trattamento statistico; b) gli Stati membri migliorino la trasparenza pubblicando elenchi periodici di progetti PPP, comprendenti dati sufficienti e significativi sugli attivi finanziati, i futuri impegni e il relativo trattamento nei bilanci, preservando al tempo stesso la tutela dei dati confidenziali e commercialmente sensibili; c) la Commissione valuti la complessità aggiuntiva dei progetti PPP a finanziamento misto con la partecipazione dell'UE, in vista di ulteriori interventi miranti a semplificare le relative norme e procedure dei programmi UE.

[83] Cfr. C. Conti, sez. riun. contr., *Audizione della Corte dei conti sul Documento di economia e finanza 2017*, Commissioni congiunte bilancio del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, aprile 2017, in *www.corteconti.it*, 58.

l'accento è posto sulla cultura della *performance*, che se è vero non è una novità, questa volta almeno si muove in una stagione di importanti misure di intervento pubblico europee e nazionali supportate da ingenti risorse.

Tant'è che anche lo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici si contraddistingue proprio per l'introduzione all'art. 1 del principio del risultato, quale "derivazione evoluta" del più generale principio di buon andamento, criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Il principio del risultato assume dunque l'essenza di un principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza, indirizzando quindi tutta la complessa attività programmatore che sta alla base delle opere pubbliche, e dunque indirizzando anche la scelta del ricorso ad operazione economiche di partenariato pubblico privato a quei casi in cui è possibile dimostrare un effettivo e concreto vantaggio in termini globali per le amministrazioni aggiudicatrici, rispetto ad altre forme (quali ad esempio l'appalto)[84].

Vero è che il riferimento alla "cultura del risultato" chiama in causa uno dei principali problemi che inficiano le nostre amministrazioni, ovvero l'(in)adeguato livello di competenze tecniche.

Lo sviluppo dei modelli di partenariato pubblico privato presuppone, infatti, la presenza di un *commitment pubblico* in grado individuare gli interventi sostenibili, sia dal punto di vista della fattibilità, sia della redditività economico-finanziaria.[85]

La fragilità delle competenze tecniche in ordine all'elaborazione di schemi contrattuali efficaci da parte delle amministrazioni aggiudicatrici pubbliche, nonché l'(in)capacità tecnica espressa nella predisposizione dei bandi rappresenta, infatti, un *vulnus* significativo nel ricorso a operazioni di PPP, anche perché la classificazione *on/off banance sheet* della documentazione contrattuale avviene *ex post,* vale a dire che i contratti di PPP vengono classificati dall'Istat e registrati nei conti della PA solo dopo la loro sottoscrizione e dopo il *financial closing* .

Tant' è che l'ANAC, nell'esercizio delle funzioni attribuite ex art. 181, comma 4, del Codice dei contratti 2016, ha, in più delibere, sottolineato alla amministrazioni pubbliche di ricorrere agli strumenti di PPP solo ove siano previamente dotate di adeguate *strutture e competenze*, in grado di analizzare approfonditamente le proposte presentate, mentre nei casi in cui non siano presente strutture e competenze appropriate, ad es. per le ridotte dimensioni dell'ente, ha richiamato

---

[84] Al riguardo si ricorda quanto già previsto dal comma 3, dell'art. 181 comma 3 del Codice dei contratti pubblici 2016, secondo cui la scelta del ricorso ad operazioni di PPP deve essere "preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto".

[85] Si ricorda ad es. che con la legge di bilancio 2019 è stata estesa l'operatività del fondo rotativo per la progettualità, ex l. n. 549/1995, e si è stabilito altresì l'erogazione di finanziamenti a fondo perduto al fine di potenziare il finanziamento della progettazione di fattibilità tecnico-economica e definitiva relativa ad opere da realizzare mediante contratti di PPP, ed ancora la modifica apportata dal d.l. n. 76/2020 ("decreto semplificazioni") all'art. 183 del Codice dei contratti, con cui si è previsto, da un lato, che gli operatori economici possano presentare progetti alternativi, migliorati e affinati, relativi a lavori da realizzare mediante contratti di partenariato, quand'anche i medesimi siano stati inseriti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, dall'altro, che gli operatori economici possano presentare progetti di fattibilità che, qualora non presenti, sono inseriti negli strumenti di programmazione.

l'opportunità di utilizzare gli strumenti previsti dal Codice dei contratti, quali i servizi di committenza ausiliari da parte delle centrali di committenza legittimate oppure la consulenza degli organi centrali che svolgono questa funzione[86].

La fragilità delle competenze tecniche delle nostre amministrazioni si trasforma, infatti, nei casi di PPP nell'incapacità di compiere una analisi dei rischi collegati al progetto, che le amministrazioni dovrebbero condurre *ex ante*[87], producendo "a cascata" sia riflessi pregiudizievoli nella scelta di fondo sulla convenienza del PPP rispetto al tradizionale appalto che sul trattamento contabile dell'operazione, se dentro o fuori il bilancio pubblico (*on o off balance sheet*). Sintomatica e nota è l'analisi condotta da Istat nel 2015, che ha rappresentato un "segnale di allarme", rilevando che su 24 operazioni di PPP relative a opere fredde, ben 17 operazioni (per un valore di 3,5 miliardi su 4 miliardi complessivi) erano state riclassificate da "*off*" a "*on*" *balance*, con gravi impatti sulla finanza pubblica[88].

Al riguardo, appare rilevante sottolineare anche un altro dato emerso dalle analisi condotte dal DIPE, il quale ha rilevato la quasi totale assenza di indicatori economici e finanziari all'interno della documentazione dei progetti oggetto di analisi, e ciò nonostante negli articolo 165, comma 2 e 180, comma 6, del Codice dei contratti pubblici del 2016 fosse espressamente affermato che gli indicatori economici e finanziari costituiscono strumento imprescindibile per la rappresentazione dell'equilibrio economico e finanziario, che costituisce, a sua volta, presupposto per la corretta allocazione dei rischi.

Ed anche in questo caso il motivo di una tale mancanza è stato individuato nell'inesperienza della singola amministrazione nel reperire tali indicatori, problema che chiama in causa il noto problema della professionalizzazione delle stazioni appaltanti, carattere ancor più pregnante in ambiti così complessi, in cui seguendo l'approccio sostanzialistico europeo si è andati a codificare nel nostro ordinamento un numero "aperto", ovvero forme atipiche di operazioni di PPP, lasciando campo libero alla pubblica amministrazione di scegliere la forma e lo strumento ritenuto più idoneo per la realizzazione degli interessi pubblici, avvalendosi della collaborazione del privato (su cui incombe una corretta allocazione dei rischi) e di modelli di finanziamento innovativi[89].

A questo punto possiamo dire di essere davvero "alla prova dei fatti".

Dato che se appare certo dalla lettura del nuovo Codice, e più in generale da tutta l'ossatura PNRR (ed anche dalle linee guida ANAC interpretative) che, al di là delle specifiche modifiche formali e sostanziali in corso di approvazione, i modelli di partenariato pubblico privato potrebbe presentarsi quali strumenti capaci di contribuire al decollo della infrastrutturazione e della ripresa del nostro

---

[86] L'art. 181, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 prevede che l'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), adotti linee guida per definire le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di Partenariato Pubblico Privato (PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

[87] Obbligo rafforzato dall'espressa previsione contenuta nell'articolo 181, comma 3 del Codice dei contratti pubblici del 2016.

[88] Per approfondimenti si veda Ministero dell'Economia e delle Finanze, *A focus on Ppps in Italy (8th Annual Meeting of Senior PPP Officials, 23-24 March 2015, OECD Conference Center, Paris),* in *www.rgs.mef.gov.it* , 2015.

[89] Incompetenza che ha portato anche al cattivo e distorto utilizzo del dibattito pubblico nelle operazioni di PPP, come evidenziato nella Delibera ANAC n. 219 del 2021 "risultanze emerse nel corso dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità nel 2020", portando così a ridimensionare l'istituto del dibattito pubblico nel nuovo schema di Codice. Al riguardo non può non rilevarsi come il "cattivo" utilizzo di un "buono" strumento (di democrazia) abbia portato non tanto a intervenire sul problema del basso livello di competenze delle amministrazioni, ma ad eliminare la giusta misura.

Paese[90], il condizionale è d'obbligo, posto che questo chiama in causa quella "cultura del risultato" a cui è improntata tutta la stagione degli investimenti e riforme del PNR, e dunque anche lo schema di nuovo Codice e la riscrittura delle disposizioni in merito al PPP quale archetipo aperto, che comprende ogni forma di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio[91].

Ciò detto, va infatti in ogni caso considerato che la remunerazione dell'operatore economico è, nella sostanza, legata alle *performance* delle prestazioni erogate dal partner privato in favore del partner pubblico, nell'ambito di un operazione di durata nel quale gli obiettivi istituzionali strategici della PA e gli obiettivi di profitto dell'operatore economico devono essere allineati: nel PPP il privato-operatore economico è co-responsabile con la PA del conseguimento di un determinato risultato, da cui deve dipendere la sua remunerazione.

Lo strumento del PPP si presenta, dunque, "astrattamente" in grado di bilanciare il fabbisogno di investimenti nel settore, con la necessità di garantire la stabilità e la sostenibilità del bilancio pubblico, grazie alla cooperazione con il settore privato, ma perché dalle astrazioni si passi alla realtà il primo ostacolo è culturale, ed il percorso da fare non è affatto semplice, interessando i più generali problemi del ritardo nella modernizzazione dello Stato e la crisi della burocrazia, da cui, non è possibile prescindere, se il fine è quello di una vera "cultura del risultato"[92].

---

[90] Seguendo una chiave di lettura che si pone in linea anche con la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "*Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*", Bruxelles, 19.11.2009 COM(2009) 615 def.

[91] E. CONTE, *Codice degli appalti tra Pnrr e cultura dei risultati*, in *Lavoce.info*, 20 gennaio 2023. L'. A sottolinea "la necessità di accompagnare la conoscenza del Codice con quella dei contenuti della buona amministrazione quali, per esempio, quelli della rigenerazione urbana, della prevenzione del dissesto idrogeologico, dell'efficienza energetica e delle nuove figure contrattuali, del *Ppp (partenariato pubblico-privato), del project financing*, delle misure per fronteggiare il riscaldamento climatico, della tutela dell'ambiente entrata nella Costituzione, della riduzione del consumo del suolo, della rifunzionalizzazione di immobili abbandonati e via dicendo, temi che rappresentano la chiusura del cerchio di una Pa (parte politica e parte tecnica) che si muova all'unisono, in un contesto fattuale dato, e che non si limiti ad applicare norme avulse dalla realtà, ma che sia orientata ad assumere la responsabilità di un programma da realizzare. Cosa che richiede di agire sul livello di preparazione culturale dei funzionari sì, ma anche del ceto politico".

[92] S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2023.

ATTUALITA'

Prime riflessioni sull'ordinanza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 304/2023[1]

di Marco Caralesu dottore di ricerca Roma 3

Sommario

1. Premessa
2. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione e la soluzione prospettata dalle SS.UU.
3. Conclusioni

Abstract

L'autore commenta la sentenza SSUU Cassazione 304 del 9 gennaio 2023 riguardante la vicenda della parifica Sicilia 2019. Diversamente da quanto accaduto nel 2016, la Corte ha giudicato il ricorso contro la sentenza SSRR in speciale composizione 20/2021 ammissibile. Nel merito ha respinto il ricorso confermando, come già accaduto con la sentenza della Corte costituzionale 184/2022, la piena giurisdizione della Corte dei conti sui saldi di bilancio a prescindere dall'approvazione della legge di rendiconto. Conferma altresì il giudizio in unico grado con una parte ufficiosa innanzi alla sezione di controllo e una parte eventuale a seguito di impugnazione.

The author analyze the statement Supreme Court of Cassazione 304 ruling of 9 January 2023 concerning the Sicily 2019 giudizio di parifica (judgment on the budget).. Unlike what happened in 2016, the Court judged the legal recourse against the SSRR ruling in special composition 20/2021 admissible. The statement rejected the judicial request, confirming, as already happened with the sentence of the Constitutional Court 184/2022, the full jurisdiction of the Court of Auditors on the budget balances regardless of the approval of the regional law. It also confirms the judgment in single instance with an unofficial step before the audit court and a possible step following an appeal.

1. Premessa.

L'ordinanza 9 gennaio 2023 n. 304 delle SS.UU. della Corte di cassazione si inquadra all'interno del dibattito in ordine alla natura e alla portata della parificazione del rendiconto generale delle Regioni. Si tratta di un tema sul quale si è concentrata l'attenzione degli studiosi in considerazione delle complesse vicende che hanno interessato la parifica del rendiconto della Regione Sicilia per l'anno 2019[2].

In questa sede ci si limita a richiamare sinteticamente i fatti e gli elementi più significativi, a partire dalla decisione delle SS.RR. per la Regione Siciliana n. 6/2021 sulla parifica del rendiconto per l'esercizio finanziario 2019, sui quali sono state chiamate a pronunciarsi, sotto diversi profili, le SS.RR in sede di controllo della Corte dei conti (con la delibera n. 5 del 14.4.2022[3]), la Corte costituzionale (con la sentenza n. 184 del 22.7.2022[4]) e, da ultimo, le SU della Corte di cassazione con l'ordinanza n. 304 del 9.1.2023 in esame.

---

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco in base alla procedura pubblicata sul sito www.dirittoeconti.it

[2] Sul giudizio di parificazione, su tutti, si v. F. SUCAMELI, "*Il giudizio di parificazione del rendiconto delle Regioni*", in AA.VV., "*La Corte dei conti – Responsabilità, contabilità, controlli*", Giuffré Francis Lefebvre, Milano 2022, pag. 1201 e ss.; M.A. SANDULLI, "*Il giudizio di parificazione del rendiconto generale delle regioni: note a margine del pensiero di Aldo Carosi*", in *Bilancio Comunità Persona*, 2022, fasc. 1, pag. 82 e ss.; R. URSI, "*La parifica dei rendiconti regionali: un caso ancora aperto*", in *Federalismi*, fasc. 28, "*I controlli della Corte dei conti e i complessi equilibri del sistema delle autonomie*".

[3] P. SANTORO, "*La parificazione dei rendiconti regionali tra controllo e giurisdizione diventa conflittuale*", in *Riv. Corte dei conti*, n. 2/2022, pag. 5 e ss.

[4] Su tutti si v. P. SANTORO, "*Dall'ausiliarietà all'autonomia del giudizio di parifica. Luci e ombre della sentenza costituzionale n. 184/2022 su conflitto di attribuzione*", in *Riv. Corte dei conti*, n. 4/2022, p. 37 ss.; L. D'AMBROSIO, "*La parifica dei rendiconti regionali: certezza dei saldi*", in *Riv. Corte dei conti*, n. 4/2022, p. 192 ss.; G. GUIDA, *"Prime note a Corte Costituzionale 184/2022 sul conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Siciliana*", in *Bilancio Comunità Persona*.

La richiamata decisione sulla parifica del rendiconto della Regione Sicilia è stata impugnata dalla Procura generale della Corte dei conti presso la Sezione giurisdizionale della Regione Siciliana attraverso la proposizione di un ricorso innanzi alle SS.RR. in speciale composizione. Nelle more del predetto giudizio la Regione Sicilia ha approvato, con la l.r. n. 26/2021, il rendiconto generale della Regione per l'esercizio finanziario 2019 con il quale sono state accolte e recepite le osservazioni formulate nell'indicata delibera sulla parifica.

Successivamente, la Regione Sicilia ha impugnato, attraverso lo strumento del ricorso per conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale, dapprima il dispositivo e poi il testo della sentenza n. 20/2021/DELC (con la quale le SS.RR. in speciale composizione hanno: *i)* accertato la necessità di rideterminazione in aumento del fondo crediti di dubbia esigibilità, come accertato dalle SS.RR. per la Regione Siciliana; *ii)* sollevato, con separata ordinanza, questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della l.r. n. 3/2016 in quanto tale norma consentirebbe di distogliere risorse finanziarie dal Fondo sanitario per destinarle al pagamento di un debito contratto con lo Stato; *iii)* sospeso il giudizio quanto agli effetti sul saldo determinato dai capitoli di spesa interessati) denunciando la lesione dell'autonomia e delle prerogativa costituzionalmente riconosciute all'Assemblea Regionale Siciliana, per omessa dichiarazione di improcedibilità del giudizio, da parte delle SS.RR in speciale composizione, in ragione dell'intervenuta promulgazione della l.r. n. 26/2021. Sui suddetti ricorsi per conflitto di attribuzione la Corte costituzionale si è pronunciata con la richiamata sentenza n. 184/2022.

Sempre nell'ambito delle descritte vicende sul giudizio di parifica della Regione Sicilia per l'esercizio finanziario 2019, si deve dare atto dell'adozione dell'ordinanza delle SS.RR. della Regione Siciliana n. 1/2022 con la quale è stato richiesto un intervento nomofilattico delle SS.RR. in sede di controllo o della Sezione Autonomie, diretto ad offrire una risposta a tre quesiti. Nel dettaglio, con il primo quesito è stato richiesto se al giudizio di parificazione siano applicabili o meno le disposizioni, contenute nel Codice di giustizia contabile, sui giudizi di conto e se, in caso di risposta affermativa, tale applicazione sia integrale o parziale; ed ancora, nel caso di applicazione integrale è stato altresì richiesto di indicare quali disposizioni del Codice di giustizia contabile siano applicabili anche con riferimento ai poteri istruttori del Giudice e del Pubblico Ministero. Con il secondo quesito è stato chiesto di precisare se tra le norme del Codice di giustizia contabile applicabili al giudizio di parifica rientri anche l'art. 106 relativo alla sospensione necessaria del processo. Con il terzo e ultimo quesito è stato invece richiesto se ricorra un'ipotesi di sospensione necessaria nel caso di proposizione del ricorso per conflitto di attribuzioni da parte della Regione. Sulla richiesta in questione si sono espresse le SS.RR. in sede di controllo con la delibera n. 5/2022.

2. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione e la soluzione prospettata dalle SS.UU.

In via preliminare si evidenzia che al ricorso proposto dalla Regione Sicilia si è affiancato il ricorso proposto dal Procuratore Generale rappresentante il Pubblico Ministero presso la Corte dei conti, parimenti rivolto contro la Procura Generale d'Appello della Corte dei conti per la Regione Sicilia.

Al riguardo, merita sottolineare che secondo la Procura Generale ricorrente la violazione dei limiti esterni della giurisdizione contabile si sarebbe verificata in conseguenza della decisione delle SS.RR. in speciale composizione di giudicare in una materia nella quale, a seguito dell'entrata in vigore della l.r. n. 26/21, le stesse sarebbero state prive di poteri giurisdizionali. Da tale circostanza poteva discendere una pronuncia di inammissibilità del ricorso del Procuratore Generale in quanto proposto "*contra sé*".

Nel ricorso della Regione Sicilia l'eccesso di potere giurisdizionale è stato invece ricondotto all'invasione della sfera riservata al legislatore da parte delle SS.RR. in speciale composizione che avrebbero esercitato la funzione giurisdizionale "*sottoponendo a verifica non già una deliberazione, ma una legge, specificamente la legge regionale n. 26/2021, di approvazione del rendiconto finanziario 2019, che avrebbe disapplicato, in esito al recepimento delle indicazioni della deliberazione di parificazione del rendiconto finanziario 2019*".

La Corte di cassazione ha respinto entrambe i ricorsi.

Innanzitutto si osserva che la vicenda prospettata innanzi alla Corte di cassazione è diversa rispetto al precedente del 2016 (Cass., SU, n. 22645/16) allorquando il ricorso del Procuratore Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Liguria avverso la decisione di parificazione del rendiconto generale della Regione Liguria per l'esercizio 2013, era stato dichiarato inammissibile sul presupposto che l'intervenuto riconoscimento dell'impugnabilità della delibera innanzi alla SS.RR. in speciale composizione comporta inevitabilmente "*l'impraticabilità del ricorso ex art. 111 Cost., comma 8, atteso che la norma, nel riconoscere, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il ricorso in Cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, postula la definitività delle relative decisioni*".

Ciò premesso, l'ordinanza in commento appare particolarmente interessante in quanto si basa su un *iter* argomentativo e motivazionale che offre importanti spunti di riflessione in ordine al dibattito intorno alla natura della parificazione del rendiconto generale delle Regioni, che vanno a sommarsi a quelli ricavati dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 184/2022.

In quest'ottica, appare significativo il richiamo contenuto nella parte iniziale dell'ordinanza all'affermazione delle SS.RR: in speciale composizione secondo cui l'oggetto del giudizio di parificazione è il "*ciclo d'informazioni in cui consiste il bilancio, di modo che ad essere impugnato non è l'atto sottoposto a controllo, ma l'effetto giuridico conseguente al riscontro dello stato del bilancio*".

Tale affermazione, da considerare quale parte integrante della progressione motivazionale sviluppata nell'ordinanza, introduce un elemento di novità rispetto a quanto statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/2022. In quella sede, infatti, è stato precisato che l'oggetto specifico della decisione delle SS.RR. in speciale composizione è la validazione del risultato di amministrazione.

La Corte di cassazione sembra dunque voler chiarire che l'oggetto del giudizio di parifica è un "*rapporto*" che riguarda un sistema complesso di relazioni in ragione del carattere peculiare del bene della vita che ne è oggetto.

La descritta configurazione dell'oggetto del giudizio di parificazione determina una serie di conseguenze. Innanzitutto sembra trovare conferma la ricostruzione in termini di unico grado da intendersi quale unico processo con due fasi: una fase preliminare e necessaria (con un contraddittorio limitato solo ad alcune parti); una fase ulteriore ed eventuale, che si instaura su ricorso da parte di chi vi abbia interesse, sulla stessa questione di merito risolta dal primo giudice[5].

Ciò premesso, la Corte di cassazione dichiara la permanenza dell'interesse alla definizione del giudizio nonostante l'intervenuta pronuncia della Corte costituzionale. Nell'ordinanza sono significativamente riportati alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale n. 184/2022 dai quali è possibile trarre alcuni spunti di riflessione.

In tale prospettiva si richiama la parte dell'ordinanza che ripropone l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui "*la configurazione della decisione di parifica – quale risultato dell'esercizio di una funzione di controllo-garanzia, a esito dicotomico (parifica/non parifica), cui accede l'eventuale impugnativa, in vista dell'obiettivo di assicurare la conformità dei fatti di gestione rappresentati nel rendiconto al diritto del bilancio e, in specie, ai principi della legalità costituzionale in tema di finanza pubblica* " conduce ad escludere che tale decisione non possa essere assunta in ragione dell'intervenuta adozione della legge regionale di approvazione del rendiconto.

L'ordinanza prosegue poi riproponendo il passaggio testuale della sentenza della Consulta in cui si afferma che "*le sfere di competenza della Regione e della Corte dei conti si presentano distinte e non confliggenti» (sentenza n. 72 del 2012)*", atteso che "*l'una consiste nel controllo politico da parte dell'assemblea legislativa delle scelte finanziarie dell'esecutivo, illustrate nel rendiconto, l'altra nel controllo di legittimità/regolarità (la "validazione") del risultato di amministrazione e cioè delle*

[5] F. SUCAMELI, "*Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana. Analisi del sistema giurisdizionale a presidio delle Autonomie e dei diritti attraverso l'unico grado*", Editoriale Scientifica, 2022, Napoli, pag. 77 e ss.

«risultanze contabili della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente» (sentenze n. 247 del 2021 e n. 235 del 2015) su cui si basa il rendiconto, alla luce dei principi costituzionali di stabilità finanziaria". Sempre l'ordinanza ripropone il passaggio della sentenza della Corte costituzionale in cui si afferma che "*quest'ultimo controllo, riservato al giudice contabile quale organo di garanzia della legalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche, non può arrestarsi per il sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto generale, proprio in quanto strumentale ad assicurare il rispetto dei precetti costituzionali sull'equilibrio di bilancio*".

Da quanto sopra esposto si può osservare che la Corte di cassazione utilizza argomenti che non attengono propriamente alle decisioni sui ricorsi per eccesso di potere giurisdizionale. Nel richiamare ed integrare nella progressione motivazionale i suddetti passaggi testuali della sentenza della Consulta, la Corte di cassazione sembra accedere al merito del giudizio di parificazione, attraverso la enucleazione delle attività poste in essere, in tale sede, dai giudici contabili.

In particolare, il richiamo all'esercizio di una funzione qualificata in termini di "*controllo-garanzia*" appare espressione delle posizioni espresse da quella parte della dottrina[6] che nell'indagare il valore e la portata delle garanzie costituzionali hanno approfondito il tema della nozione giuridica del controllo e dei suoi contenuti giungendo ad affermare che il contenuto del controllo consiste sempre in una attività "*incidentale*" di riscontro, con funzione di garanzia del diritto o di valori, a carico di un'attività "*principale*" di un organo, persona, funzione controllata[7].

3. In conclusione.

Dall'analisi dell'ordinanza della Corte di cassazione si ricavano consistenti argomenti per sostenere che il controllo è il contenuto di una giurisdizione "*speciale*", attribuita alla Corte dei conti quale giudice del bilancio, consistente nel riscontrare un fatto (il bilancio come struttura tecnica di informazioni) con il sistema delle fonti del diritto del bilancio; riscontro che conduce ad un giudizio a carattere dicotomico e sillogistico (C. cost. sentt. n. 39 e n. 40/2014) avente ad oggetto i saldi previsti dalla legge[8].

La descritta ricostruzione contrasta con gli approdi cui sono pervenute le SS.RR. in sede di controllo della Corte dei conti con la deliberazione n. 5/2022, con la quale, come noto, è stato affermato che il giudizio di parifica - di cui viene evidenziata la "*natura squisitamente funzionale*" nei confronti della rappresentanza popolare in quanto rappresenta "*una sorta di esame di natura tecnica avente ad oggetto la regolarità delle risultanze, preliminare alla decisione legislativa sul consuntivo da assumersi, quest'ultima, tenendo conto delle statuizioni assunte dalla Magistratura contabile*"- si colloca all'interno del "*ciclo di bilancio*". Il descritto inquadramento del giudizio di parifica all'interno del "*ciclo di bilancio*" è individuato dalle SS.RR. in sede di controllo come "*una delle più evidenti ragioni*" che precludono l'applicazione degli "*istituti processuali*", (come quelli

---

[6] S. GALEOTTI, "*Garanzie costituzionali*", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969. L'Autore, oltre ad affermare che l'analisi della garanzia costituzionale si deve concentrare su tre aspetti rappresentati: 1) dall'interesse meritevole di tutela, 2) dal pericolo che grava sull'interesse, e 3) dai congegni di sicurezza atti a prevenirlo, dichiara, quanto al pericolo per l'interesse, che "*ogni ordinamento costituzionale può, nella sovranità delle sue determinazioni e secondo le esigenze storiche che di volta in volta prevalgono, non soltanto configurare in modo diverso dagli altri ordinamenti il numero e le figure dei soggetti e delle organizzazioni che si porranno come suoi operatori, ma potrà ancora avvertire in modo diverso rispetto ai singoli operatori il pericolo di lesioni dell'interesse alla regolarità costituzionale*". C. LAVAGNA, "*Istituzioni di diritto pubblico*", Torino, 1986. Secondo l'Autore, le garanzia costituzionali sono quelle poste o comunque ricavabili dalla Costituzione. Quando si parla di "*garanzia costituzionale*" si intende "*una garanzia la cui caratteristica non è di avere ad oggetto la Costituzione, ma di derivare da essa*". Le "*garanzie della Costituzione*", invece, "*riguardano i vari meccanismi di sicurezza che l'ordinamento costituzionale contiene per garantire se stesso*".

[7] F. SUCAMELI, *op. cit.*, che nell'affrontare l'evoluzione della teoria generale dei controlli richiama S. GALEOTTI, "*Garanzie costituzionali*", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969 e S. GALEOTTI, "*Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*", Milano, 1963.

[8] F. SUCAMELI, *op. cit.*, pag. 158.

afferenti il giudizio di conto) che connotano l'esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto quest'ultima, a differenza della funzione di controllo, "*non ammette lo stretto condizionamento temporale che qualifica la scansione degli strumenti legislativi della manovra di bilancio*".

Dal contesto sopra delineato, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 184/2022 e dell'ordinanza della Corte di cassazione qui commentata, appare emergere un quadro di maggiore chiarezza in ordine alla natura del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali che si rifletterà (auspicabilmente) sul profilo, ad esso strettamente connesso e conseguente, dell'applicazione degli "*istituti processuali*" che connotano l'esercizio della funzione giurisdizionale.

IL MITO URBANO DELLA CAUSA IRRAZIONALE DEI CONTRATTI DERIVATI. RIFLESSIONI A MARGINE DI UN RECENTE CASO INGLESE[1]

Pierre De Gioia Carabellese[2]

Sommario

1. Introduzione
2. Il caso e le argomentazioni della sentenza del giudice inglese
3. L'oggetto del contratto derivato fra Italia e UK
4. La volontà di stipulare il derivato anche nella common law inglese
5. Raccordo sistematico

Abstract

Le controversie in materia di derivati continuano a suscitare interesse arrivando ad assumere contorni finanche comparatistici. Il riferimento va alla decisione di un tribunale minore di Londra, High Court, il primo grado della giustizia inglese. Quest'ultimo ha dichiarato l'invalidità di un contratto derivato retto dalla legge inglese, derivato concluso fra un comune italiano e due banche straniere. L'invalidità, tuttavia, non riguarda la causa italiana del contratto, concetto giuridico peraltro estraneo al common law, che viene ritenuto irrilevante al fine della valutazione di un derivato retto dalla legge inglese. A contrario, la High Court richiama il concetto di capacity, di capacità, di cui l'ente contraente, sia pubblico che privato, deve essere dotato; in questo contesto il precedente richiamato è il ben conosciuto precedente di "Hazell". Nella propria decisione, la High Court evidenzia, con riferimento alla capacità negoziale di un ente italiano pubblico, la contraddittorietà delle disposizioni costituzionali e di quelle del TUEL. L'elemento poc'anzi richiamato, secondo la tesi avanzata nel presente scritto, dovrebbe far riflettere, in Italia, sul basso grado di intellegibilità, e contraddittorietà, delle leggi domestiche. Infine, la Corte, in forza del consolidato principio dell'unjust enrichment, riconosce alle banche il change of position, dunque, il diritto a chiedere la restituzione delle somme. Questo diritto sorge quale conseguenza dell' affidamento riposto su di un contratto che, fino alla data della domanda giudiziale, le parti avevano ritenuto assolutamente valido.

Judicial controversies relating to derivatives seem to be "alive and kicking", even in a scenario where these contracts have been on for decades. A quite recent case from the High Court in London relates to a derivative contract governed by English law, yet with one of the parties being an Italian Council, the comune. Pursuant to the line of reasoning advocated by the Court, the invalidity of the contract, in this controversy, did not stem from the lack of cause, causa del contratto, rather because the Council involved did not have the relevant capacity. Additionally, the High Court, in ascertaining these contracts concluded in Italy, did not hesitate to take a dip at the multifarious and sometimes contradictory Italian statute, including the constitutional ones. It is also for this that, not before the "Cattolica" landmark case, the capacity of comune to sign derivatives was not clear yet. Finally, because of the declaration of invalidity of the contract, the principle of unjust enrichment, an entrenched legal concept in English law, was applied. Ultimately, derivative contracts, including the ones signed in Italy by local municipalities, and governed by English Law, came back home, the UK and English common law, to have a better and more understandable categorisation.

1. Introduzione

La saga dei contratti derivati continua e si arricchisce di un nuovo episodio: i derivati con la pubblica amministrazione, e la causa dei derivati analizzata dai giudici inglesi, in merito a un contratto di diritto italiano.

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco in base alla procedura pubblicata su www.diritteconti.it

[2]Professor (full) of Law, Advance HE, York, UK, & Edith Cowan University, Perth, Aus, Notary Public (Edinburgh), Solicitor (UK)

Mentre in Italia[3] e in una parte della sua dottrina[4] si alimentano teorie (o *conspiracy theories*), che a chi scrive, dalla terra di Albione[5], appaiono oscure, circa il fatto che i giudici inglesi abbiano aderito alla tesi della causa razionale, cui dovrebbe contrapporsi quella irrazionale[6], in realtà pare che, nelle più recenti elaborazioni, i giudici britannici vadano sempre di più riscoprendo le radici del contratto derivato e delle tematiche contrattualistiche care al *common law* più tradizionale, fra cui la *capacity*.

Più di cinque lustri or sono, aveva avuto ampia eco la controversia relativa ai derivati, concernente un Borough londinese (*mutatis mutandis*, una Pubblica Amministrazione) e una banca, per un derivato stipulato *ultra vires*, ritenuto pertanto nullo[7]; in modo simile i giudici di Oltremanica sembrano più di recente riscoprire i contratti speculativi (come un privatista britannico li definirebbe) nella loro essenza e perspicuità.

D'altro canto, in un ordinamento giuridico che non conosce la causa del contratto[8], ma che comunque conosce il concetto di *"public policy"*, dunque i limiti di ordine pubblico cui devono soggiacere le molteplici pattuizioni, parlare di causa razionale e causa non razionale appare un

---

[3] In tema, per la dottrina italiana, in senso favorevole al noto caso "cattolica" basato sull'argomento della causa illecita (Cassazione, Sezioni unite, sentenza 12.5.2020, n. 8770) si rinvia a A. Tucci, I *contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni unite*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11/2020, p. 2403 ss. Si veda, in senso adesivo, anche F. Sucameli, *Derivati nulli: le Sezioni Unite declinano il contratto dentro il principio dell'accountability e danno luogo a un caso "Hammersmith" italiano*, in *Diritto e Conti, 26 maggio 2020*; in senso critico, M. Danusso, *Derivati: la sentenza della Cassazione 8770 del 2020 e le lezioni americane di Calvino*, in *Diritto Bancario*, 22 giugno 2020. Cfr. anche G. Della Cananea, *Osservazioni a margine di Cass. Civ., sez. I, sentenza 29 luglio 2021, n. 21830*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2022; G. Colombini, *Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2019, 2, p. 13 ss.

[4] In tema, cfr. A.D. Maffeis, I *derivati in Italia e a Londra: la change of position e la perdurante distanza tra giurisprudenza italiana e inglese*, in *Giustiziacivile.com*, 21 dicembre 2022. Sulla misura del danno risarcibile all'investitore in materia di *swap*, cfr. M. Rossi, *Swap (di copertura) con soggetti privati, alea razionale e nullità: le insoddisfazioni del "mezzo giurista"*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commerciale*, 2022, II, p. 277; S. Pagliantini, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto ''terribile" da trasformare in ''mite"*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commerciale*, 2022, II, p. 486. Per completezza di analisi sulle problematiche dei contratti della pubblica amministrazione, aventi ad oggetto derivati finanziari, S. Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, Roma, 2020, p. 323 ss

[5] P. de Gioia Carabellese, *Unmanned machines e rischi legali ed assicurativi. Una visuale dal Regno Unito della disciplina (nuova e futura) della responsabilità dei veicoli senza guidatore*, in *Diritto e Politica dei Trasporti*, 2021, 1-11.

[6] La teoria della causa razionale ovvero irrazionale dei contratti derivati ha in Italia i suoi paladini. Per tutti, A.D. Maffeis, *Voce – Contratti*, in *Digesto IV, Discipline Privatistiche*, Quinto Aggiornamento, UTET, Torino, 2010. Si ritiene che tale tesi della causa razionale ovvero irrazionale dei derivati, seppur autorevolmente esposta, non si possa condividere, soprattutto se un derivato sia retto dal diritto inglese. Ciò si ritiene venga dimostrato nel presente lavoro, proprio avendo presente il *decisum* della *High Court*.

[7] *House of Lord*, 24 gennaio 1991, causa *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n.1/1991, con nota di R. Agostinelli, *Struttura e funzione dei contratti di swap*, secondo cui_ «*The function and purpose of the swap transaction is to alleviate the consequences of borrowing by the local authority purchasing what has been conveniently called "a stream of income" which will enable it to reduce the net cost of its borrowing*. [...] *they are designed not to meet any specific loss but to seek to ensure that the local authority pays as little interest on its loan as can be achieved. In this respect they are indistinguishable from any other transaction which involves the hope of gain, which gain is intended to reduce a risk attendant on an underlying transaction*».

[8] Sulla diversa impostazione del diritto italiano, scevro dall'includere i "fini" soggettivi nella struttura del contratto, relegati a motivi incapaci di incidere sulla sua validità, si rinvia in generale a F. Galgano, *Simulazione, nullità, annullabilità*, in *Commentario Codice Civile*, Scialoja – Branca (diretto da), Bologna, 1998; ID., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 1990, 462.; ID, Voce *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, in *Trattato Diritto Civile Commerciale*, A. Cicu e F. Messineo (diretto da), L. Mengoni (continuato da), III, Milano, 1988; P. Gallo, *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Digesto discipline private sezione civile*, Torino, 1995, vol XII; A. Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 200 ss. Sui contratti di investimento, cfr. F, Galgano, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 889 ss.; ID, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e Impresa*, 2000, p. 924 ss.

azzardo, paradossalmente simile a quello che, da un punto di vista economico, assumono ogni giorno i banchieri che stipulano derivati[9].

In un tale scenario, il presente contributo cerca di chiarire, in primo luogo, il *dictum* oggetto di controversia, la cui narrativa viene ripercorsa e analizzata, nelle sue implicazioni dogmatiche, anche in una prospettiva comparativa[10]. In secondo luogo, inquadra, da un punto di vista sistematico, la disciplina in tema di derivati, inclusi quelli controversi con la pubblica amministrazione, quella italiana[11]. Da ultimo, evidenzia, alla luce del *common law* inglese, l'attuale allocazione sistematica dei contratti speculativi, sia quelli retti dal diritto italiano, sia quelli "governati" dal diritto inglese[12].

2. Il caso e le argomentazioni della sentenza del giudice inglese

In primo luogo, va contestualizzato il Giudicante. La *High Court*, con sede a Londra, nell'ordinamento giudiziario inglese, è soltanto un giudice di primo grado. Malgrado il nome (Alta

---

[9] Sulla *public policy*, quale perimetro e limite di operatività della miriade dei contratti, non categorizzati, del *common law*, cfr. H.G. Beale, W.D. Bishop, M.P. Furmston, *Contract. Cases and Materials*, 4° ed., London, 2001, 1055 ss. Cfr. anche, più recentemente, sullo specifico tema degli *"Immoral and Illegal Contracts"*, H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, 2019, p. 663 ss. Per un approccio italiano comparativo, cfr. A.D. Maffeis, *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2012, I, p. 280 ss.

[10] Il metodo comparatistico utilizzato si basa sugli studi, non italiani, ma soprattutto di Oltremanica, anche nella sua versione scozzese. Cfr. A. Watson, *Legal Transplant. An Approach to Comparative Law*, 2° ed., Athens and London, 1974; K. Zweigert, H. Kotz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998. Sul tema del contratto, la metodologia seguita si basa sugli insegnamenti e scritti dei "Maestri", J.A.K. Huntley, *Contract Law in Scotland*, 3° ed., Edinburgh, 2014) e, nella sua non ultima edizione, H.L. MacQueen, J. Thomson, *Contract Law in Scotland*, 3° ed., Edinburgh, 2012.

[11] Non vi è in italiano un approfondimento dei derivati nel *common law,* tanto meno se stipulati con pubbliche amministrazioni. Fa eccezione D. Cesian, *I derivati e le amministrazioni pubbliche locali: l'esperienza negli USA e nel Regno Unito,* in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1/2018, p. 141 ss. Per la letteratura in inglese, e in particolare nel *common law* di Oltremanica, non si può che fare riferimento a A. Hudson, *The Law on Financial Derivatives*, 6° ed., London, 2018. Di questo A. è anche rimarcabile il merito di aver definito l'area del perimetro dei derivati. Viene affermato quanto segue: *«"Derivatives law" is a specific context within the larger context of finance law. Two things define derivatives law practice as a particular discipline in practice more than anything else: first, the standard market documentation which constitutes a form of closed knowledge about the techniques of that marketplace; and, second, the particular commercial practices and mathematical techniques which have given rise to the derivatives instruments themselves. [..]».*

[12] Va detto che, paradossalmente, nel Paese della "City", nel senso di piazza finanziaria fra le più importanti al mondo, il tema dei derivati dal punto di vista giuridico costituisce una "nicchia". Nell'ambito dei *law books* o *research books*, riferimenti ai derivati mancano in A. Malek, J. Odgers (general ed.), *Paget's Law of Banking*, 14° ed.,London, 2014. Riferimenti ai derivati, da un punto di vista regolamentare e contrattuale, si possono invece trovare, a livello manualistico, in I. H.-Y. Chiu, J. Wilson, *Banking Law and Regulation*, Oxford, 2020; M. Haentjens, P. de Gioia Carabellese, *European Banking and Financial Law*, 2° ed., London and New York, 2020; R. Cranston, E. Avgouleas, K. Van Zwieten, C. Hare, T. van Sante, *Principles of Banking Law,* 3° ed., Oxford, 2017. A livello di trattati e produzioni monografiche, in inglese il solo punto di riferimento finora rimane A. Hudson, *The Law on Financial Derivatives*, 5° ed., London, 2012. Per una lettura tradizionale e classica del *banking law* britannico, astrazion fatta dai derivati, tema di nicchia anche Oltremanica, si rimanda, da una prospettiva scozzese, piuttosto che inglese, a T. Chalmers, *Wallace and McNeil's Banking Law with Forms*, 8° ed., Edinburgh, 1949: A. McNeil, T.M. McNeil, *Banking Law with Forms by W. Wallace and A. McNeil*, 7° ed., Edinburgh, 1933; R. Finlayson, *Law Lecturer to Bankers*, Edinburgh and London, 1939. Da una prospettiva più moderna, si vedano N.J.M. Grier, *Banking Law in Scotland*, Edinburgh, 2001; L.D. Crerar, *The Law of Banking in Scotland,* Edinburgh, 1997; Id., *The Law of Banking in Scotland*, Edinburgh, 2001. Per una recente analisi sistematica del diritto bancario italiano, in lingua italiana, anche con riferimento ai contratti derivati, si rinvia a F. Giorgianni - C.M. Tardivo, *Il nuovo diritto delle banche e degli intermediari finanziari in Italia e in Europa*, collana *Strumenti del diritto*, n. 58, Zanichelli ed., Bologna, 2021, 640 ss.; F. Giorgianni, C.M. Tardivo, *Manuale di Diritto bancario (e degli intermediari finanziari)*, 3ª ed., Milano, 2012, p. XXVIII, 64 ss., 136 ss., 473 ss. Piu' di recente, si permette di rinviare a a P. de Gioia Carabellese, M. Lembo, *Diritto dei contratti bancari e del techno-banking. Fra diritto italiano e common law inglese*, Pisa, 2023. Si veda anche, piu' recentemente, P. de Gioia Carabellese, *I contratti devivati italiani con la pubblica amministrazione in un recente caso della High Court*, in *Cammino Diritto*, in corso di pubblicazione.

Corte) sia evocativo di una gerarchia più elevata[13], pertanto, per importanza sistemica, la decisione assunta dunque dalla *High Court* (di seguito anche *"HC"*), nella controversia in esame, va ridimensionata, a maggior ragione se si considera il fatto che il *decisum* finale non dice nulla di particolarmente innovativo rispetto al quadro giurisprudenziale consolidato del *common law*[14].

Fatta questa precisazione, la controversia decisa dal tribunale inglese riguarda un ente pubblico italiano (il comune di Venezia) e due istituti di credito italiani, in relazione a un contratto derivato per il quale era stata stabilita la giurisdizione del foro inglese[15]. Più nello specifico, i derivati sono ascrivibile alla s*pecies* meglio nota come "*interest rate swap collar"*[16]. Per effetto della clausola sul foro, sul piano sostanziale, il diritto applicabile, è quello inglese.

Un altro elemento di contesto riguarda la data della stipulazione (in quanto ha rilevanza per stabilire i limiti alla "capacità" di diritto pubblico secondo il diritto inglese): i contratti risalgono al 2007, prima della modifica operata con la l. cost. n. 1/2012, che ha reso più ardua giuridicamente la possibilità per un ente pubblico di stipulare tali contratti[17].

---

[13] La sentenza in oggetto è *Banca Intesa SanPaolo SPA e Dexia Crediop SA v Comune di Venezia* [2022] EWHC (comm). Il *dictum* è del 14 ottobre 2022. Commenti immediati sulla sentenza sono quelli di D. Maffeis, online, cui si rimanda.

[14] È appena il caso di accennare che le decisioni della *High Court* possono essere appellate dinanzi alla *Court of Appeal*, con queste ultime che sono impugnabili dinanzi alla *United Kingdom Supreme Court*, quella che era prima la *House of Lords.* È da ricordare che, nel *common law* un precedente è *binding* se proviene da una corte superiore e appartiene allo stesso ordinamento. I precedenti di corti superiori di altro ordinamento sonopersuasive, utili suggerimenti, ove provengano dal *common law* di altri ordinamenti, e.g. Canada, Australia, ma non certamente da un Paese di *civil law* come l'Italia, financo se provenienti da Corte di Cassazione e Corte costituzionale.

[15] Inoltre, il contratto fra il Comune e le due banche viene assoggettato, per espressa previsione delle parti contraenti, non solo al foro londinese, ma anche al diritto inglese, invece che a quello italiano. Tale scelta, peraltro, se criticabile al fine dei costi legali, è pienamente legittima da un punto di vista legale-contrattuale.

[16] In calce, si è provveduto a enucleare e tradurre i passaggi fondamentali della sentenza, la quale consta di ben 150 pagine, lunghezza considerevole anche per gli standard britannici. Proprio per la lunghezza, la sentenza, oltre che constare dei soliti *paragraphs*, paragrafi, è suddivisa in sezioni, dalla A) alla S). I paragrafi sono 465.

[17] Sul possibile impatto del rinnovato ordinamento pubblico italiano, anche F. Sucameli, *Derivati nulli: le Sezioni Unite declinano il contratto dentro il principio dell'accountability e danno luogo a un caso "Hammersmith" italiano*, in *Diritto e Conti, 26 maggio 2020.* La legge costituzionale del 2012 avrebbe generato un nuovo principio di ordine pubblico economico, che si può trarre dalle seguenti disposizioni costituzionali: art. 81, 97 e 119 Cost. L'art. 97, Costituzione, è strettamente collegato agli artt. 81 (per il bilancio dello stato) e 119 Cost. (per le politiche di bilancio di regioni e enti locali). Viene infatti osservato: "*C'è ora una norma costituzionale che impone la quadratura delle politiche di entrata e di spesa pubblica della Repubblica in un orizzonte unitario: ciò mette direttamente in gioco la responsabilità di ogni ente territoriale di governo, di ogni amministrazione, centrale, periferica, autonoma, nell'assicurare gli impegni negoziati in Europa. Da questo punto di vista, il pareggio di bilancio modifica soprattutto il principio di buon andamento, ne adagia i suoi svolgimenti all'interno di un letto di Procuste prima sconosciuto (e per questo motivo quel principio è molto avversato in alcuni ambienti).* [omissis]". Cfr. A. Morrone, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, (2)1, p. 381; A. Brancasi, *L'obbligo della copertura finanziaria tra la vecchia e la nuova versione dell'art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3/2012, pag. 1685B (Nota a Corte Costituzionale, 10 maggio 2012, n.115).

Le norme di diritto pubblico, poiché sono normalmente assistite da un proprio apparato sanzionatorio (si pensi al caso delle norme penali), generano, di norma. una nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c. che tuttavia è impedita dalla clausola del minimo mezzo ("salvo la legge disponga diversamente"): così la violazione di una norma tributaria non comporta l'illegittimità dell'atto negoziale, ma conseguenze di altra natura, dalle sanzioni amministrative alle restituzioni. Sul c.d. "principio del minimo mezzo", sancito dall'art. 1418, comma 1, c.c., cfr. G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Rivista Critica di Diritto privato*, 1985, p. 436 ss., spec. p. 446: «*la nullità deve essere esclusa se l'esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione della specifica sanzione* [...] *sia compiutamente realizzata con la relativa irrogazione, mentre deve essere ammessa in caso contrario*»). Nel caso dell'art. 119 comma 7 Cost, invece, si è presenza di un divieto assistito da un proprio apparato sanzionatorio (ad esempio, l'art. art. 30, c. 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289), ma che allo stesso temo non incide sulla operatività esterna del negozio, ma direttamente sulla sua struttura. La sua violazione, infatti, attiene a norme di ordine pubblico economico, che intessano direttamente la causa del contratto, genernndo un nullità strutturale (per vizio di un elemeno essenziale) ai sensi dell'art. 1419 comma 2 c.c.. Per tale ragione il contratto derivato sarebbe, in ogni caso, nullo, in quanto caratterizzato da una causa/oggetto illecito. Per i riferimenti di teroria genrale si rinvia a E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico (*1943, rist. 1950), Napoli, rist. 1994, p. 193; cfr.

Come spesso si verifica nelle operazioni finanziarie internazionali in derivati[18], l'operazione negoziale è preceduta dalla emissione di un *bond* (nel, caso, il c.d. *Rialto Bond*). Nella prospettiva di effettuare la ristrutturazione di tale indebitamento obbligazionario, il Comune di Venezia si era determinato a estinguere lo *swap* collegato, ma ciò avrebbe comportato ingenti esborsi, in ragione del *mark-to-market* negativo.

Le banche proponevano quindi all'Ente di stipulare un IRS Collar che "assorbisse" il *mark to market* negativo della precedente operazione (ponendolo così, di fatto, a loro carico) alle condizioni della nuova operazione.

La sentenza in oggetto, intervenendo sul derivato stipulato a novazione del rapporto precedente, afferma l'invalidità dello stesso, per difetto di "*capacity*", intesa come capacità di agire. La decisione, pertanto, dichiara caducati gli effetti del contratto.

Il tema argomentativo della sentenza in commento può essere sintetizzato in tre punti:

A. Il vizio che causa invalidità è il difetto di *capacity*, non certamente la mancanza di causa del contratto derivato;

B. Per i giudici inglesi, un derivato stipulato da una banca, con valida licenza, sarà comunque valido, essendo irrilevante il profilo causale nel *common law.* Nell'appurare la *capacity* di un ente straniero, occorre fare riferimento alle norme che disciplinano quell'ente, in particolare se è pubblico. Nel caso di un ente pubblico, quindi, rilevano le norme del diritto pubblico italiano, sebbene sotto forma di integrazione di quelle nazionali;

C. La dichiarazione di invalidità di un derivato per difetto di capacità comporta l'applicazione delle regole di *unjust enrichment*, quanto alle somme di cui l'attore ha beneficiato, per effetto di un contratto dichiarato nullo. Questa azione, non essendo stata assoggettata, specificamente, alla legge italiana, è stata decisa in base al *common law* inglese, in quanto questo diritto era quello del Giudicante.

Sebbene la sentenza della High Court faccia ampi richiami di alcuni *dicta* italiani, il *ruling*, infatti, è certamente basato principalmente sul *governing law* inglese (e alla legislazione britannica) e i suoi principi, che restano estranei a quelli del diritto italiano.

L'argomento centrale, si diceva, è il difetto di *capacity*, argomentato su una serie di circostanze che di seguito si riportano.

Per quanto attiene al primo aspetto, per la legge dello Stato cui il contraente pubblico appartiene, il Comune di Venezia, non poteva sottoscrivere derivati con funzione diversa da quella di copertura. Questo veniva giustificato dall'esistenza di un *upfront*, tramite il quale veniva assorbito nel nuovo contratto un valore precedente e fortemente minusvalente (il MtM iniziale era notevolmente negativo. Il singolo contratto, infatti, comportava un ulteriore indebitamento per il Comune[19], indebitamento lecito, ai sensi dell'art. 119 comma 7 della Costituzione, solamente qualora fosse destinato a finanziare spese per investimenti (e non per estinguere un precedente contratto, per di più in forte perdita). In altri termini, la Costituzione italiana pone un vincolo di equilibrio finanziario superabile solo al ricorrere di determinate condizioni[20].

---

altresì Id., (voce) *Causa del negozio giuridico*, in *Nuov. Dig. It*., Torino, 1960, p. 32-40 spec. p. 33 e 37. Per l'ordine pubblico economico internazionale, cfr. V. Barba, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 2/2018, p. 403 ss.

[18] Sebbene ciò costituisca un concetto elementare, è bene ricordare che le *international financial transactions* sono costituite da tre grandi gruppi: *loan finance*; *structured finance* (ed anche cartolarizzazioni, dunque); *derivatives*. In tal senso, si permette di rinviare a M. Haentjens, P. de Gioia Carabellese, *European Banking and Financial Law*, *cit., passim*.

[19] Con questa decisione si conferma la tesi secondo cui l'upfront rappresenta un finanziamento (che crea indebitamento).

[20] Il contratto "rinegoziato" (un *collar*, nello specifico) era sensibilmente squilibrato in danno del cliente: il tasso minimo che il Comune avrebbe pagato non corrispondeva alla curva *forward* dei tassi all'epoca della stipula nel senso che il tasso *floor* corrispondeva a 5 volte il valore del *cap* (in quanto conteneva, tra l'altro, il costo di chiusura del precedente derivato minusvalente).

In proposito, è importante sottolineare che il giudice inglese ritiene il collegamento con l'ordinamento italiano imprescindibile nel caso concreto. Infatti, per il diritto inglese, il contratto derivato, sia esso di copertura (*hedging*) o non di copertura, è comunque un contratto valido, non avendo rilevanza il concetto di causa, tanto meno quella non razionale. Questo significa che è tale circostanza e la *capacity* a sostenere la decisione e, in nessun modo, la questione della "causa" come posta nell'ordinamento italiano[21]. Il giudice inglese, infatti, non ha in nessun modo acceduto alle distinzioni, spesso incomprensibili anche per il nostro diritto interno, tra causa speculativa e di copertura. A contrario, la sentenza in commento sembra rafforzare l'argomento della generale irrilevanza della "causa" del derivato nel diritto inglese, anche quando una parte del negozio sia una pubblica amministrazione italiana. Il giudice inglese, addirittura, si spinge ad argomentare che le norme in materia di causa presenti nel codice civile italiano (art. 2325, c.c., in particolare) non sono norme di natura inderogabile[22].

In secondo luogo, il giudice inglese, nel riconoscere l'applicabilità dell'art. 119, comma 7[23], Costituzione italiana, non consente che l'ente pubblico territoriale italiano possa sottoscrivere derivati[24]. Come è noto, la disposizione poc'anzi citata stabilisce che, più in generale, l'indebitamento

[21] Sulla interazione tra la causa del contratto e i motivi, cfr. M. Giorgianni, *Causa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 564 ss. Sulla connessa generazione di unaa causa "esterna" e concreta, cfr. G. B. Portale, *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria*, in G.B. Portale (a cura di), in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, p. 1044 ss. Sulla categoria del negozio con causa esterna; V. La Porta, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, in *Rivista del Notariato*, 1992, I, p. 136 ss.; M. Viale, *La fideiussione ed il contratto autonomo di garanzia*, in F. Galgano (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, p. 771 ss.

[22] Viene rigettata l'eccezione del comune di Venezia, ossia quella che l'operazione finanziaria in derivati intercorsa avesse violato norme inderogabili del diritto italiano, quali in particolare gli artt. 1322 e 1325, c.c. Cfr. paragrafo 350 della sentenza in commento. Nel successivo paragrafo 351, viene sottolineato quanto segue: "L'argomento di Venezia, secondo cui queste previsioni [articoli 1322 e 1325] costituiscono norme di natura inderogabile del diritto italiano è stato sollevato ad uno stadio molto avanzato della disputa; tuttavia, [questa Corte] concede al Comune di Venezia di avanzare questa argomentazione all'inizio del processo. La questione ha ricevuto poca attenzione dopo e non è stato oggetto di prova orale." (traduzione dall'inglese di chi scrive) Cfr. Paragrafo 352 della sentenza in commento.

[23] L'art. 119 co. 6 enuncia che "I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i princìpi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio. È esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti". Fra i diversi commenti sui rapporti M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazioni e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4/2017, p. 623.

[24] Il divieto di indebitamento per spesa corrente risale già al 2001 (l. cost. n. 3/2001). La l. cost. n. 1/2012 ha invece rafforzato il dirvieto, stabilendo l'obbligo dell'equlibrio generale per tutte le pubbliche amministrazioni, con una limitazione al legittimo ricorso all'idebitamento, con nuovi limiti interni (art. 81 Cost,) ed europei (art. 97 Cost.).

di tali enti non possa avvenire se non quale copertura di costi relativi a investimenti in essere[25], ma non in relazione a spese correnti[26].

Infine, secondo una prospettiva di *common law*, la *capacity* si misura sulla base di un chiaro documento interno dell'ente, pubblico o privato, il quale consenta di stabilire ciò che un determinato organo può fare, vincolando l'ente stesso.

Orbene, nel caso di specie, la *High Court* ha dichiarato la nullità dei contratti in discussione (si trattava di *interest rate swap*), soggetti alla legge inglese per scelta delle parti[27], sostanzialmente per tre ordini di motivi i quali sono in parte nuovi. Questi ultimi possono essere sintetizzati nel modo seguente:

1. È stata accertata la natura speculativa dei contratti che – come tali – non potevano essere sottoscritti da un Ente locale; la Corte, sul punto, si spinge a precisare che una Corte italiana, se investita della questione, avrebbe ritenuto l'operazione di tipo speculativo.
2. Essendo inglobato un *upfront*, tramite il quale veniva assorbito nel nuovo contratto un valore precedente e fortemente minusvalente (il MtM iniziale era notevolmente negativo), il singolo contratto comportava un ulteriore indebitamento per il Comune[28], indebitamento lecito, ai sensi dell'art. 119 comma 7 della Costituzione, solamente qualora fosse destinato a finanziare spese per investimenti (e non per estinguere un precedente contratto, per di più in

[25] Viene osservato in proposito: "Sull'altro versante, quello dei rapporti tra il centro e la periferia, la disciplina costituzionale persegue una duplice finalità. Contempera l'autonomia di entrata e di spesa riconosciuta ai poteri locali con l'equilibrio finanziario dei rispettivi bilanci (articolo 119, primo comma). Stabilisce una *"golden rule"*, consentendo che gli enti locali possano ricorrere all'indebitamento soltanto per finanziare spese d'investimento, e a condizione che sia rispettato — ancora una volta — l'equilibrio di bilancio; la rafforza, vietando ogni garanzia statale sui prestiti da essi contratti (articolo 119, sesto comma) Come spesso accade, la norma costituzionale è mossa dall'intento di evitare il ripetersi di quanto è accaduto in passato, cioè il rapido incremento del debito pubblico delle regioni e degli enti locali per contrarre spese di tipo corrente". Cfr. G. Della Cananea, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, in *Diritto Amministrativo*, 2021, (3)1, pag. 533. Cfr. F. Cortese, *Le Regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2023,1, pag. 335; S.M. Ronco, *Imposizione tributaria, debito pubblico e politica monetaria: equità inter-generazionale e tutela del risparmio tra politica economica e governance economica europea*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2022, 1, p. 44; L. Gianniti, *Le sessioni di bilancio del 2018, del 2019 e del 2020: procedure di bilancio, poteri del Parlamento, rapporti con l'Unione Europea*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 2020, p. 3323.

[26] In proposito, due sembrano gli aspetti principali affrontati e risolti: il primo, sopra indicato sub. a., focalizza la natura speculativa o prevalentemente speculativa dei contratti "ristrutturati" (o "rinegoziati"), il secondo - connesso e consequenziale al primo e sopra indicato sub. b. focalizza la violazione dell'art. 119 comma 7 della Costituzione che limita la liceità per gli Enti Locali di ricorrere all'utilizzo di contratti derivati solo per finanziare spese di investimento.
Tra questi due aspetti, funge da perno la citata presenza di un *upfront* ritenuto, come già precisato dalla Cassazione a sezioni unite 12.5.2020 n. 8770, un "indebitamento" o, se si preferisce, un ulteriore indebitamento per il Comune. Peraltro, in sede di disamina teorica, si ritiene di dare una interpretazione di questa norma non allineata alla dottrina italiana prevalente. La norma costituzionale, ad avviso di chi scrive, non sancisce un divieto di stipula di derivati, tanto speculativi che di copertura. Si tratta per contro di norma tecnico contabile, che sembra più indirizzata alle strutture interne dell'ente e dell'apparato più generale dello Stato, ma non cogente nei rapporti con i terzi. La modifica costituzionale in oggetto, non è un caso, si raccorda con la legge che ha rinverdito la responsabilità da danno erariale dell'ente, a carico del funzionario che, per dolo o colpa, per effetto di una propria condotta, inclusa quella contrattuale, abbia cagionato danno all'ente. In merito a tale responsabilità da danno erariale, proprio in relazione ai derivati, cfr. P. de Gioia Carabellese, S. Davini, *Derivati, danno erariale e un obiter dictum sulla causa del contratto speculativo,* in *Giurisprudenza Commerciale*, 2022, 202-227. Sulla tematica del danno erariale dal punto di vista del *common law* inglese e della legislazione britannica, cfr. P. de Gioia Carabellese, *Il danno erariale nel common law inglese*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2021, 85-93.

[27] Di recente, infatti, la medesima Corte (sentenza 12 ottobre 2021 *cit.*), aveva dichiarato legittimo uno *swap* stipulato dal Comune di Busto Arsizio nel 2007, quindi coevo al caso di Venezia, retto dal diritto italiano ma assoggettato al giudice inglese. In tale circostanza venne esaminata anche la compatibilità con il disposto dell'art. 119 comma 7 Cost. e la conclusione fu che l'IRS in esame non fosse di per sé nullo ma che andasse approfondito caso per caso. La sentenza, poi, si sofferma sulla nota vicenda degli scenari probabilistici, sui costi occulti e sul *mark to market* (di seguito MtM) che vennero, però, ritenuti - contrariamente alla decisione delle Sezioni Unite del 2020 - elementi non essenziali del contratto.

[28] Con questa decisione si conferma la tesi secondo cui l'*upfront* rappresenta un finanziamento (che crea indebitamento).

forte perdita); in altri termini, la Costituzione italiana pone un vincolo di equilibrio finanziario superabile solo al ricorrere di determinate condizioni.

3. Il contratto "rinegoziato" (un *collar*, nello specifico) era sensibilmente squilibrato in danno del cliente: il tasso minimo che il Comune avrebbe pagato non corrispondeva alla curva *forward* dei tassi all'epoca della stipula nel senso che il tasso *floor* corrispondeva a 5 volte il valore del *cap* (in quanto conteneva, tra l'altro, il costo di chiusura del precedente derivato minusvalente)[29].

Prima di analizzare nel dettaglio le motivazioni, occorre chiarire cosa sia questo concetto di *capacity,* da un punto di vista di ordinamento giuridico anglo-gallese.

La legge assume che tutte le parti che sottoscrivono un contratto ne abbiano il potere. In alcuni casi, la legge inglese stabilisce restrizioni sulla capacità di un certo numero di soggetti a far parte di relazioni contrattuali. Tali limiti, peraltro, non sono stabiliti in chiave sanzionatoria, ma protettiva del soggetto limitato. Il rimedio collegato a tale funzione di protezione, elaborato in forza dell'*equity* (teoricamente, il *common law* non ha alcun istituto giuridico che vada a tutelare gli incapaci), è la "*restitution*".

L'ordinamento inglese, peraltro, varia approccio a seconda che la persona sia una *natural person*, ovvero un' *artificial person*, un ente pubblico ovvero privato[30]. Il caso tipico del minore che ha sottoscritto un contratto senza averne la capacità consente allo stesso di invalidarlo. Il problema che si pone, tuttavia, è quello della restituzione di quanto ricevuto dal minore stesso. Teoricamente, il *common law* non ha alcun istituto giuridico che vada a tutelare la controparte dell'incapace. In relazione a ciò, l'ordinamento dell'*equity*, ha sviluppato il rimedio della *restitution*. Ad esempio, questo è attivabile contro il minore che abbia ottenuto beni per *by fraud*, attraverso una truffa, e rimanga nel possesso degli stessi. Un ulteriore rimedio, nello *statute* inglese, è quello che si basa sul *Minors' Contracts Act 1987*, ove la Corte può ordinare la restituzione della proprietà (anche quando non vi sia *fraud*).Traslando il tema della capacità dal minore, o dal soggetto in stato di ebrezza (circostanze poco verosimili in tema di derivati), agli enti, nel diritto inglese si fa la seguente distinzione: (a) le *Chartered entities* (entità pubbliche o quasi, come la BBC, the Bank of England,) costituite per *Royal charter*, ossia un atto formale del monarca; (b) le entità di tipo legislativo (*statutory*) costituite ai sensi del *Companies Act 2006*. Esse possono essere private, ovvero pubbliche, con responsabilità dei soci limitata da azioni ovvero da garanzia.

Proprio in relazione alle società, si è sviluppata nel *common law* la risalente *ultra vires doctrine*[31], affermatasi alla fine del XIX secolo. La capacità di una società è limitata dal suo oggetto (*objects clause*) previsto nell'atto costitutivo (*memorandum of association*)[32] che è depositato presso il

---

[29] Ciò è chiaramente affermato nella sentenza che si commenta: "*L'interpretazione del termine "capacità" ai fini della norma è* […] *in ultima analisi una questione di politica. A mio avviso, è importante ricordare lo scopo della norma, che è quello di determinare quali sistemi legislativi saranno utilizzati, in base alle norme di conflitto inglesi, per decidere se una "società" ha la capacità di esercitare il diritto legale di stipulare un contratto vincolante con un terzo. Se questo riassume accuratamente lo scopo della norma, allora ritengo, seguendo l'approccio di Auld LJ nella causa Macmillan [1996]1 WLR 387, che al concetto di "capacità" debba essere attribuito un significato più ampio, "internazionalista", e non debba essere limitato alla definizione ristretta data dal diritto interno inglese.*".

[30] Nei sistemi di *common law*, con l'espressione *artificial person* si fa riferimento al concetto di persona giuridica.

[31] Si rimanda in tal senso allo storico trattato, S. Brice, *Treatise on the Doctrine of Ultra Vires*, London, 1846. Il caso di scuola, nel *common law*, è *Ashbury Railway Carriage Co Ltd v Riche* (1875) LR 7 HL 653. In quel caso, una società era stata costituita con un oggetto definito (esercitare l'attività di ingegneria meccanica, e di costruire e vendere carrozze e apparati). Per contro, dopo che la soci*età* era già costituita, fu firmato un contratto per la costruzione di reti ferroviarie. Nella controversia che scaturì, fu statuito che tale contratto era invalido (*void*), in quanto *ultra vires*.

[32] Nella sua versione più moderna, la *ultra vires doctrine* è analizzata in P.L. Davies, S. Worthington, *Gower. Principles of Modern Company Law*, 10° ed., London, 2016, 172-173. Va notato che, nella versione più recente della legislazione societaria britannica, l'oggetto sociale (la *object clause*) è *unrestricted*, non limitata. In altre parole: *"A meno che non decida diversamente, l'oggetto della società sarà illimitato, dunque avrà capacità illimitata.*" (*ibidem*, 173) (traduzione dall'inglese di chi scrive) Sulla *object clause* e l'*articles of association*, atto costitutivo, cfr, anche da un punto di vista

Companies House, ossia il registro delle imprese in essere presso ciascuno dei tre ordinamenti giuridici britannici. Tali previsioni legislative sono finalizzate a proteggere investitori, creditori, e parti terze che operino con la società. Prima del *Companies Act 1989*, un contratto *ultra vires* non poteva essere ratificato nemmeno dagli *shareholders*[33].

Con riferimento ai derivati inglesi si richiama il caso *"Hazell"*[34], degli anni '90, che consentì a due *borough* londinesi (dunque, due enti locali) di ottenere l'invalidazione di un contratto derivato, in quanto le *bylaws* dell'ente locale, prevedevano che i derivati potessero essere stipulati solo con finalità di copertura (*hedging*) e non per finalità di rischio[35].

In buona sostanza, Oltremanica, la questione della *"cause"* del contratto è irrilevante poiché l'aspetto rilevante attiene al rispetto delle regole prodromiche in tema di *capacity*. Quest'ultima, infatti, rappresenta un requisito oggettivo che svolge funzione di protezione analoghe a quella della causa nel diritto italiano.

Nel caso di specie, il diritto inglese e le leggi britanniche, come integrate dal diritto italiano, consentono di affermare che il *Council*, il Comune, non aveva capacità[36], in particolare per l'esistenza di norme costituzionali italiane, più o meno chiare, che limitano l'agere dell'ente, ma non la causa del contratto.

La seconda parte della sentenza riguarda le conseguenze della declaratoria di invalidità. Nel diritto inglese, come in quello italiano, si rinviene il concetto di *unjust enrichment*. Se un soggetto si è arricchito, e un altro impoverito, per effetto di una relazione contrattuale insussistente (in questo caso, dichiarata *ex post* invalida), è *trite law*, è diritto consolidato, in Oltremanica, che le somme o prestazioni di cui la parte che ha invocato l'invalidità ha beneficiato, possano, anzi debbano, essere restituite. Anche in questo caso non vi è nulla di nuovo, non vi è alcun *revirement*, soltanto l'applicazione delle regole circa il concetto giuridico di *unjust enrichment*[37]. Se il diritto inglese non

---

dei *practitioners* di Oltrremanica, M. McLaughlin, J. Anderson, *Incorporating and Disincorporating a Business*, Haywards Heath, 2014; R.H. Jones, *Incorporating a Business*, 3° ed., Haywards Heath, 2008;

[33] Né poteva una parte terza attivare in giudizio tale contratto, pur nella consapevolezza della natura *ultra vires* dell'operazione societaria. Cfr. *Re Jon Beauforte Ltd [1953] Ch 131.*

[34] Più precisamente, *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council* [1992] AC 1(HL). La letteratura su questo caso è abbondante, in quanto si tratta di un *landmark case*., cfr. P. de Gioia Carabellese, *Derivatives" in the light of the Recent Financial Crises (Lehman Brothers) and through Glimpses of Comparative Analysis,* in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2010(3), 234-257

[35] Una *local authority* aveva sottoscritto degli accordi di *interest swaps*, che comportavano la speculazione sull'aumento e la discesa dei tassi di interesse. Controparti erano due enti locali. Un *auditor* del *Council* mise sotto indagine tali contratti, nell'ambito dei suoi poteri di controllo, in quanto erano al di fuori dello scopo dello stesso. La *House of Lords* emise una *declaration*, un ordine, secondo cui tali operazioni erano nulle, in quanto non potevano considerarsi accessorie rispetto alle funzioni dell'Autorità locale. Una descrizione, seppur succinta, del caso si ha in E.P. Ellinger, E. Lomincka, C.V.M. Hare, *Ellinger's Modern Banking Law,* 5° ed., Oxford, 2011, 247-248. Sulle *local authorities*, in particolare dal punto di vista fiscale, nel Regno Unito, cfr. A.F. Uricchio, P. de Gioia Carabellese, *La Council Tax nel Regno Unito come modello per la finanza locale italiana*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2023, 69-78

[36] Sembra però fuori luogo affermare, che il giudice abbia ritenuto necessario richiamarsi alla giurisprudenza italiana. Ad essere evocato è il diritto positivo italiano, non la giurisprudenza, come strumento "statutario" di definzione della capscità dell'ente. Piuttosto, è la giurisprudenza italiana che risente dell'influenza di quella britannica in tema di capacità. Già la n. 8770/2020 delle Sezioni Unite che si allineava al caso "*Hazell*". Cfr. P. de Gioia Carabellese, S. Davini, *Derivati, danno erariale e un obiter dictum sulla causa del contratto speculativo*, *cit.*, 202-227; P. de Gioia Carabellese, *Derivati e danno erariale da consulenza*, *cit.*, 71-79.

[37] Il concetto di *unjust enrichment*, nel *common law*, è particolarmente rifiorito nella letteratura giuridica australiana. Cfr. S.J. STOLJAR, *The Law of Quasi-Contract*, 2° ed., Melbourne, 1999; S. Degelling, J. Edelman, *Unjust Enrichment in Commercial Law*, Sidney, 2008; K. Barker, R. Grantham, *Unjust Enrichment*, Chatswood, 2018. Ad ogni modo lo stesso è connaturato al diritto inglese (A. Burrows, *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford, 2013; T. Baloch, *Unjust Enrichment and Contract*, London, 2009) e scozzese (per tutti, R. Evans-Jones, *Unjustified Enrichment: Enrichment by Deliberate Conferral: Condictio*, I, Edinburgh, 2003; R. Evans-Jones, *Unjustified Enrichment: Enrichment Acquired in Any Other Manner,* II, Edinburgh, 2003), ove peraltro viene chiamato in forma leggermente

fosse stato avocato dalla *HC*, il diritto applicabile sarebbe stato quello italiano, che comunque prevede la ripetizione di indebito. La sostanza è comunque che, a partire dalla declaratoria di nullità, un certo ammontare di somme deve essere restituito alle banche contraenti, nel caso in esame due.

Dopo la conclusione del contratto derivato, le banche avevano fatto affidamento sulla loro validità: esse avevano stipulato quasi contestualmente con altre controparti bancarie, dei *back to back swap*, ossia dei derivati di copertura, di segno "uguale e contrario" a quelli sottoscritti con l'Ente. Alla luce di questo, dunque, le stesse somme devono essere rigurgitate a beneficio delle banche contraenti.

La procedura appena descritta rappresenta, da secoli, la dinamica normale dell'*unjust enrichment* (concetto esistente in Inghilterra, ma anche in Scozia): sembra poco credibile pensare che sul punto il giudice inglese sia stato persuaso dal giudice italiano, tanto meno dalla dottrina italiana.

Pertanto, la vicenda della controversia sul derivato, fra Comune di Venezia e due banche internazionali, può essere sintetizzata individuando quattro punti fondamentali.

A. Il profilo di invalidità del derivato è stato individuato del parametro della capacità, *capacity*, ma non sulla base di una causa del derivato. Per i giudici inglesi, un derivato stipulato da una banca, con valida licenza, sarà comunque valido, essendo irrilevante il profilo causale nel *common law*.

B. Nell'appurare la *capacity* di un ente straniero, un riferimento va necessariamente fatto anche alle norme che disciplinano quell'ente, in particolare se è pubblico. In questo caso, le norme, italiane, ritenuta tale da inficiare la *capacity* dell'ente sono state anche quelle, italiane, considerate non chiare, sia della Costituzione italiana, che di quelle di cui al TUEL.

C. La dichiarazione di invalidità di un derivato per difetto di capacità comporta l'applicazione delle regole di *unjust enrichment*. Ciò vale soprattutto per le somme di cui l'attore abbia beneficiato, per effetto di un contratto dichiarato nullo, ma non per quelle successiva alla data in cui una sentenza della Suprema Corte di Cassazione, quella "Cattolica", non ha più lasciato dubbi circa la portata delle disposizioni italiane in tema di derivati della P.A.[38]

D. Questa azione, non essendo stata assoggettata, specificamente, alla legge italiana, è stata decisa in base al *common law* inglese, in quanto questo diritto era quello del Giudicante.

3. L'oggetto del contratto derivato fra Italia e UK

Le "Sirene" italiane della dottrina, insistono sulla questione della causa razionale ovvero irrazionale dei derivati. Definire speculativi i derivati, peraltro, sembra un *lapsus* Freudiano. Nel diritto inglese, dove i derivati sono nati, i derivati sono tutti "speculativi", con ciò intendendosi che essi non hano un un valore in sé, ma a "*speculum*" cioè dipendente da un sottostante[39].

---

diversa, *unjustified enrichment*. La *change of position*, dunque, non costituisce nulla di nuovo, nella sentenza sui derivati in commento.

[38] Cfr. Paragrafo 286 della sentenza in commento. "Come [questa Corte ha già osservato], le Banche fanno affidamento sulla Decisione n. 3174 del 2017 [del Consiglio di Stato], ma [questa Corte] non accetta tale argomentazione per le ragioni stabilite ai paragrafi 241-244. [Questa Corte] pertanto conclude che la Suprema Corte in *Cattolica* stabilisce che solo alcune transazioni di swap cadono nell'Articolo 42(2)(i) del TUEL [paragrafi 248-254] e che la [Corte] accetta solo Cattolica quale *decisum* che stabilisce lo stato dell'arte della legge italiana sul punto (paragrafi 255-257). [Questa Corte] ha maggiore risultanza ad arrivare a questa conclusione in merito alla questione dell'Articolo 41(2)(i), piuttosto che nel contesto [dell'argomento sull'indebitamento] [*Indebtedness Argument*], per le ragioni già identificate ai paragrafi 285 sopra. Inoltre, *Cattolica* è stata seguita a tal proposito da seguenti decisioni: Corte d'Appello di Venezia nella decisione n. 696 del 2022; Corte d'Appello dell' Aquila nella decisione n. 576 del 2021; Corte d'Appello di Roma nella decisione n. 6894 del 2021: Corte dei Conti del Lazio nella decisione n. 42 del 2022."

[39] Gli stessi derivati che hanno uno scopo di copertura (*hedging*) non costituiscono un'autonoma categoria contrattuale, quanto piuttosto una tipologia contabile. Il punto specifico è tuttavia controverso.

In secondo luogo, si riconosce che tratto tipico dei contratti derivati sia la natura di "scommessa"[40]. I contratti di scommessa, che in inglese e nel *common law* di Oltremanica possono essere definiti, in modo articolato, *gaming, betting* e *wagering contracts*, sono *"null and void"*, principalmente per ragioni di ordine pubblico (*public policy*)[41]. Il *Gaming Act 1968*, per contro, ha sottratto i derivati a tale regime nell'ipotesi in cui la controparte sia una banca ovvero un intermediario finanziario[42], rendendo il contratto valido.

A prescindere dalla qualificazione del soggetto, ossia, sia esso un ente pubblico (come fu il *Borough* londinese le cui vicende processuali resero famose al mondo quelle dei derivati, e forse anche la loro esistenza, a chi non fosse un esperto di diritto finanziario) ovvero un ente privato, la questione rimane fondamentalmente la stessa. La domanda da porsi è se un *signatory*, un firmatario del contratto, abbia agito *ultra vires*, ovvero nell'ambito dei poteri. Nella disciplina dei *Councils* e altre entità pubbliche, la risposta va cercata nelle *bylaws*, documenti costitutivi di quell'ente, senza peraltro che il potere possa essere ritenuto implicito[43].

La scriminante, dunque, è stata individuata da tempo nel carattere di copertura ovvero di non copertura del derivato, che comunque di per sé è già contratto speculativo. Il contratto derivato, da un punto di vista di *common law* inglese, non ha causa, né deve averla, in quanto manca una teoria della causa del contratto, nei sistemi dei contratti di Oltremanica.

È un contratto che ha però un contenuto speculativo, nel senso di simile ai contratti di scommessa che beneficiano dell'eccezione di gioco, nel *common law*. Tale eccezione, tuttavia, come detto, è esentata da decenni, proprio per quei contratti, come il derivato, stipulati con l'intervento di un ente creditizio.

4. La volontà a stipulare il derivato, anche nel *common law* inglese.

Quello del derivato con il Comune di Venezia non è il solo che si presta a interpretazioni creative della dottrina italiana, ma anche a statuizioni molto astratte della sua giurisprudenza.

Un caso recente è quello dei derivati impliciti. Anche in questo caso la controversia emarginata è retta dal diritto inglese, dunque il suo *common law* e la legislazione britannica. Il giudice di appello aveva ritenuto che un *leasing* avrebbe potuto essere qualificato, quanto meno per una parte dello stesso, derivato implicito.

Questa tesi è stata tuttavia già posta sotto attacco da chi scrive.

In primo luogo, la domanda che si pone una Corte inglese è quale sia la volontà delle parti. Non vi è dubbio che l'accordo voluto è quello di derivato. Le negoziazioni hanno avuto ad oggetto un contratto derivato, e sebbene nel *common law* non sussista un concetto di causa[44] l'oggetto del

---

[40] A. Hudson, *The Law of Financial Derivatives,* 6° ed., London, 2012, 446-447. La ragione principale per cui i derivati sono visti come scommessa nel *common law* inglese è che *"the amount payable under a cash-settled derivative involves taking a bet on the outcome of some underlying price or index. la stessa dottrina suggerisce che il contratto sia un derivato allorquando "[..] due persone, professando di tenere proprie valutazioni che tocchino la tematica di un futuro incerto evento, concordano mutualmente che, in relazione alla determinazione di tale evento, uno vincerà a danno dell'altro [..] una somma di denaro." (traduzione dall'inglese di chi scrive).*

[41] Il contratto unilaterale (*Carlill v The Carbolic Smoke Ball Company)* [1892] 2 Q.B. 484 al paragrafo 490, è *unforceble*

[42] Cfr. anche il successivo paragrafo 6.

[43] Questo divieto di desumere poteri impliciti per l'ente stipulante, oltre quanto non sia previsto nei contratti, è stato sancito da *Credit Suisse v Waltham Forest* [1996] 4 All E.r. 176 al paragrafo 184. Anche in *Sutton LBC v Morgan Grenfell* (1997) 6 Bank L.R. 156, simile principio fu sancito. Anche nel vicino (geograficamente) *common law* scozzese, il divieto di desumere implicitamente, in capo al derivato, poteri impliciti, è stato sancito da un unico, ma significativo *dictum*, *Morgan Guaranty Trust Co of New York v Lothian Regional Concil* [1995] S.L.T. 299.

[44] *Mutatis mutandis*, ma in modo superficiale, si potrebbe obiettare che Oltremanica vi è la *consideration*, quale requisito per la validità del contratto. Ciò non è nemmeno vero, in quanto in Scozia, un *common law*, bensì con radici romanistiche, ma pur sempre un *common law*, non richiede la *consideration* quale requisito per la validità del contratto. Cfr., per tutti,

contratto per certi versi è riconosciuto, dovendo sussistere, fra *proposal* e *acceptance*[45], un' *eadem res*, un consenso su di un medesimo oggetto[46].

In secondo luogo, la clausola contrattuale, la specifica *clause*, in questo contesto, avrebbe sì una funzione rilevante, solo nel senso di definire la prestazione di una delle parti. Appare arduo, nel *common law*, che un *undertaking* possa assurgere a specifico contratto, addirittura un contratto di natura diversa, non più bancario, ma di investimento, con un *body of law*, con una *sedes materiae* completamente diversa[47]. Esiste nel diritto inglese la categoria degli *implied terms*, delle clausole implicite nel contratto, in mancanza di previsione espressa delle parti[48]; peraltro non vi mai stata in tema di contratti bancari e di investimento una teoria dell'*implied contract*, desumibile da una isolata clausola presente in un contratto con una funzione ben definita[49].

H.L. MacQueen, *MacQueen and Thomson on Contract Law in Scotland*, 5th ed., Bloomsbury, Edinburgh, 2020, *passim*. Si veda anche, in chiave più storica, W.W. McBryde, *The Law of Contract in Scotland*, 3° ed., Edinburgh, 2007, 99-137.

[45] Per quanto riguarda la disciplina del contratto, da un punto di vista di *common law* scozzese, non inglese, cfr. J.A.K. Huntley, *Contract: Cases and Materials*, 3° ed., Edinburgh, 2015, p. 4.

> *"An obligation is contractual only if it is voluntarily undertaken. Thus an obligation imposed by statute could never form the basis of a contract, nor give rise to contractual remedies if breached. That obligation would arise from the authority of the statute itself, which normally will also stipulate the consequences of failing to comply. Similarly, obligations imposed by the law of delict, such as that imposed on a driver of a vehicle not to drive negligently, are not voluntarily assumed. A person may own to another an obligation, voluntarily assumed; but it will only be contractual obligation if it is based on the consent of both parties. Contracts are therefore voluntary obligations which are based on agreement. The essentially consensual nature of contract was emphasised by the Institutional writers. According to Stair, "Conventional [contractual] obligations do arise from our will and consent"* (Erskine, *Institute*, I.x.1.)

Per altri testi in inglese, fr. G. Black, *Woolman on Contract*, 5° ed., Edinburgh, 2014. Sul concetto di obbligazioni, *obligations*, nei "diritti" di Oltremanica, in particolare quello scozzese, cfr. M. Hogg, *Obligations*, 2° ed., Edinburgh, 2016. Viene enfatizzato quanto segue:

> *"Scots law derives its concept of obligation from Roman law. An obligation is a legal tie (juris vinculum) by which one of more parties is bound to perform or refrain from performing specified conduct. An obligation thus imposes upon a party the duty to perform (or refrain from performing), and simultaneously creates a corresponding right to receive performance on the part of the party to whom such performance is to be tendered. Strictly therefore the term obligation encompasses both the duty and the corresponding right"* (*ibidem*, p. 1).

[46] Da un punto di vista di definizione del contratto nel diritto inglese, si richiama il "perimetro" tracciato dalla dottrina, in particolare Professor Treitel: "*un contratto è un accordoil quale dà luogo a obbligazioni attivabili ovvero riconosciute dalla legge. Il fattore che distingue le obbligazioni contrattuali dalle altre obbligazioni di natura legale è che le stesse sono basate su di un accordo delle parti contraenti. Questa proposizione rimane generalmente vera, anche se la stessa è soggetta a un numero di importanti qualificazioni.*" traduzione dall'inglese di chi scrive, E. Peel, *Treitel. The Law of Contract*, 13° ed., London, 2011, p. 1. Quanto a quest'ultima, l'offerta è: "Una espressione di volontà a contrarre su specifici termini, fatta con l'intenzione che la stessa diventerà vincolante appena sia accettata dalla persona alla quale sia rivolta". Sulla vasta letteratura di diritto inglese in tema di contratti, per tutti cfr. E. McKendrick, *Contract Law*, 14° ed., London, 2021. Sullo specifico tema dell'interpretazione, cfr. K. Lewison, *The Interpretation of Contracts*, 7° ed., London, 2021.

[47] Cfr. A. Burrows, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016.

[48] Queste clausole possono ritenersi implicite per circostanze di fatto (*as a matter of fact*) e per circostanza di legge (*as a matter of law*). Più in generale, aiutano a dar senso all'accordo contrattuale, a farlo operare con efficienza, ma le Corti inglesi non riscrivono un contratto che non vi è, né riscrivono un contratto scritto male *ab imis*. In *Liverpool CC v Irwin* [1977], la (allora) *House of Lords* statuì che i contratti oggetto di controversia, in questo caso quelli che comportano la locazione (*lease*) di appartamenti in un palazzo potrebbe avere un termine implicito in diritto (*as a matter of law*): in particolare potrebbe essere implicito che il Comune (il *Council*), quale proprietario, dovrebbe comunque tenere le aree in buone condizioni.

[49] Va detto che, solo nell'*employment law* - che nel Regno Unito costituisce parte del *business law* - vi sono stati *dicta* che hanno riconosciuto un *implied contract*, in tema di lavoratori di agenzia; è stata tuttavia una "stagione" molto breve degli anni 2000, superata dal 2009 in poi. Cfr. *Motorola Ltd. v Davidson & Melville Craig Ltd [2001] IRLR 4*. Il Sig. Davidson adempieva i propri doveri a beneficio di Motorola e ciò avvenne in modo continuato per quattro anni. Tuttavia, era pagato da Melville Craig, l'agenzia di lavoro, che forniva le sue prestazioni a Motorola. L'Employment Appeal Tribunal (dunque, l'appello) statuì che la società cliente (Motorola) esercitava sufficiente controllo sul lavoratore, e questo

La volontà delle parti tende a essere sovrana, e dispotica sarebbe avvertita la condotta della Corte, che si sostituisse alle stesse. Ovviamente, il giudice inglese è facilitato in questo, non avendo la *bête noire* della buona fede[50].

In terzo luogo, il corretto rapporto bilanciato fra *agreement*, accordo, e *undertaking*, non dovrebbe suggerire, né autorizzare, il giudice a desumere un nuovo contratto dal secondo, una mera clausola, sebbene contenente un impegno vincolante, quanto piuttosto ad applicare il pertinente istituto giuridico: un vizio della volontà, la *misrepresentation*, ove la banca, quale potenziale *misrepresentor,* non abbia correttamente rappresentato al cliente un meccanismo economico che incide sulla sua prestazione[51].

Altro istituto cui si può fare riferimento è quello, inglese ma non scozzese, della *undue influence*, elaborato nel sistema giuridico dell'*equity*[52].

In generale, la *undue influence* opera ove esista una relazione fra le parti, *parties*, la quale è stata sfruttata oltremodo da una per ottenere un ingiusto vantaggio. La *undue influence* è divisa fra *actual undue influence*, dunque indebita influenza reale, e *presumed undue influence*, dunque presunta. La prova circa il fatto che una indebita influenza è stata esercitata rende il contratto *voidable*, annullabile.

È bene precisare che la *influence*, ossia l'attività volta a influenzare l'altra parte alla stipula del contratto, di per sé è accettabile: è quando la stessa diventa *undue* che il diritto interviene. In generale, la Condotta in esame può indicare alcune scorrettezze, *impropriety*, da parte dell' *influencer*. Tuttavia, l' *influence* diventa *undue*, poiché vi è uno sbilanciamento di potere fra le parti che è stato usato illegittimamente dall'*influencer*. Il livello d' influenza deve essere stato tale che la parte influenzata ha perso la sua autonomia nel decidere se stipulare un contratto o meno.

Il caso di scuola è quello di *Allcard v Skinner*[53]. Il *claimant* aderì a un gruppo religioso, ma successivamente trasferì tutti i suoi attivi allo stesso gruppo. Qualche tempo dopo aver lasciato la

---

dava luogo alla sussistenza di una relazione di lavoro fra lui e Motorola. In modo simile il caso *Montgomery v Johnson Underwood Ltd* [2001] IRLR 269.

[50] Nella teoria generale del contratto inglese, il principio di buona fede, *"good faith"*, non è storicamente riconosciuto. Ciò vale per le negoziazioni che portano alla conclusione del contratto e per la responsabilità che ne possa discendere. In questo caso, i relativi principi sono quelli inferibili dal caso *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128. In particolare le affermazioni di Lord Ackner: *«Il concetto di un dovere di condurre negoziazioni in buona fede è intrinsecamente ripugnante al concetto delle posizioni avverse delle parti allorquando siano coinvolte in una negoziazione. Ciascuna parte che partecipa alle negoziazioni ha titolo a perseguire il suo proprio interesse. Al fine di avanzare quell'interesse la parte deve avere titolo, se ritiene ciò appropriato, a minacciare di recedere da ulteriori negoziazioni ovvero di recedere realmente nella speranza che la parte opposta possa cercare di riaprire le negoziazioni offrendo termini migliorativi. …[C]ome un venditore possa mai sapere che ha titolo a ritirarsi da future negoziazioni? Come una Corte possa controllare tale "accordo"? Un dovere di negoziare in buona fede è non funzionante nella pratica in quanto è oggettivamente incoerente con la posizione di una parte contraente. … A mio giudizio, quando le negoziazioni sono in essere ciascuna parte ha titolo di recedere da tali negoziazioni, al tempo che ritenga [opportuno] e per ogni [qualsivoglia] ragione. Non vi può essere dunque alcuna obbligazione a continuare a negoziare finché vi sia una "ragione propria" a recedere»* (traduzione dall'inglese di chi scrive). In altre parole, ogni condotta di una parte durante le fasi che precedono la conclusione del contratto non dà sostanza ad alcuna obbligazione di una parte nei confronti dell'altra. E. McKendrick, *Contract Law,* 5° edn, London, 2003, p. 268.

[51] In questo caso, verrebbe in rilievo non solo la *fraudulent misrepresentation*, dunque quella riconducibile a una chiara manifestazione di volontà volta a carpire la volontà della controparte, ma anche quella innocente, ossia della parte che decide di non parlare, sebbene vi fosse un obbligo a farlo. Sui *dicta* relativi alla prima, cfr. *Derry v Peek* (1889) 14 App Cas 337*, caso* connesso a una potenziale falsa rappresentazione *ante litteram* in un prospetto. La *negligent misrepresentation*, non esistente fino a tempi relativamente brevi, è riconducibile al caso *Spice Girls* Ltd *v Aprilia* World Service BV [2002] EWCA Civ 15.

[52] Da un punto di vista di *contract law*, un'analisi della *undue influence* nel *common law* inglese può leggersi in E. McKendrick, *Contract Law*, 14° ed., *cit.*, 342-353; Id., *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, 10° ed, Oxford, 2022, 639-666.

[53] (1887) 36 Ch D 145. La *undue influence*, riferita ai rapporti bancari, è analizzata in G. McMeel, J. Virgo, *Financial Advice and Financial Products. Law and Liability*, Oxford, 2001. Sempre con riferimento alle *"securities"* (garanzie), il tema è trattato da A. Malek, J. Oddgers, (general ed.), *Paget's Law of Banking*, 14° ed., London, 2014. La *undue*

setta, cercò di riottenere la proprietà di tali bene. Fu statuito che tale dono, poiché non sembrava essere stato trasferito in modo ragionevole, poteva essere stato inficiato da *undue influence*. Nel concreto peraltro l'azione fu rigettata, per prescrizione, anche se il principio (*undue influence*) fu affermato quale esistente nel *common law* inglese.

Vi sono relazioni che danno luogo, potenzialmente, ad una possibile *undue influence* più di altre. Il rapporto fra genitore e figlio, ovvero curatore (*guardian*) e incapace (*ward*). Il rapporto fra *trustee* e *beneficiary*; fra *solicitor* e cliente; fra medico e paziente; fra assistente spirituale e seguace; fra fidanzato e fidanzata.

Questo aspetto è stato considerato molto significativo in un passato non troppo lontano nelle controversie fra banca che aveva acquisito una garanzia personale (b*eneficiary*) e coniuge - spesso donna - che aveva rilasciato tale garanzia (il *guarantor*) a favore del coniuge - spesso uomo - debitore di cassa della banca (il *guaranteed*). In tale contesto, il *guarantor* riuscì a ottenere l'invalidazione del rapporto accessorio di garanzia, sulla base del fatto che lo stesso era il frutto non di un vizio della volontà, ma di una pressione.

Il caso di scuola, nel common law inglese, è costituito da *Royal Bank of Scotland v. Ettridge*[54] . Il caso "*Ettridg*e" è importante, anche perché Lord Nicholls, nello stesso, stabilisce i prerequisiti affinché scatti la *undue influence*[55].

Il primo prerequisito è che l'attore deve dimostrare di aver riposto "*trust and confidence in the other party in relation to the management of financial affairs*"[56]. In certe relazioni, tale fiducia deve quasi presumersi in modo *iuris et de jure*.

In secondo luogo, la figura contrattuale che viene posta in essere deve essere quella che richiede per definizione una spiegazione, proprio per la peculiarità del rapporto. Ad esempio, non è usuale che

---

influence, riferita ai rapporti bancari, è analizzata in G. McMeel, J. Virgo, *Financial Advice and Financial Products. Law and Liability*, Oxford, 2001. Sempre con riferimento alle *"securities"* (garanzie), il tema è trattato da A. Malek, J. Oddgers, (general ed.), *Paget's Law of Banking*, 14° ed., London, 2014.

[54] [2002] 2 AC 773 (HL). Prima ancora di *"Ettridge"*, come il caso viene spesso riferito, vi era stato *Barclays Bank Plc v O'Brien*, [1994] 1 AC 180 (*House of Lords*). O'Brien era un commercialista, e deteneva anche una partecipazione nella società in cui era revisore contabile. La società si trovò in difficoltà finanziarie e la banca desiderava, prima di finanziare la società, di trovare una garanzia per i debiti societari. O'Brien offrì la casa matrimoniale, quale garanzia. Fuorviò la moglie, circa le conseguenze che vi sarebbero state, ove non avesse aderito a tale accordo. La moglie concordò circa la firma della garanzia. Il manager della banca lasciò istruzioni all'addetto che gestiva la pratica affinché la moglie stessa, garante fosse informata in anticipo, prima della firma, delle conseguenze della responsabilità che discendevano dalla stessa. Vi era anche il suggerimento di acquisire un parere legale prima della firma. L'addetto bancario, tuttavia, disattendendo le istruzioni del proprio manager, fece firmare la moglie, senza eseguire le istruzioni relative all'informativa. La banca cercò di escutere la garanzia, ma la moglie sollevò un' eccezione di *undue influence* e *misrepresentation* a sua difesa, al fine di vedere la garanzia invalidata. Fu statuito che la difesa basata su di un *undue influence* non era accolta, in quanto, nel caso concreto, la moglie aveva già una "indipendenza di pensiero", dunque una certa competenza, su materie finanziarie ed era adusa, nel contesto familiare, a occuparsi delle finanze del marito, quando questi era via. Quanto alla *misrepresentation,* l'azione della moglie ebbe successo, in quanto si appurò che vi era stato un raggiro contrattuale, un vizio della volontà. La garanzia fu dichiarata invalida: la banca aveva consapevolezza della falsa rappresentazione del marito alla moglie e non aveva fatto nulla per adottare misure ragionevoli ad assicurare che la garanzia fosse ottenuta senza l'influenza del marito o che Mrs O'Brien fosse consapevole delle conseguenze di quella responsabilità. In questo giudizio, merita richiamare quello che Lord Brown Wilkinson affermò in merito alla *constructive notice".* Ne consegue che il creditore, a meno che non gli venga fatta espressa richiesta di adottare passi ragionevoli per essere soddisfatto che l'accordo con la moglie - al fine del rilascio della garanzia - sia stato ottenuto debitamente, avrà a disposizione un' azione di risoluzione apparente *[constructive notice]* dei diritti della moglie". (traduzione dall'inglese di chi scrive).

[55] La *undue influence*, riferita ai rapporti bancari, è analizzata in G. McMeel, J. Virgo, *Financial Advice and Financial Products. Law and Liability*, Oxford, 2001. Sempre con riferimento alle *"securities"* (garanzie), il tema è trattato da A. Malek, J. Oddgers, (general ed.), *Paget's Law of Banking*, 14° ed., London, 2014.

[56] Ossia, "la fiducia e stima nell'altra parte in relazione alla gestione degli affari finanziari".

un coniuge venga chiamato a prestare garanzia per le obbligazioni dell'altro coniuge imprenditore, ove il primo non abbia alcuna connessione di tipo professionale o di affari con il debitore garantito.[57]

Sebbene in astratto la figura della *undue influence* possa essere ricondotta anche ai derivati, resta però in parte ostativa la circostanza che nei derivati, a differenza che nelle garanzie infra-parentali, il rapporto intercorra fra banca e impresa commerciale, ovvero fra banche, e non fra banche e persona fisica.

La dottrina inglese e di Oltremanica più in generale ha sottolineato l'importanza dell'accettazione nel derivato, proprio perché i derivati, soprattutto quelli over-the-counter, vengono stipulati attraverso la *confirmation*. Quest'ultima dovrebbe essere un solo documento, laddove invece, di frequente, i documenti firmati sono due e non necessariamente del tutto coincidenti[58]. La *interpretation*, l'interpretazione del contratto, diventa dunque un tema di estrema importanza nella tematica dei derivati. Come sottolineato in dottrina, la stessa *UK Supreme Court* si riferisce all'interpretazione come ad un processo il cui scopo finale, soprattutto in un contratto commerciale, "*is to determine what the parties meant by the language used, which involves ascertaining what a reasonable person would have understood the parties to have meant*"[59]. Laddove nel common law la interpretazione soggettiva è irrilevante[60], ciò che deve prevalere nei contratti commerciali, come quelli finanziari, è proprio l'interpretazione oggettiva. Viene enfatizzato che "è generalmente appropriato adottare l'interpretazione che è più coerente con il comune senso degli affari"[61].

5. Raccordo sistematico

Nel decidere sul derivato stipulato dal comune di Venezia, la *HC* sembra richiamare proprio i ben noti principi di *capacity*, consolidatisi fin da *"Hazell"*, il caso epocale degli anni 90 della *House of Lords*. Ciò peraltro era stato caldeggiato da chi scrive nel commentare il caso precedente del derivato con il Comune di Busto Arsizio[62]. Per i giudici inglesi e in generale di Oltremanica, il contratto derivato non pone un problema causale, tanto meno di causa razionale ovvero irrazionale.

Il caso offre l'occasione consente di svolgere le seguenti considerazioni.

I derivati sono nati Oltremanica ed è in quel contesto che vanno compresi. Nel loro *habitat* nel quale non vi è "causa" che conta dato che l'aspetto rilevante è solamente l'accordo e la capacità a stipularlo sulla *eadem res*.

Inoltre, sussistono limiti di ordine pubblico, che costituiscono gli unici confini di legalità per gli stessi e in generale per tutti i contratti, mancando anche una categorizzazione dei contratti. Questi limiti, per i derivati, mai sono stati ritenuti violati, in quanto le Corti inglesi, quale *extrema ratio*, hanno dubitato della loro *enforceability*, attivabilità, solo nei casi in cui la relativa parte agiva *ultra vires*. Lo stesso requisito di validità della *consideration*, presente in Inghilterra, ma non nell'altro *common law*, quello scozzese, mai è stato ritenuto, dalle Corti di Oltremanica, elemento di ostacolo alla validità del contratto speculativo. D'altro canto, essa deve essere solo *sufficient*[63], ma non

---

[57] E.P. Ellinger, E. Lomincka, C.V.M. Hare, *Ellinger's Modern Banking Law,* 5° ed., Oxford, 2011, p. 141.
[58] A. Hudson, *The Law of Finance*, 2° ed., London, 2013, p. 566.
[59] *Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] 1 W.L.R. 2900.
[60] Appunto, quanto ai derivati ciò è confermato da *A. Hudson*, *cit*., p. 467.
[61] Ancora, *"Rainy Sky SA"*, *cit*, al paragrafo 30.
[62] P. de Gioia Carabellese, M. Lembo, *I derivati visti dal common law inglese (e dal British Statute). Una analisi della High Court sul contratto speculativo "Busto Arsizio v. Deutsche Bank,* in *Società*, 2022, 607-623.
[63] *"Sufficient"* statuiscono, storicamente, le Corti anglo-gallesi. Il riferimento va a *Currie v Misa* (1874-75), in cui Lush J. (il giudice della controversia) affermò: *"Una* consideration *che sia di valore nel senso della legge, può consistere o in qualche diritto, interesse, profitto, o beneficio che maturi a vantaggio di una parte, ovvero in qualche rinuncia, danno, perdita, ovvero obbligo contrattuale, dato, soffferto, ovvero assunto dall'altra."* (traduzione dall'inglese di chi scrive) Nel *common law* scozzese, come nel resto del Regno Unito e nel Nord Irlanda, l'assenza di *consideration* per la validità di ogni pattuizione è confermata anche più recentemente da *Miller Homes Ltd v Frame* (2002), in cui il Lord Ordinary (Hamilton) ha ribadito che, per la validità di una opzione per l'acquisto di terra, nessun prezzo, *consideration*, deve essere

equivalent, e comunque non adequate[64] è elemento indefettibile del contratto, ma non di tutti. Banalmente, la stipula a mezzo di notaio, dunque a mezzo di *deed*, fa sì che tale requisito, già di per sé blando, venga del tutto meno. È invece fin troppo ovvio ricordare che la causa del contratto, nella visione tradizionale del diritto italiano, sarebbe requisito indefettibile, anche nell'ipotesi di forma scritta *ad substantiam*.

In secondo luogo, i derivati sono sempre speculativi, nel senso che che hanno uno *speculative purpose* con elementi di scommessa al punto che, già a partire dal 1968, nel *common law* si è dovuto introdurre la *gaming exception* (giungendo al *Gaming Act 2005*, *Section 335*[65]).

Probabilmente, la discussione italiana fra scommessa razionale e irrazionale è indirettamente influenzata da questa struttura logica, tant'è che il ragionamento sulla causa, molto spesso, si allontana dalla sua matrice, diventando una distinzione basta solo sul motivo psicologico dei contraenti. In questa prospettiva l'attività in derivati, mischia scommessa[66] e attività di investimento, riservata e costantemente assoggettata ad attività di vigilanza, nell'ambito della cornice normativa dell'UE[67].

Una volta che questi strumenti e contratti approdano nell'ordinamento italiano (dal *common law* via UE), il derivato pone la questione della causa e della sua aleatorietà[68] (operazioni con *causa argentaria*).

In questo contesto logico, difficilmente potrebbe dubitarsi della validità dei contratti derivati[69], anche ai sensi del diritto italiano, proprio perché trattasi di categorie considerate valide in ambito "Unionale", di strumenti finanziari, che possono essere offerti dalla banca. In definitiva, la causa *argentaria*, corredata dall'esenzione di gioco e scommessa, sta ai derivati, come la causa autonoma iniziò a stare, e sta ancora al contratto autonomo di garanzia, importato dal *Garantievertrag* tedesco. La vera tematica giuridica è quella della corretta rappresentazione dell'informazioni speculative, fra cui quella relative al *mark-to-market*. In definitiva, con la sentenza in commento, la *High Court* non sembra aver ha effettuato un cambiamento di rotta nelle sue posizioni circa il carattere, tendenzialmente, sempre vincolante del derivato, anche quello della P.A. italiana, ove la legge sia quella inglese.

La presenza di una pubblica amministrazione quale parte contraente porterebbe, in base al diritto italiano, a prestare un'attenzione smodata a quei principi che impedirebbero all'ente pubblico di stipulare derivati. Principi che, tuttavia, come si è evidenziato in questo lavoro, sono da un lato contraddittori (Costituzione; TUEL), dall'altro svelano una realtà molto più complessa che le astratte norme, concepite a volte per impaurire ma non per chiarire, vorrebbero fare intendere.

L'ultima "mossa" che poteva fare la *High Court* era di aderire a un "precedente" italiano. E infatti, ciò non è avvenuto! *Rome burns, and Italians are still fiddling*!

"dato". Nella dottrina scozzese, in tema di *consideration* si rimanda per tutti a H.L. MacQueen, J. Thomson, *Contract Law in Scotland*, 5th ed., *cit.* p. 103.

[64] Ove fosse affermato che la *consideration* debba essere *adaquate*, ciò vorrebbe significare che debba essere pari al lavoro del contratto. Sufficient, per contro, sta a definire un valore che non è pari a quello di mercato, né meramente simbolico.

[65] Si rimanda anche in questo caso a H.L. MacQueen, J. Thomson, *op. ult. cit.,* p. 337.

[66] E lo è storicamente proprio nel *common law*, soprattutto quello scozzese, per cui la legislazione britannica, il *British Statute*, comune a tre ordinamenti del Regno (Nord Irlanda, Scozia e diritto anglo-scozzese) ha introdotto da decenni l'apposita eccezione, come lumeggiato in questo contributo.

[67] R. Lener, C. Cipriani, *I derivati, le Sezioni Unite e l'Europa Fonte*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 6/2021, p. 768 (Nota a: Cassazione civile, 12 maggio 2020, n. 8770, sez. un.).

[68] L'aleatorietà dei contratti, inclusi i derivati, è tematica italiana che, ovviamente, dal punto di vista del *common law*, non assume molta rilevanza. Cfr. per tutti P. Corrias, *I contratti aleatori: rivisitazione di una categoria*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 5, n 1/2022, pag. 666 ff.

[69] Cfr. P. de Gioia Carabellese, M Lembo, *I derivati visti dal common law inglese (e dal British Statute), cit.*, 607-623.

*****

Banca Intesa SanPaolo SPA e Dexia Crediop SA v Comune di Venezia [2022] EWHC (comm). La sentenza è del 14 ottobre 2022

A Introduzione
Paragrafo 1
B Le prove
Paragrafo 3

C I fatti
Paragrafo 17

D Le risultanze dei fattori chiave oggetto della disputa
Paragrafo 75

E Gli interest rate swaps
Paragrafo 101

F L'analisi dell'articolato [normativo]
Quale legge applicare a quale questione
Paragrafo 107

G L'argomento che Venezia difettava di capacità nel sottoscrivere le operazioni [in derivati]: una Introduzione
Gli argomenti circa la capacità introdotti
Paragrafo 128

I L'argomento speculativo
Che cosa ha deciso il caso Cattolica?
Paragrafi 187/201
[omissis]
Paragrafo 202
E' affermazione comune che il regime legislativo e regolamentare esistente in Italia, mentre tratta la questione se un derivato sia di copertura (un hedge) ovvero speculativo quale significativo a taluni fini, dall'altro non prevede una definizione di ciò che costituisca derivato speculativo. In verità, la mancanza di una specifica definizione è stata una delle ragioni per cui le Banche hanno eccepito che non vi sono limiti alla possibilità degli enti di sottoscrivere contratti derivati speculativi.

Paragrafi 203/230
[omissis]

Paragrafo 231
Avuto riguardo all'effetto cumulativo di questi fattori [evidenziati sopra], e indipendentemente dalle incertezze che potrebbero sorgere in merito ad aspetti ancillari ma non essenziali del dibattito, [questa Corte] è soddisfatta che una Corte italiana chiaramente troverebbe che le Operazioni [in derivati] fossero speculative ai fini delle restrizioni legali di cui alla legge italiana formulate in Cattolica. Quello che si può dire principalmente è che le Operazioni [in derivati] hanno assolto a diversi motivi [accettati da questa Corte]. Tuttavia, la Corte di Appello di Milano nella decisione n. 2393 del 2020 ha osservato che:
"Una invalidità che – a causa di caratteristiche speculative – deve dunque pregiudicare l'intero contratto, e non solo la parte che riguardi lo sbilanciamento fra il [mark-to-market] dell'opzione cap e il [mark-to-market] dell'opzione floor, quale anche alternativa sollevata dall'appellante, è, a opinione della Corte, senza fondamento."
Paragrafo 232

In ogni caso il significato degli elementi speculativi delle Operazioni [in derivati] [omissis] sono stati tali che le Operazioni medesime sono da considerarsi come prevalentemente speculative.

J L'argomento dell'indebitamento
Paragrafi 233/240
[omissis]

Paragrafo 241
Per quanto riguarda l'affidamento delle Banche sulla decisione del Consiglio di Stato n. 3174 del 2017, quella decisione [dei Giudici di Palazzo Spada] riguardava l'applicazione dell'Articolo 42(2)(i) del TUEL nel contesto di operazioni IRS. Tuttavia, come [questa Corte] ha menzionato, la Corte di Cassazione in Cattolica ha trattato quella questione in un contesto più globale [, dunque] se le operazioni di swap costituiscano indebitamento ai sensi dell'Articolo 119, Costituzione. [..] Le tesi del Consiglio di Stato appaiono sintetizzabili come segue:
i) Dal lato della banca "lo scopo degli swaps che erano stati attivati era quello di ottenere un risparmio di costi basato su minori interessi pagati" sul debito sottostante [omissis]
ii) Dal lato del comune, ciò che ha costituito spesa è dipeso "dalla nozione di "spesa" a prescindere dallo strumento legale utilizzato" e "si riferisce soltanto all'effetto finanzairio di quello strumento" [omissis]. Il comune anche ha eccepito che gli swaps in questione "avevano una finalità speculativa dovuta all'assenza di un cap sui tassi di interesse scambiati [omissis]."
Paragrafo 242
Nessuna parte, dunque, è apparsa eccepire che gli swaps, quale tipologia di operazione, o a priori costituivano o non costituivano spesa ai sensi dell'Articolo 42(2)(i), affermando la swap counterparty che ciò che contava fosse la finalità dell'operazione e con il comune che sosteneva che ciò che conta è il suo effetto. Mentre alcuni passaggi del dictum del Consiglio di Stato suggerirebbero che ogni swap che è legittimo per il comune, si trova automaticamente al di fuori dell'Articolo 42.2(i) [omissis], il ragionamento della corte è stato che la funzione di questi [enfasi da testo di origine] è "di ridurre i costi finanziari associati al debito già esistente e così ridurre il rischio connesso a ciò" e "gli swaps in tal modo hanno la funzione di ristrutturare il debito … al fine di ottenere una riduzione dei costi", sicché "le ragioni che hanno condotto a stipulare questi [enfasi da testo d'origine] sono in realtà antitetiche alla ratio essendi di fornire al Consiglio Comunale il potere di decidere su spese per molti anni ai sensi della lettera i) dell'Articolo 42 paragrafo 2". In altra parte il Consiglio di Stato ha avuto modo di statuire che le relative previsioni del TUEL non erano rilevanti "in questo caso".

Paragrafi 243/247
[omissis]

Paragrafo 248
Non vi è da dubitarsi che la Corse Suprema in Cattolica ha statuito che quanto meno alcuni dei derivati avevano costituito indebitamento (ai sensi sia dell'Articolo 119 [della Costituzione italiana] che dell'Articolo 42 TUEL) e anche ha statuito (implicitamente) che l'Articolo 3(17) della Legge n. 350 non ha identificato in modo esaustivo quali operazioni hanno costituito indebitamento ai fini dell'Articolo 119(6) ad un certo punto. Venezia controbatte che Cattolica ha deciso che tutti i derivati costituiscono indebitamento.
Paragrafo 249
La sentenza Cattolica indubbiamente offre paragrafi che, presi in modo isolato, danno supporto ad entrambe le visuali – a tal punto che uno potrebbe immaginare che il giudizio riflette un tentativo di accomodare due divergenti visuali sul punto [omissis]
Paragrafi 249/254
[omissis]

La sentenza Cattolica riflette correttamente il diritto italiano su questo punto di diritto?
Paragrafo 255
Le Banche hanno arguito che Cattolica errava nel decidere che tutte [enfasi da testo d'origine] le operazioni IRS potrebbero costituire ricorso a indebitamento, fino a quando il Decreto 2008 non è entrato in vigore, e allora solo i derivati che comportano pagamenti anticipati sono ricompresi [nel divieto].
Paragrafo 256

[omissis]
Paragrafo 257
Tuttavia, per ragioni simili a quelle sostenute già in merito all'Argomento Speculativo, [questa Corte] non si sente in grado di dire che questa[, la sentenza Cattolica,] non rappresenti il diritto italiano. In questo caso, la Corte Suprema ha deciso a sezioni unite all'unanimità, al fine di decidere questo argomento, il quale era stato già considerato favorevolmente dalla Corte d'Appello di Bologna. La decisione da allora è stata presa dalla Corte d'Appello di Roma nella sentenza n. 6693 del 2021 del 20 ottobre 2021 [..]."

Sono rientrate le Operazioni [in derivati] nella categoria dell'Indebitamento identificato da Cattolica?
Paragrafi 258/269
[omissis]

K Quali sono le conseguenze ai sensi del diritto inglese dell'affermazione che le operazioni [in derivati concluse dalle parti] erano speculative e/ hanno violato l'articolo 119(6) della Costituzione [italiana].
Paragrafi 270/277
[omissis]

L La questione dell'Articolo 42(2)(I) del TUEL
Paragrafi 278/284

Paragrafo 285
Dal lato giudiziale, [la Corte] non è soddisfatta circa il fatto che la definizione di "indebitamento" [indebtedness] di cui all'Articolo 119(6) [della Costituzione italiana] risponda necessariamente alla [diversa] questione se o meno l'operazione costituisca spesa ai sensi dell'Articolo 42(2)(i) del TUEL:
i) L'Articolo 3(17) non ha le finalità di specificare l'indebitamento ai fini dell'Articolo 42(2)(i) del TUEL, ma soltanto al fine della limitazione di cui all'Articolo 119(6) della Cstituzione itlaiana. Pertanto il paragrafo 17 dell'articolo 3 prevede: "for entities, referred to in paragraph 16 above, persuant to articole 119(6) of the Constitution the following constitutes indebtedness."
ii) Le finalità delle due previsioni non sono le stesse. L'Articolo 119 della Costituzione [italiana] ha l'obiettivo di limitare gli scopi in merito ai quali [un ente] può incorrere in una particolare passività, e crea un'assoluta proibizione contro quella passività della relativa tipologia salvo che per particolari fini. L'Articolo 42(2)(i) riguarda [, invece], la durata dell'impegno piuttosto che lo scopo in merito al quale l'ente incorre nella passività, e decide la questione di chi sia legittimato a prendere la decisione piuttosto che proibire l'operazione."
iii) La decisione del Consiglio di Stato, la più alta Corte amministrativa nella materia, nella decisione 3174/2017, nel considerare se operazioni di swap che sono state stipulate senza conformarsi all'Articolo 42(2)(i) del TUEL fossero attivabili in giudizio, non fa riferimento all'Articolo 119 della Costituzione Italiana né all'Articolo 3(17) della Legge 350 del 2003.
Paragrafo 286
Come [questa Corte ha già osservato], le Banche fanno affidamento sulla Decisione n. 3174 del 2017 [del Consiglio di Stato], ma [questa Corte] non accetta tale argomentazione per le ragioni stabilite ai paragrafi 241-244. [Questa Corte] pertanto conclude che la Suprema Corte in Cattolica stabilisce che solo alcune transazioni di swap cadono nell'Articolo 42(2)(i) del TUEL [paragrafi 248-254] e che la [Corte] accetta solo Cattolica quale decisum che stabilisce lo stato dell'arte della legge italiana sul punto (paragrafi 255-257). [Questa Corte] ha maggiore risultanza ad arrivare a questa conclusione in merito alla questione dell'Articolo 41(2)(i), piuttosto che nel contesto [dell'argomento sull'indebitamento] [Indebtedness Argument], per le ragioni già identificate ai paragrafi 285 sopra. Inoltre, Cattolica è stata seguita a tal proposito da seguenti decisioni: Corte d'Appello di Venezia nella decisione n. 696 del 2022; Corte d'Appello dell' Aquila nella decisione n. 576 del 2021; Corte d'Appello di Roma nella decisione n. 6894 del 2021: Corte dei Conti del Lazio nella decisione n. 42 del 2022.
Paragrafi 287/323
[omissis]

M Sono state le operazioni [in derivati oggetto di controversia] affette da nullità per errore bilaterale [delle parti] in quanto il [contratto derivato] IRS con [la Banca Bearns] era invalido?

Paragrafo 324 di un ulteriore argomento, Venezia ha obiettato che (applicando il diritto inglese quale legge delle Operazioni [in derivati] le Operazioni stesse sono nulle [,] poiché sono state stipulate sulla base del comune errore che il contratto IRS Bear Stearns fosse valido laddove era invalido [,] poiché non aveva ricevuto la necessaria approvazione da parte del City Council o del Signor De Rossi ai sensi degli Articoli 42(2)(i) e 192 del TUEL. [Questa Corte] farà riferimento a questo quale Argomento dell'Errore [Mistake Argument].

Paragrafo 325

Chiaramente l'Argomento dell'Errore darebbe valore aggiunto al caso di Venezia in quelle azioni in cui vi fossero circostanze per ritenere che le Operazioni [in derivati] sono altrimenti valide e vincolanti, mentre il contratto IRS con Bear Stearns era invalido. Il Signor Field (il quale ha rappresentato le argomentazioni verbali di Venezia su questo punto) ha identificato due ambiti in relazione ai quali era possibile teoricamente invocare che il contratto IRS con Bear Stearns fosse invalido, laddove le Operazioni [in derivati] (a parte l'errore bilaterale] fossero valide:

i) La prima e seconda modifica al contratto IRS con Bear Stearns per effetto della Confirmation datata 17 aprile 2003 e 6 agosto 2004 non sono state assoggettate per nulla alle delibere del comune, ma solo alla decisione di Mr De Rossi:

ii) Le Deliberazioni di Mr De Rossi in relazione al derivato IRS con Bear Stearns ed entrambe le modifiche sono state post-datate alla data in cui le confirmation son state firmate:

a) In relazione all'originale del contratto IRS con Bear Stearns del 31 dicembre 2002, la delibera di Mr De Rossi era [in realtà] firmata l'11 febbraio 2003:

b) In relazione alla seconda modifica del 6 agosto 2004, la delibera di Mr De Rossi risultava firmata il 10 settembre 2004.

Di primo acchito, la seconda di queste obiezioni sembra basata su argomenti non convincenti.

Paragrafo 326

Tuttavia, in relazione all'argomento basato sull'Articolo 42 TUEL, Venezia è in maggiore difficoltà nel cercare di attaccare il derivato IRS con Bear Stearns che le Operazioni [in derivati], ciò in quanto non vi era alcun pagamento anticipato. Di conseguenza, sarebbe, sulla scorta dell'interpretazione di Cattolica, necessario stabilire che la negoziazione del derivato IRS con Bear Stearns comportava una risoluzione, ovvero una significativa modifica, dell'indebitamento sottostante. Tuttavia, la sola eccezione sollevata da Venezia ha riguardato l'interpretazione del caso Cattolica - il quale è stato rigettato - che tutti i derivati richiedono l'approvazione del City Council, dunque del consiglio comunale.

Paragrafi 327/331

N È l'operazione [finanziaria in derivati intercorsa] mancante quanto a coerenza con le norme inderogabili del diritto italiano?

Paragrafo 331

[Il Comune di] Venezia obietta che le Operazioni [in derivati] hanno violato le seguenti norme di diritto italiano:

i) Articolo 3 del Decreto 389 emesso dal MEF [Ministero Economia e Finanze] ai sensi dell'articolo 41(1) della Legge 448 del 2001, e della Circolare MEF del 2004 emessa dal MEF medesimo quale linea guida nell'interpretazione del Decreto 389.

ii) Ai sensi degli Articoli 42(2)(i) e del 192 del TUEL il quale stabilisce i requisiti di conclusione di un valido contratto ai sensi della legge italiana, e in particolare il requisito dell'oggetto e della causa;

i quali farebbero risultare le Operazioni [in derivati] nulle e/o [comunque] non attivabili.

Articoli 1322 e 1325 del Codice Civile Italiano

Paragrafo 351

L'argomento di Venezia, secondo cui queste previsioni [, articoli 1322 e 1325,] costituiscono norme di natura inderogabile del diritto italiano è stato sollevato ad uno stadio molto avanzato della disputa, tuttavia [,questa Corte] concede al Comune di Venezia di avanzare questa argomentazione all'inizio del processo. La questione ha ricevuto poca attenzione dopo e non è stato oggetto di prova orale.

Paragrafo 352

Per mero richiamo:

i) L'Articolo 1322 [del Codice Civile Italiano] stabilisce:

[omissis]

ii) L'Articolo 1325 stabilisce che:

[omissis]
iii) Dalla testimonianza del Professor Gentili risulta che le parti potrebbero scegliere una legge differente al fine di disciplinare il loro contratto ai sensi di un sistema legale che non contenga gli Articoli 1322 e 1325, e che le Corti italiane consentirebbero quella scelta [,] nella misura in cui il sistema appronti equivalenti salvaguardie.
Paragrafo 352/354
[omissis]
Paragrafo 355
[Questa Corte] nota che differenti sistemi legali spesso impongono differenti requisiti per la conclusione di un contratto vincolante, [dunque anche diversi dai] requisiti imposti dal sistema legale italiano inclusi gli Articoli 1322 e 1325 del Codice Civile Italiano. Tuttavia, [questa Corte] non è molto sicura di quanto utile possa essere, come fatto dalla difesa del comune di Venezia, descrivere gli Articoli 13252 e 1325 quali norme inderogabili in un contratto retto dalla legge italiana." Se la legge della Rusitania [,Stato di fantasia scelto da questa Corte,], impone tre requisiti per la validità di un contratto, allora per definizione non è possibile concludere un contratto che è vincolante ai sensi di quel sistema di legge in assenza di uno degli stessi. Tutti questi requisiti sono, per definizione, inderogabili.
Paragrafi 356/357
[omissis]

O È a Venezia opponibile un impedimento da affidamento [estoppel] nell'obiettare che l'operazione è nulla?
Paragrafi 358/370
[omissis]

P Le altre domande accessorie delle banche
Paragrafi 371/384
[omissis]

Q Le istanze di restituzione [delle somme] di Venezia
Paragrafi 385/423
[omissis]

Paragrafo 424
Nel mettere insieme tutte le argomentazioni [sopra], [questa Corte] è soddisfatta che vi è luogo, sulla scorta dei principi giuridici, per riconoscere una difesa [alle Banche] per cambiamento di posizione giuridica [change of position] per ogni pagamento fatto dalle Banche ai sensi degli Hedging Swaps, nella misura in cui siano rispettati due punti:
i) le questioni di quantificazione che non hanno formato oggetto di questo giudizio; e
ii) la questione se ogni differente trattamento riguardi quei pagamenti fatti dopo la sua corrispondenza inviata alle Banche il 10 dicembre 2020 [,] la quale dichiarava espressamente che i pagamenti erano fatti senza pregiudizio per il contenzioso in essere finalizzato a rendere gli swaps nulli [omissis];
Paragrafo 425
Tuttavia, una decisione di quel tipo comporterebbe [per questa Corte] di non seguire quanto previsto in Westdeutsche and South Tyneside con cui sostanzialmente si decideva la medesima tematica con le argomentazioni esplicitate in tali casi. [Questa Corte] ha preso in considerazione se debba seguire tali decisioni, lasciando ciò all'inevitabile appello di decidere se l'analisi nella controversia [dinanzi alla High Court] debba essere seguita [omissis]. Tuttavia, il ragionamento nei due diversi casi non è lo stesso e aspetti dello stesso non possono continuare a sussistere alla luce degli sviluppi esistenti nell'area disciplinare [inglese] dell'arricchimento ingiustificato [unjust enrichment] nei successivi 25 anni. [Questa Corte] nota anche che, sulla base di un obiter dictum, il Giudice Cockerill nel caso "Busto" aveva indicato che per effetto dei successivi sviluppi giurisprudenziali e della dottrina, non avrebbe seguito tali giudizi se la questione fosse stata obiettata [omissis].In queste circostanze, [questa Corte] decide che si debba agire sulla base di una interpretazione della legge che è quella qui evidenziata, e che bisogna riconoscere alle Banche il principio del cambiamento di circostanza [change of defence]. Il risultato che ciò fa scaturire quanto meno alcune delle conseguenze che altrimenti discenderebbero da uno sviluppo di tipo giurisprudenziale che nel 2020 porta a un contratto che dalle parti è stato costantemente trattato come vincolante [binding] per circa 13 anni e tutto d'un tratto nullo

Paragrafi 426/430
[omissis]

R La domanda riconvenzionale di Venezia
Paragrafi 431/462
[omissis]

S Conclusioni
Paragrafo 463
Per quanto sopra precisato:
i) [questa Corte statuisce che] Venezia difettava di capacità a stipulare le Operazioni [in derivati] sulla base dell'argomento della loro finalità Speculativa e di Indebitamento, con il risultato che le stesse sono nulle e inefficaci secondo il diritto inglese;
ii) [questa Corte statuisce che] le censure di Venezia in merito alle Operazioni [in derivati] basate sull'Articolo 42(2)(i) TUEL e sulla violazione di norme di ordine pubblico non sono accoglibili.
iii) [questa Corte statuisce che] le argomentazioni delle banche basate sull'affidamento [estoppel], violazione del contratto, dolo contrattuale [mis-representation] o errore comune [mis-statement], Articolo 1338 del Codice Civile Italiano e l'obbligazione indennitaria basata sul contratto di mandato [Mandate Agreement] non sono accoglibili;
iv) [questa Corte statuisce che] Venezia ha diritto alla restituzione dell'ammontare pagato alle Banche ai sensi delle Operazioni in derivati, ma le Banche hanno in principio titolo a una difesa di cambiamento di posizione [change of position] ai sensi del corrispondente contratto (back-to-back contract) Hedging Swap, stanti comunque le riserve di cui al paragrafo 424 sopra.
v) [questa Corte statuisce che] l'azione alternativa di Venezia ai danni per violazione di obblighi non contrattuali non è accoglibile;
Paragrafo 464
Alle Parti viene chiesto di prendere in considerazione quali ordini consequenziali e quali applicazioni discendono da queste decisioni, al fine di ridurre e delineare le questioni che insorgeranno per la futura decisione.

Paragrafo 465
[onissis]

Il danno all'immagine della pubblica amministrazione e il "buon uso del rinvio" (Nota a C. conti, sez. giur. Lombardia, 14 marzo 2022, n. 21)[1]

di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo
assegnista di ricerca Università Europea

Sommario:
1. Introduzione.
2. Analisi della sentenza n. 21/2022. Brevi cenni sulle tematiche sottoposte all'esame della Corte dei conti.
3. La giurisdizione della Corte dei conti sul danno all'immagine della pubblica amministrazione.
4. Il dialogo tra legislatore, giudice contabile e giudice costituzionale sulle condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione.
5. La portata innovativa della pronuncia nel contesto della giurisdizione contabile. Analisi critica.
6. Considerazioni conclusive.

Abstract

L'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione rappresenta una preziosa conquista della stagione giudiziaria dei primi anni Novanta del secolo scorso e, tutt'ora, consente all'erario di recuperare ingenti somme. Tuttavia, sin dall'entrata in vigore del d.l. n. 543/1996 e, in particolare, con il d.l. n. 78/2009, il legislatore ha introdotto numerose limitazioni all'esercizio di tale azione, il cui ruolo è stato anche indebolito dall'elaborazione, nel grembo della giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione, del sistema del c.d. doppio binario. Questi due fattori continuano a influenzare l'opera dei giudici contabili, anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016. Questo contributo esamina una recente sentenza in cui la sezione giurisdizionale per la Lombardia della Corte dei conti si pronuncia, direttamente, sulle condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione contenute nel d.l. n. 78/2009, dichiarandole non più vigenti a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016, e, indirettamente, sul sistema del c.d. doppio binario, evidenziandone le criticità in merito alla compatibilità costituzionale. Il presente lavoro si apre con l'analisi della sentenza in commento e una breve disamina delle tematiche in essa affrontate. Successivamente, l'attenzione si sposta sulla disciplina del danno all'immagine della pubblica amministrazione, dalla quale vengono estratti gli elementi necessari per la comprensione delle argomentazioni svolte del giudice erariale lombardo nella sentenza in commento. A seguire, questo contributo analizza il "dialogo" tra legislatore, Corte dei conti e Corte costituzionale sulle condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione, che ha caratterizzato gli ultimi trent'anni. Infine, il presente scritto sottopone a esame quella parte della sentenza in cui il giudice erariale lombardo si pronuncia sul tema del danno all'immagine della pubblica amministrazione, evidenziando la portata innovativa delle statuizioni in essa contenute; anche di quelle, come la scelta di rendere contestabile il danno all'immagine nelle ipotesi di concorso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con delitti "comuni", che sono dirette a produrre i loro effetti nella giurisprudenza favorevole alla rinnovata attualità del c.d. lodo Bernardo. Questo contributo condivide le scelte interpretative compiute dal giudice erariale lombardo, conformi alla prevalente opinione della dottrina e di parte della giurisprudenza, e, pertanto, ritiene superate le condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione contenute nel d.l. n. 78/2009 e non conforme alla Costituzione il sistema del c.d. doppio binario.

This paper analyses the judgement n. 21/2022 of the Italian Court of Auditors' Judicial Section for Lombardy. This judgment is crucial because it allows to regional prosecutors of the Italian Court of Auditors the possibility to claim compensation for the "damage to the image of the public administration" for any crime which has caused a "damage to the public administration" itself. First, this paper analyses those parts of the judgment that do not deal with the topic "damage to the image of the public administration". Second, this paper examines the notion of "damage to the image of the public administration" and explores the conditions under which the Public Prosecutor of the Court of Auditors can claim compensation for the "damage to the

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco in base alla procedura pubblicata sul sito www.dirittoeconti.it

image of the public administration". Third, this paper analyses the "dialogue" between the legislators, the Court of Auditors and the Constitutional Court on the legal structure and nature of the "damage to the image of the public administration", which has been going on for the last thirty years. This "dialogue" also covers the so-called "double track system", which allows public administrations to take legal action before the civil or criminal courts to obtain compensation for the "damage to the image" they have suffered. Last, this paper examines the juridical novelties contained in the judgement and gives some final considerations.

1. Introduzione

La sentenza n. 21/2022 della sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei conti si presenta come un provvedimento *sui generis*. La sua natura composita, a tratti enciclopedica e a tratti innovativa, fa trasparire l'intenzione del giudice erariale di ristabilire l'ordine in alcuni campi della disciplina giuscontabile, per poi concentrarsi sul tema principe: il danno all'immagine della pubblica amministrazione. Sicché, in un primo momento, detto giudice ribadisce alcuni punti fermi della recente giurisprudenza su tematiche sia di natura sostanziale, come la disciplina applicabile alla prescrizione dell'illecito contabile e al c.d. danno erariale da indebita percezione di retribuzione, sia di natura processuale, come le cause di nullità della citazione e i presupposti per l'accesso al rito abbreviato. Successivamente, avendo fornito alcuni brevi cenni sul danno all'immagine della pubblica amministrazione, manifesta la sua adesione a quell'audace orientamento pretorio, la cui fortuna è andata crescendo negli ultimi anni, che si propone di interpretare l'abrogazione espressa dell'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97[2], a opera dell'art. 4, co. l, lett. g), dell'allegato 3 al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, in termini di una rottura netta con la disciplina preesistente, ribadendone l'attualità, nella cornice dei recenti interventi sul punto della Corte costituzionale. Infine, all'apice di un crescendo attentamente costruito, la sezione meneghina si fa interprete creatrice del "diritto vivente[3]", ammettendo la contestabilità del danno all'immagine della pubblica amministrazione nelle ipotesi di concorso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con delitti "comuni", ossia non disciplinati nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I, del Codice penale.

Modellata sull'archetipo della sentenza che si propone di commentare, la presente nota mostra una struttura tripartita. Il secondo paragrafo riporta il contenuto del provvedimento e "veste" di un breve commento l'approccio del giudice erariale alle singole tematiche estranee al danno all'immagine della pubblica amministrazione. Ragioni di spazio e di compattezza di trattazione non consentono di soffermarsi su queste tematiche, per l'analisi delle quali si rinvia agli scritti citati nelle note a piè di pagina. Il terzo e il quarto paragrafo della nota contengono un approfondimento sul danno all'immagine della pubblica amministrazione. Il tema viene affrontato prima in chiave statica, definendo la relativa voce di danno e descrivendone (solo) quelle componenti strutturali che rivestono un ruolo nella pronuncia in commento, poi in chiave dinamica, evidenziando come le riforme legislative e la giurisprudenza costituzionale abbiano influito sulla contestabilità di tale voce di danno. Infine, il quinto paragrafo della nota, cui seguono delle brevi conclusioni, analizza la scelta di campo effettuata dalla sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei conti in tema di danno all'immagine

[2] Si riporta il testo dell'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97: «La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del Libro secondo del Codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

[3] Sulla nozione di "diritto vivente", si veda V. CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2011, fasc. 2, pp. 153-160.

della pubblica amministrazione, riservando particolare attenzione a quegli aspetti della decisione che provocano un'estensione della giurisdizione contabile.

2. Analisi della sentenza n. 21/2022. Brevi cenni sulle tematiche sottoposte all'esame della Corte dei conti

2.1 La vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio

Con la sentenza n. 21/2022, la sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei conti si pronuncia sulle conseguenze pregiudizievoli per l'erario, tanto sul piano patrimoniale quanto su quello non patrimoniale, determinate da una serie di episodi di violenza sessuale, concussione e peculato d'uso. La vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio è la seguente. Tra il 2007 e il 2009, quattro appartenenti alla Guardia di Finanza – Reparto Tecnico Logistico Amministrativo Lombardia – hanno commesso, in maniera reiterata, atti di violenza sessuale ai danni di alcune prostitute. Tali episodi si sono verificati durante le ore di servizio di controllo del territorio, utilizzando l'autovettura di servizio e con abuso dell'autorità della funzione, considerato che i soggetti attivi del reato, all'atto della violenza sulle vittime, indossavano la divisa.

Con sentenza 12 aprile 2011, n. 946, confermata nei successivi gradi di giudizio[4], il Tribunale di Milano ha condannato i quattro militari per i reati di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), di peculato d'uso (art. 314 c.p.) nonché di concussione (art. 317 c.p.). Inoltre, gli stessi militari sono stati destituiti con rimozione del grado dalla Guardia di Finanza, che ha proceduto anche, nel 2014 e nel 2019, alla costituzione in mora e all'interruzione della prescrizione del credito risarcitorio vantato nei loro confronti.

Con nota del 13 aprile 2015, la Guarda di Finanza – Reparto Tecnico Logistico Amministrativo Lombardia – ha notiziato la Procura regionale presso la Corte dei conti del suddetto procedimento penale a carico dei quattro militari, determinando l'attivazione di un'istruttoria per l'accertamento di un eventuale danno erariale. Con atto di citazione del 15 aprile 2021, la Procura contabile lombarda ha contestato ai militari due diverse voci di danno erariale: il danno da indebita percezione di retribuzione, in violazione del sinallagma contrattale durante la commissione dei reiterati illeciti, e il danno da lesione dell'immagine del Ministero dell'Economia-Guardia di Finanza.

2.2 Sull'inammissibilità della domanda di rito abbreviato in presenza di una sola voce di danno che configuri doloso arricchimento

I convenuti, negli scritti difensivi, hanno chiesto la definizione del giudizio con rito abbreviato, offrendo il pagamento di una somma pari al 50% della pretesa risarcitoria azionata nei loro confronti nell'atto di citazione.

Il Collegio dichiara inammissibile la richiesta di rito abbreviato, sull'assunto che la voce di danno da interruzione del sinallagma, contestata dalla Procura alle parti convenute, integri un'ipotesi di arricchimento doloso, tale da rendere inammissibile la domanda ex art. 130, comma 4, c.g.c., anche nell'ipotesi, come quella di specie, in cui si verifica un cumulo oggettivo di domande, alcune delle quali non caratterizzate da arricchimento doloso. Si ritiene utile soffermarsi, sia pur brevemente, sulla scelta operata dalla sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei conti.

[4] Il riferimento è da intendersi effettuato alla sentenza 5 giugno 2012, n. 4057, della Corte d'Appello di Milano, divenuta irrevocabile giusta declaratoria di inammissibilità dei gravami interposti dai condannati resa dalla Corte di Cassazione, Sez. III penale, con sentenza 19 giugno 2013, n. 1835.

Il rito abbreviato[5], che è subentrato al c.d. condono erariale[6], altro non è che un procedimento alternativo al rito ordinario, cui il legislatore ha attribuito una funzione «deflattiva della giurisdizione di responsabilità» nonché «lo scopo di garantire l'incameramento certo e immediato di somme risarcitorie all'Erario». Queste sono le parole con cui l'art. 130 c.g.c., in apertura del Titolo dedicato ai riti speciali, enuncia la *ratio* sottesa al rito abbreviato. Lo stesso articolo ne racchiude l'intera disciplina, prevedendo la possibilità del soggetto convenuto nel giudizio di responsabilità amministrativa di chiedere, nella comparsa di risposta e previa l'acquisizione del parere concorde del Pubblico Ministero, la definizione alternativa del giudizio, attraverso il pagamento di una somma che, nel primo grado di giudizio, non può superare il 50% della pretesa risarcitoria azionata nell'atto di citazione; in grado di appello tale somma non può essere inferiore al 70% del danno contestato in citazione. L'art. 130, comma 4, c.g.c. introduce un limite all'accesso al rito abbreviato, disponendo l'inammissibilità della relativa richiesta «nei casi di doloso arricchimento del danneggiante». In tal modo, come ha chiarito la giurisprudenza[7], il legislatore ha inteso scongiurare che il soggetto che abbia volontariamente provocato un danno all'amministrazione possa avvalersi di un meccanismo premiale, quale è il rito abbreviato, onde trattenere buona parte del vantaggio economico indebitamente percepito. La nozione di "doloso arricchimento", che il legislatore da per presupposta, è stata oggetto di esame da parte della giurisprudenza, secondo cui configura una fattispecie di doloso arricchimento il conseguimento a qualsiasi titolo di un vantaggio *latu sensu* patrimoniale[8]. Dunque, non ogni illecito contabile, quantunque di matrice dolosa, comporta un doloso arricchimento, rappresentando questo un *quid pluris*, successivo e distinto rispetto all'evento in senso stretto[9]. Talvolta, solo alcune delle domande risarcitorie della Procura, tra di loro connesse sotto il profilo soggettivo e formulate all'interno del medesimo giudizio di responsabilità, nei confronti della medesima persona, sono caratterizzate dal doloso arricchimento. In questi casi, la giurisprudenza si interroga sulla possibilità per il Collegio di operare una separazione delle domande e una conseguente conversione di rito con riferimento alle sole domande risarcitorie non dirette al recupero del doloso arricchimento.

Nella sentenza in commento, la sezione giurisdizionale lombarda prende posizione sulla questione. La Procura ha contestato ai convenuti sia un danno erariale da violazione o interruzione del

---

[5] Per un'analisi del rito abbreviato, completa di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si veda F. FRENI, *Il rito abbreviato*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016, come modificato dal D.lgs. n. 114/2019)*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 591-606.

[6] Per una panoramica sul c.d. condono erariale, si vedano i seguenti scritti: A. F. DI SCIASCIO, *Il condono erariale: istituto utile a reperire fondi per la P.A. o mezzo di attuazione dei principi del giusto processo nel processo contabile?*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Editoriale scientifica, Napoli, pp. 65-90; C. PINOTTI, *La definizione del processo d'appello contabile su richiesta della parte: difficile inquadramento sistematico e dubbi di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2007, fasc. 10, pp. 2368-2376.

[7] Di quest'avviso è stata C. conti, sez. giur. Liguria, 5 gennaio 2021, n. 1, in *www.corteconti.it*. Sul tema si sofferma anche la sezione giurisdizionale lombarda, nella sentenza in commento, quando, richiamando il decreto del 13 gennaio 2022, n. 1, ricorda che «la ragione per cui il doloso arricchimento osta all'accesso al rito abbreviato non va rinvenuta in un intento punitivo di una condotta massimamente riprovevole (che porterebbe ad escludere tout court chi se ne sia reso responsabile dall'ammissione al rito alternativo), perché non si comprenderebbe allora perché il motivo di inammissibilità non sia stato esteso a tutti i casi in cui il danno per cui si agisce sia l'effetto di una condotta dolosa del presunto responsabile», apparendo, piuttosto, «più verosimile che il legislatore abbia voluto semplicemente escludere in radice la possibilità, che sarebbe stata indubbiamente paradossale, che colui che ha inteso arricchirsi dolosamente a danno dell'erario pubblico potesse opportunisticamente, attraverso la definizione agevolata della propria posizione, conservare parte del profitto illecitamente conseguito».

[8] C. conti, sez. giur. Trentino-Alto Adige, sede di Bolzano, decreto 27 luglio 2022, n. 4, in *Riv. C. conti*, 2022, fasc. 4, pp. 173-174.

[9] C. conti, sez. giur. Trentino-Alto Adige, sede di Bolzano, 15 settembre 2022, n. 11, in *www.corteconti.it*.

sinallagma[10], che integra un'ipotesi di doloso arricchimento, sia un danno all'immagine della pubblica amministrazione[11]. In questa occasione, il Collegio si pronuncia per l'inscindibilità delle domande e per la conseguente inammissibilità, ai sensi dell'art. 130, comma 4, c.g.c., di tutte le richieste di rito abbreviato, sull'assunto che una diversa composizione del problema, che opti per soluzioni "scissioniste", sia contraria alla *ratio* dell'istituto, «che risulta finalizzato ad assolvere ad una funzione deflattiva dei giudizi di responsabilità, che risulterebbe frustrata nel caso in cui dovesse essere ammessa la scissione della domanda e la sua regolazione con riti differenti». Il Collegio, tuttavia, apre a una "scissione" delle domande, con conseguente ammissione del rito abbreviato, nell'ipotesi in cui il convenuto versi stragiudizialmente all'amministrazione danneggiata, prima del giudizio, l'importo del danno frutto di doloso arricchimento, di talché residui in capo al convenuto la sola contestazione della voce di danno non riconducibile al doloso arricchimento. In questa ipotesi, difatti, la *ratio* dell'istituto non subirebbe alcuno sconvolgimento, essendo stati gli importi costituenti doloso arricchimento integralmente restituiti all'erario ed essendo scongiurato il rischio che colui che abbia inteso arricchirsi dolosamente a danno delle casse pubbliche possa opportunisticamente, attraverso la definizione agevolata della propria posizione, conservare parte del profitto illecitamente conseguito.

2.3 Sul rigetto dell'eccezione di nullità ex art. 87 c.g.c. in presenza di un ragionevole rapporto di continenza tra citazione e invito a dedurre

Una prima eccezione sollevata dai convenuti concerne la nullità della citazione per mancata corrispondenza tra i fatti contestati nell'invito a dedurre e quelli esplicitati nell'atto di citazione. In particolare, un convenuto ha lamentato una discrasia tra l'importo contestato *pro quota* nell'invito a dedurre per danno all'immagine e l'importo contestato *in solidum* in citazione. La norma richiamata a fondamento dell'eccezione è l'art. 87 c.g.c.[12], che disciplina un'ipotesi di nullità *sui generis* dell'atto di citazione, eccepibile qualora gli elementi essenziali del fatto in esso dedotti non corrispondano con quelli contenuti nell'invito a dedurre[13].

Il Collegio ritiene insussistente la violazione del contraddittorio, giacché, nel caso di specie, i fatti storici menzionati in invito a dedurre (condotta, entità del danno, elemento psicologico doloso) sono i medesimi indicati in citazione. Inoltre, evidenzia come, nell'atto di citazione, la Procura si sia limitata ad ascrivere il danno all'immagine arrecato, in via prioritaria, *in solidum* e, solo in via gradata, *pro-quota*, anche in considerazione del fatto che il disposto dell'art. 1-*quinquies* della legge 14 gennaio 1994, n. 20, trova applicazione solo in presenza di una condotta dolosa o di un illecito arricchimento, operando altrimenti l'art. 1-*quater* del medesimo testo normativo[14]. Questo punto della

[10] Il danno erariale da violazione o interruzione del sinallagma, anche detto da lesione del rapporto sinallagmatico, consiste nelle retribuzioni erogate al dipendente per attività non svolte o che esulano da compiti d'ufficio. In altre parole, tale danno si verifica quando il dipendente agisce non in favore ma in pregiudizio dell'ente pubblico, distraendo energie lavorative dai suoi compiti istituzionali, di talché si verifica un'alterazione tra le prestazioni lavorative rese e la retribuzione, che diventa, in tutto o in parte, priva di causa.

[11] Per una panoramica sul danno all'immagine della pubblica amministrazione si rinvia al paragrafo 3 del presente articolo.

[12] Si riporta il testo dell'art. 87 c.g.c. (rubricato «Rapporti tra invito a dedurre e citazione»): «La citazione è altresì nulla, qualora non sussista corrispondenza tra i fatti di cui all'articolo 86 comma 2, lettera e), e gli elementi essenziali del fatto esplicitati nell'invito a dedurre, tenuto conto degli ulteriori elementi di conoscenza acquisiti a seguito delle controdeduzioni».

[13] Sulla nullità della citazione per mancata corrispondenza degli elementi essenziali del fatto esplicitati nell'invito a dedurre, si veda A. IADECOLA, *Introduzione del giudizio*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo op. cit.*, pp. 465-494, in particolare pp. 481-484.

[14] Si riporta il testo dell'art. 1-*quater* della legge n. 20/1994: «Se il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso». Il primo periodo del successivo articolo 1-*quinquies* dispone: «Nel caso di cui al comma 1-quater i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo sono responsabili solidalmente».

sentenza si pone in linea con un orientamento che domina il panorama giurisprudenziale da oltre un ventennio[15], secondo cui non è prescritta la necessaria piena corrispondenza tra le contestazioni mosse nell'atto di citazione e quelle contenute nell'invito a dedurre, ma è sufficiente un ragionevole rapporto di continenza, che mantenga inalterato il nucleo essenziale della domanda, ossia il *petitum* e la *causa petendi*.

2.4 Sulla decorrenza del termine di prescrizione a fronte di fatti di reato dolosamente occultati

Una seconda eccezione sollevata dai convenuti ha a oggetto la prescrizione della domanda risarcitoria, a fronte di fatti del 2008 che non sarebbero stati dolosamente occultati e, con riferimento al solo danno all'immagine, posti in essere prima dell'entrata in vigore dell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102, che prevede la sospensione della prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa da reato sino al termine del procedimento penale.

Il Collegio dichiara manifestamente infondata questa eccezione, ritenendo che i fatti integranti i reati sessuali siano stati occultati dai militari e ricordando come sia ormai pacifico in giurisprudenza che, qualora i fatti generatori di danno erariale siano connessi a fatti integranti un reato dolosamente occultato, il danno si materializzi in tutte le sue componenti oggettive e soggettive, con conseguente decorso della prescrizione, solo con il decreto di rinvio a giudizio, nel caso di specie emesso in data 27 gennaio 2011. Di seguito, il Collegio rammenta che la Guardia di Finanza ha proceduto, nel 2014 e nel 2019, alla costituzione in mora dei militari, di tal guisa interrompendo la prescrizione del credito risarcitorio vantato nei loro confronti, e che, nel 2021, è intervenuto l'invito a dedurre, avente parimenti effetto interruttivo della prescrizione. Pertanto, ritiene tempestivo l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte della Procura erariale. Infine, con riferimento alla sola voce di danno all'immagine contestata, il Collegio statuisce che, per la stessa, opera anche l'effetto sospensivo sulla prescrizione sino al giudicato penale, formatosi nel 2013, ai sensi di quanto previsto dall'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009.

Le motivazioni con le quali la sezione giurisdizionale lombarda si pronuncia su questa seconda eccezione non destano stupore, perché in linea con il dettato normativo e la prevalente conforme interpretazione giurisprudenziale dello stesso. È cosa nota agli operatori del settore che il termine di prescrizione quinquennale dell'azione di responsabilità, previsto dall'art. 1, comma 2, della legge n. 20/1994, decorra dalla verificazione del fatto dannoso, ossia dalla realizzazione dell'*eventus damni*, non espletando alcun effetto, nel processo contabile, il semplice scostamento della condotta dal paradigma legale. Tale regola generale subisce una deroga nell'ipotesi di "occultamento doloso del danno", in cui la percezione e comprensione degli accadimenti richiede lo spiegamento di approfondimenti mirati. Il legislatore ha previsto per tali evenienze, integranti di norma condotte penalmente rilevanti, un termine prescrizionale decorrente dal momento della conoscenza effettiva del danno. Affinché si possa parlare di "conoscenza effettiva" del danno, ricorda il giudice contabile

[15] Questo orientamento è pacifico in giurisprudenza sin da C. conti, sez. riun., 16 febbraio 1998, n. 7/QM, in *Riv. C. conti*, 1998, fasc. 1, pp. 62-66. Seguono alcune sentenze che, successivamente, hanno affrontato il tema: C. conti, sez. II app., 4 febbraio 2022, n. 30, in *Riv. C. conti*, 2022, fasc. 1, pp. 151-152; C. conti, sez. giur. Lombardia, 9 marzo 2018, n. 49, in *Riv. C. conti*, 2018, fasc. 1-2, pp. 323-330; C. conti, sez. giur. Veneto, 10 luglio 2017, n. 77, in *Riv. C. conti*, 2017, fasc. 3-4, pp. 385-396; C. conti, sez. I app., 29 settembre 2017, n. 381, in *Riv. C. Conti*, 2017, fasc. 5-6, pp. 322-328. Recentemente, il tema è stato affrontato dalle seguenti pronunce: C. conti, sez. II app., 15 marzo 2022, n. 96, *in www.corteconti.it*; C. conti, sez. giur. Piemonte, 3 maggio 2022, n. 121, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Abruzzo, 7 giugno 2022, n. 77, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Sardegna, 8 giugno 2022, n. 139, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Sardegna, 15 luglio 2022, n. 172, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Lazio, 8 settembre 2022, n. 597, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Friuli-Venezia Giulia, 20 settembre 2022, n. 44, *ibid*.; C. conti, sez. III app., 21 settembre 2022, n. 320, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Toscana, 4 ottobre 2022, n. 301, *ibid*.

d'appello[16], «non è sufficiente la conoscenza o conoscibilità ipotetica di un illecito, ma occorre la conclusione del processo di valutazione istruttoria degli elementi fattuali, con la qualificazione giuridica degli stessi e l'individuazione dei soggetti cui le medesime condotte sono causalmente riconducibili». Anche in questo punto della sentenza in commento, così come nel precedente, il giudice erariale statuisce in conformità con la prevalente giurisprudenza[17].

2.5 Sull'azionabilità di pretese per danno all'immagine conseguente a giudicati penali anche per delitti diversi da quelli contro la p.a. nonché nelle ipotesi di concorso tra delitti "comuni" e delitti contro la p.a. (rinvio)

I convenuti hanno eccepito anche l'inesistenza del danno all'immagine alla pubblica amministrazione, loro contestato dalla Procura regionale, sull'assunto che i reati di peculato e di concussione, da loro commessi, non avrebbero arrecato alcun danno all'immagine al Ministero dell'Economia-Guardia di Finanza. In subordine, richiamando pronunce del giudice contabile su vicende analoghe, hanno eccepito l'erronea quantificazione di tale danno non patrimoniale, a loro dire arrecato in misura notevolmente inferiore. Hanno eccepito, altresì, la non contestabilità del danno all'immagine per il reato di violenza sessuale di gruppo, richiamando quell'orientamento della giurisprudenza contabile secondo cui, nonostante l'espressa abrogazione dell'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, a opera dell'art. 4, comma 1, lett. g), dell'allegato 3 al d.lgs. n. 174/2016[18], il rinvio allo stesso art. 7, contenuto nel secondo alinea dell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102[19], continuerebbe a spiegare i suoi effetti all'interno dell'ordinamento contabile, limitando l'esercizio dell'azione di responsabilità per danno all'immagine ai soli delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, elencati nel Capo I del Titolo secondo del Libro secondo del Codice penale. Nell'intento di rafforzare la loro posizione processuale, i convenuti hanno richiamato la pronuncia 4 luglio 2019, n. 191, della Corte costituzionale, che, a loro dire, avallerebbe questo orientamento giurisprudenziale.

Alla luce delle inequivoche sentenze penali passate in giudicato e della non contestazione, da parte dei convenuti, del computo effettuato dalla Procura, il Collegio ritiene i convenuti responsabili di un danno erariale da indebita percezione di (quota parte della) retribuzione in violazione del sinallagma contrattale e di un danno all'immagine della pubblica amministrazione. Il Collegio considera questa seconda "posta" di danno come ancorabile e causalmente legata alle due gravi fattispecie di reato contro la pubblica amministrazione, ossia il peculato e la concussione, commesse dai convenuti, che sono stati oggetto di richiami espressi nelle testate giornalistiche allegate dalla Procura. Pur consapevole dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che ammette la perseguibilità del danno all'immagine solo a fronte dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, il Collegio sceglie di ammettere la contestabilità del succitato danno erariale non patrimoniale anche per i reati di violenza sessuale, ritenendo che siano oggi azionabili pretese risarcitorie in sede contabile per danno all'immagine della pubblica amministrazione conseguente a giudicati penali anche per delitti diversi da quelli contro la pubblica amministrazione. Questa scelta si fonda sull'assunto che, avendo l'art. 4, comma 1, lett. h), dell'allegato 3 al d.lgs. n. 174/2016 abrogato l'art. 7 della legge n. 97/2001, il richiamo a questa disposizione – operato dall'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 – andrebbe riferito, in applicazione dell'art. 4, comma 2, dell'allegato 3 al d.lgs. n.

[16] C. conti, sez. II app., 26 febbraio 2020, n. 45, in *www.corteconti.it*.
[17] Si vedano C. conti, sez. II app, 6 novembre 2020, n. 258, in *www.corteconti.it* e *id.*, 7 giugno 2021, n. 193, *ibid*.
[18] Si riporta il testo dell'art. 4, comma 1, lett. g), dell'allegato 3 al d.lgs. n. 174/2016.: «A decorrere dalla data di entrata in vigore del codice, sono o restano abrogati, in particolare (…) g) l'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97».
[19] Si riporta il testo del secondo periodo dell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009: «Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97».

174/2016[20], all'art. 51, comma 7, c.g.c. [21]; così determinando il tramonto dei limiti al novero dei delitti suscettibili di danno all'immagine e una riespansione della giurisdizione contabile a perseguire qualsiasi delitto foriero di lesione alla reputazione della pubblica amministrazione. Il Collegio rimarca, altresì, come la recente pronuncia n. 191/2019 della Corte costituzionale non abbia affatto ritenuto che la vigente normativa consenta di perseguire in sede contabile il danno all'immagine solo a fronte di delitti contro la pubblica amministrazione, avendo, invece, previsto la possibile qualificazione del rinvio operato da parte del primo alinea dell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 all'art. 7 della legge n. 97/2001 come rinvio "mobile". Questa soluzione interpretativa, nell'opinione del Collegio, scongiurerebbe una irragionevole discrasia, costituzionalmente illegittima, con la piena perseguibilità risarcitoria del danno all'immagine patito dalla pubblica amministrazione innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Infine, il Collegio evidenzia come, anche seguendo l'indirizzo giurisprudenziale che ammette la perseguibilità del danno all'immagine solo a fronte dei delitti contro la pubblica amministrazione, le conclusioni non muterebbero nel caso di specie. Difatti, sviluppando ulteriormente l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il danno all'immagine è contestabile anche a fronte di reato complesso, non rientrante nel "catalogo" dei delitti contro la pubblica amministrazione, di cui però il delitto contro la pubblica amministrazione sia elemento costitutivo o circostanza aggravante, il Collegio stabilisce che la lesione del danno all'immagine è azionabile per qualsiasi forma di concorso di delitti "comuni" con quelli contro la pubblica amministrazione, qualora il legame tra gli stessi si traduca in una unitaria o continuata azione delittuosa che nel suo insieme arrechi danno alla immagine della pubblica amministrazione.

In conclusione, la sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei conti condanna i convenuti al risarcimento del danno da violazione del sinallagma contrattuale e del danno all'immagine provocati al Ministero dell'Economia-Guardia di Finanza. Considerata l'impossibilità di determinare gli importi da addebitare ai singoli convenuti mediante il criterio del c.d. *duplum*, liquida tali importi facendo applicazione dei tre criteri generali di liquidazione – oggettivi, soggettivi e sociali – utilizzati dalla giurisprudenza contabile a partire dalla nota sentenza n. 10/QM/2003[22].

Come è possibile evincere dall'ampia e dettagliata analisi sopra effettuata, nella pronuncia in commento la sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei conti non si limita a riaffermare una serie di princìpi già noti agli operatori del diritto in tema di accesso al rito abbreviato, nullità della citazione e prescrizione dell'illecito contabile. In un contesto "sensibile" come quello del danno all'immagine della pubblica amministrazione, il giudice erariale opera una netta scelta di campo tra due orientamenti in contrasto tra loro sin dall'adozione del Codice di giustizia contabile, motivando tale scelta attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato codicistico. Inoltre, estende una regola, che parte della giurisprudenza ritiene applicabile ai reati complessi, al diverso istituto di concorso di reati, di tal guisa realizzando quell'opera di riempimento delle lacune del diritto vigente mediante il c.d. diritto vivente. Prima di analizzare nel dettaglio l'approccio riservato dalla sezione giurisdizionale lombarda al tema del danno all'immagine della pubblica amministrazione, si rende opportuno descrivere il contesto in cui la pronuncia in commento si colloca: un contesto in cui «non si ravvisa un vero e proprio complesso organico di interventi coordinati tra loro in vista del

[20] Si riporta il testo dell'art. 4, comma 2, dell'allegato 3 al d.lgs. n. 174/2016: «Quando disposizioni vigenti richiamano disposizioni abrogate dal comma 1, il riferimento agli istituti previsti da queste ultime si intende operato ai corrispondenti istituti disciplinati nel presente codice».

[21] Si riporta il testo dell'art. 51, comma 7, c.g.c.: «La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché degli organismi e degli enti da esse controllati, per i delitti commessi a danno delle stesse, è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

[22] C. conti, sez. riun., 23 aprile 2003, n. 10/QM, in *Giur. it*., 2003, pp. 1710-1719 con nota di M. POTO, *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vaglio delle sezioni riunite della Corte dei conti*, *ivi*, pp. 1710-1712.

perseguimento di un determinato obiettivo di politica legislativa, quanto piuttosto una serie di iniziative episodiche e frammentarie»[23].

3. La giurisdizione della Corte dei conti sul danno all'immagine della pubblica amministrazione

3.1 Il diritto all'immagine nella cornice dei diritti della personalità

Nell'ambito del giudizio di responsabilità dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, è notazione corrente che, quando ne sussista la possibilità e la convenienza, il legislatore e il giudice erariale modellino le voci di danno sull'archetipo delle omonime voci di danno di cui fa uso il giudice ordinario. Esempi significativi di questa convergenza sono la nozione di danno ambientale[24] nonché quella di danno da *medical malpractice*[25]. Sicché, non stupisce che la nozione primordiale di danno all'immagine della pubblica amministrazione costituisse una mera trasposizione, con i dovuti adattamenti richiesti dalla disciplina pubblicistica, della voce di danno all'immagine della persona giuridica di matrice civilistica.

La dottrina civilistica[26] scinde, con alcune sfumature, il concetto giuridico di immagine in due nozioni: quella di "immagine-ritratto" e quella di "immagine-reputazione". La nozione di immagine-ritratto[27] può essere definita come «la rappresentazione e la riproduzione delle sembianze dell'aspetto fisico di una persona[28]». In questo senso, l'immagine rappresenta uno dei mezzi di identificazione più pregnanti della persona all'interno della realtà sociale in cui è inserita e, unitamente col nome e con le altre caratteristiche soggettive, uniche e irripetibili dell'individuo, compone la nozione di personalità. Secondo la tesi c.d. pluralistica, esistono tanti diritti della personalità quanti sono gli aspetti della personalità direttamente o indirettamente riconosciuti dall'ordinamento[29]: il nome, l'immagine, l'onore e la reputazione. Trattasi di diritti originari, indisponibili e dal contenuto non patrimoniale, perché garantiti dall'ordinamento a prescindere dalle eventuali ripercussioni di carattere economico originate dalla loro violazione. I diritti della personalità non trovano un riferimento

---

[23] M. BRICCARELLO, G. ODINO, *Le limitazioni alla risarcibilità del danno all'immagine della P.A. non sono incostituzionali*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, fasc. 3, pp. 787-806.

[24] Sulla nozione di danno (erariale) ambientale, si rinvia a E. LENER, *Il danno ambientale*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti: responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 483-503.

[25] Sulla nozione di danno (erariale) da *medical malpractice*, si rinvia M. T. D'URSO, *La responsabilità amministrativa da malpractice medica e l'azione di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti secondo la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) a tre anni dalla sua entrata in vigore*, in *Riv. C. conti*, 2020, fasc. 4, pp. 22-32.

[26] Si vedano le seguenti opere di dottrina: S. PREVITI, *Le prove civili*, CEDAM, Padova, 2014, p. 246, in cui l'autore opera una netta differenziazione tra la nozione di immagine intesa come ritratto e la nozione di immagine intesa come reputazione; A, MUSIO, *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*, in A. MUSIO, A. LAINO, F. AVERSANO, *Il danno all'immagine delle persone giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1-69, in particolare pp. 2-3, in cui l'autore distingue tra una nozione di immagine intesa come rappresentazione della propria fisicità corporea e una nozione di immagine intesa come considerazione che la società ha di ciascun individuo; I. INGLESE, *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 33, in cui l'autore ritiene esistente un unico concetto di immagine, comprendente un aspetto materiale (il ritratto) e un aspetto virtuale (la reputazione).

[27] In dottrina è pacifica l'opinione secondo cui la nozione di immagine contenuta nel Codice civile coincide con la nozione di ritratto contenuta nella legge sul diritto d'autore. Sul punto, si vedano i seguenti scritti: G. BERTAZZI, (a cura di), *Diritto d'autore*, CEDAM, Padova, 2007, p. 308; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 145 ss.

[28] S. PERON, *Cronaca giudiziaria, violazione del diritto all'immagine e criteri di risarcimento dei danni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, fasc. 4, pp. 1142-1151.

[29] Il tema della distinzione, nell'individuazione della nozione di diritto della personalità, tra la tesi monistica e la tesi pluralistica, nelle sue distinte accezioni, è affrontato in A. RICCI, *Il diritto alla reputazione nel quadro dei diritti della personalità*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 21 ss.

esplicito a livello costituzionale. Tuttavia, la dottrina[30] e la giurisprudenza[31] attribuiscono a tali diritti una valenza costituzionale e, pertanto, una piena tutela giuridica, in virtù dell'art. 2 Cost. Tale norma riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, tutelando ognuna delle distinte modalità attraverso cui la persona si esplica. Tra i diritti della personalità si annovera il diritto all'immagine, che la dottrina definisce come «l'interesse all'intangibilità della proiezione sociale della persona[32]». La tutela civilistica del diritto alla "immagine-ritratto" è contenuta nell'art. 10 c.c. [33] e negli artt. 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore[34].

Nulla ha a che vedere con la nozione di immagine intesa come ritratto la nozione di immagine intesa come reputazione personale o commerciale, anche detta immagine sociale o professionale. Trattasi di una nozione elaborata dalla giurisprudenza di legittimità[35] e che corrisponde alla considerazione che la società ha di ciascuna persona. In dottrina, questa seconda concezione di immagine è stata definita come «la proiezione fisionomica della persona nel contesto sociale di appartenenza[36]». Di conseguenza, il diritto alla tutela dell'immagine, intesa nel senso da ultimo evidenziato, consiste nell'interesse a preservare l'idea che gli altri hanno di sé. La dottrina[37] e la giurisprudenza[38] annoverano anche tale diritto tra i diritti della personalità, di tal guisa riconducendone la tutela giuridica nella sfera di applicazione dell'art. 2 Cost. A partire dagli anni '80, la giurisprudenza di legittimità[39] ha esteso la titolarità del diritto all'immagine – inteso quale diritto alla reputazione – anche in capo alle persone giuridiche e agli enti collettivi, affinché la lesione di tale diritto potesse dar luogo al risarcimento dei danni sia patrimoniali sia non patrimoniali. In particolare, in una nota pronuncia[40], la Corte di cassazione ha riconosciuto che «le persone giuridiche sono portatrici di una propria immagine sociale nell'ambito della realtà nel contesto in cui operano». L'espresso riferimento all'immagine sociale permette di ribadire, citando le parole della dottrina, come, in questa circostanza, «per lesione dell'immagine non si intende la diffusione del c.d. ritratto,

[30] Si veda G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, UTET, Torino, 2019, pp. 145 ss.
[31] Si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it*., 2011, I, pp. 534-539, con nota di G. PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*, *ivi*, pp. 540 ss.
[32] A. AGATE, *Il diritto all'immagine*, in S. RUSCICA, (a cura di), *I diritti della personalità*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 551-594.
[33] Si riporta il testo dell'art. 10 c.c. (rubricato «Abuso dell'immagine altrui»): «Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni».
[34] Si riporta il testo dell'art. 96 della legge n. 633/1941: «Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente. Dopo la morte della persona ritrattata si applicano le disposizioni del secondo, terzo e quarto comma dell'art. 93». Si riporta anche il testo dell'art. 97 della legge n. 633/1941: «Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro nella persona ritrattata».
[35] Cass. civ., 29 novembre 1973, n. 3290, in *Foro pad.*, 1975, p. 20-22.
[36] M. DE CHIARA, *Immagini parlanti e diritto di cronaca*, in *Foro it.*, 2021, fasc. 7-8, pp. 2448-2452.
[37] Si veda A. RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1 ss.
[38] Si veda, *ex multis*, Trib. Frosinone, 06 ottobre 2020, n. 670, in *www.dejure.it*.
[39] Si riportano alcune sentenze rappresentative del *trend* evolutivo della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione in materia di danno all'immagine della persona giuridica: Cass civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, I, pp. 2214 e 2216; Cass. civ., sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1236, con nota di R. FOFFA, *La lesione dell'immagine di una persona giuridica*, *ivi*, pp. 1236-1248; Cass. civ., sez. III, 16 marzo 2021, n. 7384, in *www.dejure.it*.
[40] Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2000, n. 2367, in *Danno e resp.*, 2000, pp. 490-491, con nota di V. CARBONE, *Il pregiudizio all'immagine e alla credibilità di una s.p.a. costituisce danno non patrimoniale e non danno morale*, *ivi*, pp. 490-496.

ma, al contrario, la lesione della reputazione dell'ente conseguente a vicende che la pongono in pericolo[41]».

3.2 La nozione e la natura giuridica di danno all'immagine della pubblica amministrazione

Così come le persone giuridiche private, anche le persone giuridiche pubbliche annoverano nel loro "portafoglio di diritti" il diritto all'immagine, da intendersi nella sua accezione di reputazione. Questa titolarità è stata riconosciuta per la prima volta dalla Corte di cassazione, nel 1991, nella sentenza pronunciata sul caso Lockheed, una vicenda avente a oggetto la corresponsione di tangenti a ministri e funzionari del governo italiano per l'acquisto di aerei da una compagnia straniera[42]. Sicché, costituisce danno all'immagine della pubblica amministrazione, secondo una definizione essenziale, la lesione del decoro e del prestigio dell'ente pubblico, scaturente da un comportamento illecito. Questa definizione deve essere integrata alla luce dell'evoluzione dell'istituto nella giurisprudenza della Corte dei conti, della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. In particolare, queste corti si sono pronunciate sulla giurisdizione sul danno all'immagine della pubblica amministrazione, sulla sua natura giuridica, ossia sulla sua qualificazione come danno patrimoniale o non patrimoniale nonché come danno-evento o danno-conseguenza, sull'estensione di alcune voci che ne compongono l'elemento oggettivo, come il fatto illecito o il *clamor fori* ovvero il rapporto di servizio, sui meccanismi di quantificazione a esso applicabili e sulla sua funzione.

Sin dal tramonto degli anni '80, la Corte dei conti si è occupata di definire le competenze giurisdizionali in materia di danno all'immagine della pubblica amministrazione[43]. In un primo momento, le sezioni riunite[44] hanno negato la possibilità, in sede di giudizio di responsabilità, di pronunciarsi in tema di danno all'immagine della pubblica amministrazione, all'epoca ricondotto al solo danno morale conseguente al reato, affidando la relativa giurisdizione al giudice ordinario. Un quinquennio più tardi, contraddicendo la funzione nomofilattica delle sezioni riunite, le neoistituite[45] sezioni giurisdizionali regionali[46] hanno riconosciuto la propria giurisdizione sul danno all'immagine della pubblica amministrazione. Tale orientamento, presto avallato dalle sezioni unite della Corte di cassazione[47], è stato accolto sia dalle sezioni di appello[48] sia dalle sezioni riunite[49] della Corte dei conti.

La presa di coscienza, da parte di entrambe le giurisdizioni, circa la meritevolezza della tutela risarcitoria in favore della persona giuridica pubblica che abbia subito un danno alla propria immagine

---

[41] L. MEZZASOMA, *il diritto all'immagine tra codice civile e Costituzione*, in *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 2013, fasc. 2.

[42] Il riferimento è da intendersi effettuato a Cass. Civ., 10 luglio 1991, n. 7642, *Giur. it.*, 1992, parte I, sez. 1, pp. 96-104, con nota di L. CASO, *Lo Stato come soggetto passivo di danni non patrimoniali*, *ivi*, pp. 95-98.

[43] L'evoluzione storica del danno all'immagine della pubblica amministrazione è contenuta in M. MATASSA, *Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2020, fasc. 3, pp. 733-756.

[44] C. conti, sez. riun., 6 maggio 1988, n. 580/A, in *Riv. C. conti*, 1988, fasc. 4, pp. 61-63.

[45] Il riferimento è da intendersi effettuato all'art. 1 (rubricato «Sezioni regionali della Corte dei conti») del d.l. 15 novembre 1993, n. 453, conv. con mod. in legge 14 gennaio 1994, n. 19, che dispone: «In tutte le regioni sono istituite ove non già esistenti sezioni giurisdizionali della Corte dei conti con circoscrizione estesa al territorio regionale e con sede nel capoluogo di regione».

[46] C. conti, sez. giur. Umbria, 10 febbraio 1995, n. 20, in *Riv. C. conti*, 1995*,* fasc. 1, pp. 186-189; C. conti, sez. giur. Lombardia, 12 gennaio 1996, n. 133, in *Riv. C. conti*, 1996, fasc. 2, pp. 98-102; C. conti, sez. giur. Lombardia, 17 giugno 1996, n. 1290, in *Riv. C. conti*, 1996, fasc. 3, p. 117.

[47] Si veda Cass. civ., sez. un., 25 giugno 1997, n. 5668, in *Riv. C. Conti*, 1997, fasc. 3, pp. 227-228.

[48] Si veda C. conti, Sez. II app., 13 ottobre 1998, n. 207/A, in *Foro amm.*, 1999, p. 1121, in cui si legge: «La non patrimonialità del danno non comporta una deroga ai principi che presiedono al riparto della giurisdizione fra il giudice ordinario e il giudice della responsabilità amministrativa; (…) pertanto giudice naturale del danno non patrimoniale, e nella specie del danno morale, ove l'amministrazione danneggiata non si costituisca parte civile in un processo penale, è la Corte dei conti».

[49] Si veda la già citata C. conti, sez. riun., n. 10/QM/2003.

nonché della competenza a conoscerne della magistratura contabile non ha sempre sottointeso un'uniformità di opinioni in merito alla natura giuridica di tale danno[50]. In un primo momento, la Corte di cassazione riconduceva il danno all'immagine della pubblica amministrazione nella categoria dei danni patrimoniali ex art. 2043, in quanto tali non vincolati alla commissione di un reato ex art. 2059 c.c. Tale inquadramento permetteva al giudice di legittimità di qualificare il danno all'immagine delle persone giuridiche pubbliche come danno-conseguenza, così come già avveniva per il danno all'immagine delle persone giuridiche private. Contrariamente, l'opinione del supremo consesso di giustizia contabile riconduceva il danno all'immagine della pubblica amministrazione nella categoria dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., qualificandolo come danno esistenziale. Dalla natura non patrimoniale di tale danno discendeva la sua qualifica di danno-evento. Nel corso del primo decennio del nuovo millennio, la giurisprudenza di legittimità[51], superando un annoso contrasto tra orientamenti, si è allineata con la posizione espressa dalla Corte costituzionale[52] e dalle sezioni riunite della Corte dei conti[53], riconoscendo natura non patrimoniale e di danno-conseguenza al danno all'immagine della pubblica amministrazione. La giurisprudenza ha individuato la conseguenza dannosa della condotta illecita nella lesione all'immagine dell'ente, conseguente ai fatti lesivi produttivi della lesione stessa (compimento di reati o altri specifici casi), e ha invitato l'interprete a non confondere la voce di danno in questione con le spese necessarie al ripristino dell'immagine, che costituiscono solo uno dei possibili parametri della quantificazione equitativa del risarcimento[54].

Le considerazioni svolte consentono di riprendere il discorso iniziale sulla nozione di danno all'immagine della pubblica amministrazione, interrotto per ragioni di ordine sistematico, e di portarlo a compimento, facendo buon uso dei criteri che, in progresso di tempo, la giurisprudenza ha elaborato con riferimento all'istituto e declinando la tutela del diritto all'immagine con i canoni della responsabilità amministrativa. Ebbene, è ora possibile fornire una definizione più completa dell'istituto, per la quale il danno all'immagine della pubblica amministrazione è una voce di danno

---

[50] La tematica della natura giuridica del danno all'immagine della pubblica amministrazione è affrontata approfonditamente in V. RAELI, *Lezioni di contabilità pubblica*, tomo I, Cacucci, Bari, 2018, pp. 76-105.

[51] In un primo momento, la giurisprudenza di legittimità ha attribuito al danno all'immagine della pubblica amministrazione natura patrimoniale. Si vedano la già citata Cass. civ., sez. un., 25 giugno 1997, n. 5668 e, nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 25 ottobre 1999, n. 744, in *Giur. It*., 2000, pp. 1053-1055. Successivamente, si è imposto un orientamento che ha qualificato il danno all'immagine come danno patrimoniale "indiretto", distinto dal danno patrimoniale in senso stretto perché non comportante una diminuzione patrimoniale diretta, ma suscettibile di valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso. Si vedano Cass. civ., sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886, in *Foro it.*, 2007, fasc. 9, p. 2483, e, nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 20 giugno 2007, n. 14297, in *Giur. it*., 2008, pp. 48-50. Infine, la Corte di legittimità ha riconosciuto al danno all'immagine la natura giuridica di danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c., ritenendo che il riferimento alla spesa per il ripristino dell'immagine della pubblica amministrazione vada inteso come inerente alla quantificazione monetaria del pregiudizio subìto e non alla individuazione della natura del danno. Si veda Cass. civ., sez. un., 12 aprile 2012, n. 5756, in *Foro it.*, 2013, I, pp. 281-282.

[52] Il riferimento è da intendersi effettuato a Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355, in *Giust. civ.*, 2011, fasc. 2, pp. 284-297. Si riporta un estratto della sentenza: «Inoltre, per quanto attiene specificamente alla responsabilità per violazione dell'immagine dell'ente pubblico, deve rilevarsi, in linea con quanto affermato dalla Cassazione con la stessa sentenza n. 26972 del 2008, che il relativo danno, in ragione della natura della situazione giuridica lesa, ha valenza non patrimoniale e trova la sua fonte di disciplina nell'art. 2059 cod. civ. D'altra parte, 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 quantificazione monetaria del pregiudizio subito e non alla individuazione della natura giuridica di esso».

[53] Il riferimento è da intendersi effettuato alle seguenti pronunce: la già citata Cass. civ., 4 giugno 2007, n. 12929; C. conti, sez. riun., 18 gennaio 2011, n. 1/QM, in *Riv. C. conti*, 2011, fasc. 1, pp. 136-139.

[54] Questa è, ancora oggi, la tesi maggioritaria nella giurisprudenza erariale. Si veda, *ex multis*, C. conti, sez. II app., 3 dicembre 2021, n. 399, in *www.corteconti.it*. Tuttavia, va dato atto dell'esistenza di un opposto orientamento che continua a qualificare il danno all'immagine come un danno-evento. Si veda, *ex multis*, C. conti, sez. giur. Lombardia, 25 febbraio 2022, n. 58, *ibid*.

non patrimoniale, inquadrabile nella categoria dogmatica del danno-conseguenza, contestabile agli autori di condotte dolose o gravemente colpose, contrarie ai doveri connessi al rapporto di impiego o servizio, che abbiano provocato una lesione del decoro e del prestigio dell'ente pubblico, di entità tale da provocare una perdita di credibilità e affidabilità presso i cittadini. Resta inteso che l'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione, al pari di quella diretta al recupero del danno erariale patrimoniale, non può essere esercitata in assenza di un nesso di occasionalità necessaria tra le funzioni svolte dall'autore del danno e il danno stesso[55]. Il diritto all'immagine della pubblica amministrazione beneficia di un doppio addentellato costituzionale[56]. L'immagine dell'ente trova la sua tutela risarcitoria non solo nell'art. 2 Cost., che, come già visto, protegge il diritto all'immagine di qualunque persona fisica e giuridica, sia privata sia pubblica, in quanto diritto della personalità, ma anche nell'art. 97, comma 2, Cost., che impone alla pubblica amministrazione di agire secondo i canoni di buona amministrazione, ossia in modo imparziale, efficace, efficiente ed economico. Tale ultima norma osta a qualunque condotta infedele dei membri dell'amministrazione, giacché questi, alla luce della teoria dell'immedesimazione organica[57], si identificano agli occhi della comunità con l'amministrazione di appartenenza, estendendo a quest'ultima anche il grave disvalore dell'illecito commesso. Non è mancato chi[58], in dottrina, ha individuato un fondamento della tutela risarcitoria del danno all'immagine della pubblica amministrazione nel diritto unionale, in particolare nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o "Carta di Nizza", che codifica il «diritto a una buona amministrazione».

3.3 Gli elementi costitutivi del danno all'immagine della pubblica amministrazione (rinvio). Il clamor fori

Affinché la Procura regionale presso la Corte dei conti possa contestare il danno all'immagine della pubblica amministrazione ai convenuti di un giudizio di responsabilità è necessario che risultino integrati gli elementi essenziali dell'illecito erariale, il *clamor fori* e alcune condizioni di proponibilità che il legislatore e la giurisprudenza sono andati elaborando in progresso di tempo. Ragioni di spazio non consentono di soffermarsi, in questa sede, sugli elementi essenziali dell'illecito erariale, per la cui disamina si fa integrale rinvio agli innumerevoli scritti della dottrina sul tema[59]. Risulta, invece, essenziale analizzare nel dettaglio sia il *clamor fori* sia le condizioni di proponibilità che circondano e condizionano l'esercizio dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione.

Per *clamor fori* o *strepitus fori* ovvero clamore mediatico si intende la divulgazione della notizia del fatto illecito, che può operare su un piano esterno o anche solo interno all'ente pubblico. Nella

---

[55] Per ulteriori approfondimenti sulla tematica del nesso di occasionalità necessaria, si veda A. NAPOLI, *Il rapporto di occasionalità necessaria nella giurisprudenza delle Sezioni unite in sede nomofilattica e di riparto*, in *Riv. C. conti*, 2019, fasc. 3, pp. 278-282. Per un recente caso di assoluzione di un agente pubblico autore di un danno all'immagine alla pubblica amministrazione per l'assenza del rapporto di occasionalità necessaria si veda C. conti, sez. giur. Lombardia, 12 aprile 2022, n. 103, in *Riv. C. conti*, 2022, fasc. 2, p. 221, con nota di E. TOMASSINI, *Il danno all'immagine dell'amministrazione di appartenenza si configura solo quando vi è un rapporto di occasionalità necessaria tra la condotta del soggetto agente e il danno*, *ivi*, pp. 221-223.

[56] C. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, fasc. 3, pp. 998-1016.

[57] Sulla nozione di nesso di immedesimazione organica, si veda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 12.

[58] M. BRICCARELLO, G. ODINO, *Le limitazioni alla risarcibilità op. cit.*

[59] Si vedano, da ultimi, D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. CANALE (a cura di), *La responsabilità per danno erariale*, Cacucci, Bari, 2022, e S A. CERRATO, L. GROSSI, *Elementi fondamentali di responsabilità amministrativo-contabile e danno erariale*, Giappichelli, Torino, 2022. Con riferimento alla disciplina ante codice, meritano di essere confrontati, S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Giuffrè, Milano, 2003, e A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 61-144.

prima ipotesi, la notizia dell'illecito viene diffusa a mezzo della stampa, dei *mass media* o di un pubblico dibattimento. Tale divulgazione incide sul rapporto di *affectio societatis*, provocando una diminuzione del grado di fiducia della comunità amministrata nella capacità dell'ente, alle cui dipendenze presta servizio l'autore dell'illecito, di perseguire i fini istituzionali a esso demandati dall'ordinamento. Nella seconda ipotesi, invece, la vicenda illecita non ha rilevanza esterna alla pubblica amministrazione, ma incide negativamente sull'agire delle persone fisiche che lavorano al suo servizio. Esistono due orientamenti giurisprudenziali sulla natura giuridica del *clamor fori*. Un primo orientamento[60], minoritario e risalente, considera il *clamor fori* come un mezzo imprescindibile per la consumazione della lesione della reputazione della persona giuridica pubblica. Questa impostazione ravvisa nel *clamor fori* un elemento essenziale della fattispecie, in grado di condizionare l'esistenza e la risarcibilità del danno all'immagine della pubblica amministrazione, che sarebbe del tutto inconfigurabile in assenza di clamore mediatico. Un secondo orientamento[61], recente e maggioritario, non considera il *clamor fori* un elemento essenziale del danno all'immagine della pubblica amministrazione, bensì un elemento accessorio o una [circostanza] «aggravante», che ne indica la dimensione ai fini dell'opera di liquidazione dell'importo risarcibile. Tale orientamento ritiene che la diffusione della notizia nei *mass media* comporti solamente un effetto amplificativo della lesione al prestigio e alla credibilità dell'ente pubblico, la cui consumazione risalirebbe al momento della consapevole violazione degli obblighi di correttezza e di fedeltà ai doveri d'ufficio.

3.4 Brevi cenni sul sistema del c.d. doppio binario

Il sistema del c.d. doppio binario è nato in seno alla giurisprudenza della Corte di cassazione[62] e consente, anche in ordine al medesimo fatto causativo di pregiudizio, la coesistenza dell'azione risarcitoria proposta dalla pubblica amministrazione danneggiata dinanzi al giudice ordinario e dell'azione per danno erariale a iniziativa del pubblico ministero contabile, dando luogo alla duplicità e, quindi, alla concorrenza delle due azioni, a tutela degli interessi delle amministrazioni pubbliche danneggiate da soggetti legati alle stesse da un rapporto di servizio. Nell'opinione dei giudici di legittimità, tale concorrenza di azioni non pone un'interferenza tra giurisdizioni, bensì un'interferenza tra giudizi, tra loro indipendenti nonché caratterizzati da diversi regimi sostanziali e processuali, e si giustifica per la diversità degli interessi tutelati dall'azione di responsabilità amministrativa rispetto all'azione di responsabilità civile. Mentre la prima, proposta dalla Procura contabile, è diretta a perseguire l'interesse pubblico generale al buon andamento della pubblica amministrazione, la seconda, esercitata dalla singola amministrazione, tende al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria e compensativa. Il sistema del c.d. doppio binario trova il suo fondamento nell'art. 24,

---

[60] Si vedano le seguenti pronunce del giudice erariale: C. conti, sez. I app., 3 febbraio 2021, n. 22, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. III app., 4 dicembre 2019, n. 241, in *Riv. C. conti*, 2019, fasc. 6, pp. 153-157, con nota di C. E. MARRÈ BRUNENGHI, *Il danno all'immagine della p.a. tra tempus commissi delicti e tempus commissi damni*, *ivi*, pp. 157-160; C. conti, sez. giur. Veneto, 15 settembre 2022, n. 262, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. giur. Sicilia, 23 febbraio 2012, n. 609, *ibid.*; C. conti, sez. I app., 14 gennaio 2008, n. 24, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Calabria, 29 settembre 2005, n. 917, *ibid.*

[61] Si vedano le seguenti pronunce del giudice erariale: C. conti, sez. giur. Piemonte, 17 ottobre 2022, n. 117, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. I app., 5 agosto 2022, n. 402, *ibid.*; C. conti, sez. II app., 3 dicembre 2021, n. 399, *ibid.*; C. conti, sez. III app., 21 aprile 2021, n. 197, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Sicilia, 8 marzo 2007, n. 626, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Lazio, 5 luglio 2005, n. 1323, *ibid.*

[62] Si vedano le seguenti pronunce del giudice di legittimità: Cass. civ., sez. un., 14 dicembre 2022, n. 36628, in *www.dejure.it*; Cass. civ., sez. un., 19 maggio 2021, n. 13677, in *ibid.*; Cass. civ., sez. un., 5 agosto 2020, n. 16722, in *Riv. C. conti*, 2020, fasc. 6, pp. 259-262; Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4031-4036, con nota di A. PACE, *La Corte di cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai «ente pubblico»*, *ivi*, pp. 4036-4042.; Cass. civ., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6581, in *Foro amm. CdS*, 2006, fasc. 6, p. 1742; Cass. civ., sez. un., 23 novembre 1999, n. 822, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 2326; Cass. civ., sez. un., 3 febbraio 1989, n. 664, in *Riv. C. Conti*, 1989, fasc. 3, p. 161.

comma 1, della Costituzione[63] e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali[64] dell'Unione Europea: impedisce la compressione della legittimazione processuale delle persone giuridiche pubbliche, le quali, non potendo trovare una tutela diretta nel processo contabile, rivolgono le loro istanze risarcitorie al giudice ordinario.

La giurisprudenza della Corte dei conti[65] si è conformata al sistema del c.d. doppio binario, riconoscendo, in considerazione della totale autonomia tra le giurisdizioni civile e contabile, la possibilità per l'amministrazione, danneggiata da una condotta illecita di un soggetto con cui intrattiene un rapporto di servizio, di chiedere il ristoro del danno patito avvalendosi non solo del "binario" della responsabilità amministrativa, ma anche di quello dell'azione di responsabilità civile dinanzi al giudice ordinario. Inoltre, tale giurisprudenza non esclude la possibilità che, esaurito uno dei "binari", l'amministrazione possa percorrere il "binario" concorrente. Infatti, nel sistema del c.d. doppio binario, la condanna al risarcimento del danno in sede civile o penale non impedisce l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, per il medesimo fatto, diretta al recupero di quella parte del danno erariale che il giudice ordinario non abbia posto a carico del convenuto; al contempo, il recupero parziale del credito in sede erariale non esclude l'esercizio dell'azione di responsabilità dinanzi al giudice ordinario per la restituzione degli importi residui. L'unico limite, in caso di vaglio dello stesso illecito da parte dei due giudici, è costituito dal divieto di una duplicazione risarcitoria a fronte di una sentenza definitiva pienamente satisfattiva, ossia a seguito di un giudicato in sede civile o penale che copra l'intero danno patito dalla p.a., che farebbe venir meno l'interesse alla prosecuzione del giudizio contabile.

4. Il dialogo tra legislatore, giudice contabile e giudice costituzionale sulle condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione

4.1 Il c.d. lodo Bernardo

Durante i primi due decenni di vita, il danno all'immagine della pubblica amministrazione ha conosciuto un enorme sviluppo, complice anche il verificarsi, nel corso degli anni '90, dello scandalo denominato "Tangentopoli", che ha consentito alle neoistituite sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti di approfondire la tematica nell'ambito di numerose decisioni[66]. In quegli stessi anni, la Corte di cassazione[67] e la Corte costituzionale[68] hanno elaborato la regola della risarcibilità del danno non patrimoniale anche in assenza di correlazione con un fatto di reato, di tal guisa permettendo

[63] Si riporta il testo dell'art. 24, comma 1, della Costituzione: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

[64] Si riporta il testo dell'art. 47, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»): «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo».

[65] Si vedano le seguenti recenti pronunce del giudice erariale: C. conti, sez. giur. Veneto, 21 settembre, 2022, n. 269, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. giur. Lazio, 13 settembre 2022, n. 611, *ibid.*; C. conti, sez. I app., 2 maggio 2022, n. 216, *ibid.*

[66] Si vedano, *ex multis*, le seguenti pronunce del giudice erariale: C. conti, sez. giur. Lombardia, 18 gennaio 2000, n. 43, in *Riv. C. conti*, 2000, fasc. 2, pp. 89-91; *id.*, 15 febbraio 2000, n. 296, in *Foro amm.*, 2000, p. 2926; *id*, 4 novembre 1999, n. 1250, in *www.corteconti.it*.

[67] Il riferimento è da intendersi effettuato a Cass. civ., sez. un., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 816-825 con note di F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*, *ivi*, pp. 826-829, di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale, ivi*, pp. 829-831 e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, *ivi*, pp. 831-835.

[68] Il riferimento è da intendersi effettuato a Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 1981-1990, con nota di G. B. FERRI, *Le temps retrouvé dell'art. 2059 c.c.*, *ivi*, pp. 1990-2001.

alle Procure regionali presso la Corte dei conti di estendere notevolmente l'ambito di applicazione dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione. Senonché, come contraltare all'opera di estensione dell'ambito applicativo del danno all'immagine della pubblica amministrazione, effettuata dalla magistratura contabile, il legislatore del 2009 ha stabilito che le procure regionali della Corte dei conti possono contestare tale voce di danno nell'ambito del giudizio di responsabilità solo in presenza di due condizioni di proponibilità. In particolare, l'art. 17, comma 30-*ter*, secondo periodo, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (c.d. lodo Bernardo), convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102, consente alle procure della Corte dei conti di esercitare l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. La disposizione da ultimo citata contiene le due condizioni di proponibilità: una di natura processuale, ossia la presenza di un giudicato penale di condanna, e una di natura sostanziale, ossia il fatto che la sentenza sia stata pronunciata per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, previsti nel Capo I del Titolo secondo del Libro secondo del Codice penale. L'innovazione introdotta dal d.l. n. 78/2009, come prevedibile, è stata sottoposta a censura davanti alla Corte costituzionale, che, altrettanto prevedibilmente, ne ha confermato la legittimità, invocando il principio di insindacabilità della discrezionalità del legislatore. Per meglio comprendere la "reazione" della Corte dei conti al c.d. lodo Bernardo, la quale, unitamente alla pronuncia della Corte costituzionale, sarà approfondita nel successivo paragrafo 4.3, si ritiene utile effettuare un "salto" indietro nel tempo.

4.2 La prima stagione del dialogo: il d.l. n. 543/1996

Fino agli anni '90, fatta eccezione per alcuni interventi normativi isolati[69], la disciplina della responsabilità amministrativa era rimasta sostanzialmente inalterata rispetto a quella contenuta nella legge di contabilità di Stato[70]. Nei primi anni '90, complici sia i numerosi casi giudiziari di rilevanza nazionale connessi al pagamento di tangenti e alla corruzione negli appalti sia la riorganizzazione dell'organo giudicante della magistratura contabile in sezioni regionali, si è assistito a un incremento esponenziale di giudizi di responsabilità amministrativa. È anche vero che, in tale periodo storico, la magistratura contabile è riuscita a portare alla massima estensione il perimetro della responsabilità amministrativa, includendovi nuove voci di danno, come, appunto, il danno all'immagine della pubblica amministrazione. A distanza di pochi anni, con l'intento primario di evitare la c.d. paura della firma e le sue conseguenze paralizzanti sull'azione amministrativa, il legislatore ha iniziato un percorso di senso opposto rispetto a quello perseguito dalle procure erariali, introducendo nell'ordinamento contabile alcune disposizioni dirette a limitare l'ambito di estensione della responsabilità amministrativa.

Le prime disposizioni aventi la finalità di limitare l'ambito di estensione della responsabilità amministrativa sono state introdotte dall'art. 3, comma 1, del d.l. 23 ottobre 1996 n. 543, convertito dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639, che ha modificato la legge 14 gennaio 1994, n. 20. Il d.l. n.

[69] Il più rilevante tra questi è costituito dal combinato disposto degli artt. 22 e 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 («Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato»), che aveva concepito la responsabilità amministrativa per danno erariale "indiretto" in modo tale da poter essere imputata nelle sole ipotesi di colpa "grave", prevedendo che fosse da considerare come danno ingiusto, agli effetti dell'azione di rivalsa dell'amministrazione, "*quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave*". Ne derivò l'impunità degli agenti pubblici e la responsabilità della sola amministrazione nelle ipotesi in cui il danno all'Erario fosse il risultato di una condotta connotata da colpa lieve.

[70] Il riferimento è da intendersi effettuato agli artt. 81 ss. del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440. È opportuno ricordare che, fino alla dichiarazione di incostituzionalità della norma attributiva delle funzioni giurisdizionali ai consigli di prefettura, il primo grado dei giudizi di responsabilità amministrativa degli agenti pubblici alle dipendenze degli enti locali si svolgeva dinanzi ai consigli di prefettura. Si veda C. cost., 3 giugno 1966, n. 55, in *Foro it.*, 1966, I, p. 986.

543/1996 è intervenuto sulla disciplina sostanziale[71] e processuale[72] della responsabilità amministrativa, modificandone profondamente l'aspetto. I due interventi di maggior rilievo sono stati l'individuazione nella colpa grave del requisito minimo ai fini dell'imputazione della responsabilità amministrativa e il traghettamento dell'obbligazione risarcitoria che sorge dall'illecito erariale colposo verso il regime di parziarietà. Trattasi di due interventi colmi di implicazioni e ritenuti inappropriati dalla Corte dei conti, che, con riferimento agli stessi, ha promosso due distinte questioni di legittimità costituzionale. Sebbene, ai fini della presente indagine, sia del tutto superfluo elencare le numerose censure sollevate dai giudici erariali nelle ordinanze di rimessione, alcune di queste meritano particolare attenzione perché rappresentano una sorta di *leitmotiv* nell'opposizione della Corte dei conti allo svilimento della responsabilità amministrativa imposto dal legislatore.

La prima questione di legittimità costituzionale è stata promossa dalla prima sezione centrale d'appello[73] e dalla sezione giurisdizionale della regione Liguria[74] e riguarda l'asserito contrasto tra l'art. 3, comma 1, lettera a), del d.l. n. 543/1996 e gli artt. 3, 11, 24, 81, 97 e 103, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave. Tra le numerose censure di legittimità costituzionale[75], la Corte dei conti ha posto il tema della sopravvenuta inadeguatezza del sistema del c.d. doppio binario, che consente all'ente pubblico di scegliere se esercitare l'azione risarcitoria all'interno del giudizio penale, mediante la costituzione di parte civile, o di attendere l'esito del giudizio di responsabilità amministrativa. Tale sistema prevede che le limitazioni all'esercizio dell'azione in sede erariale, contenute nella *novella* del 1996, non trovano applicazione nel giudizio penale, nel corso del quale la pubblica amministrazione danneggiata può continuare a esercitare l'azione risarcitoria per il danno erariale anche per quegli illeciti connotati da colpa non grave. In questo modo, ha sostenuto la Corte dei conti, si assoggetterebbero situazioni analoghe a regimi giuridici diversi, in violazione del principio di eguaglianza, contenuto nell'art. 3 Cost. Inoltre, sempre nelle ordinanze di rimessione, la Corte dei conti ha evidenziato che, lungi dal permettere il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore, l'introduzione di limitazioni all'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa potrebbe indurre, piuttosto, ad atteggiamenti più inclini alla permissività e all'incuria nell'esercizio delle pubbliche funzioni, in violazione di quei principi costituzionali, ospitati negli artt. 97 e 103, comma 2, volti a realizzare l'efficienza e la regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale degli enti pubblici.

La seconda questione di legittimità costituzionale è stata promossa dalla sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la regione Lombardia[76] e riguarda l'asserito contrasto tra l'art. 1, comma 1-

---

[71] Si pensi, oltre alla limitazione della responsabilità amministrativa alle fattispecie commesse con dolo o colpa grave e al regime di parziarietà della relativa obbligazione risarcitoria, all'introduzione di nuovi istituti come la c.d. *compensatio* contabile o la c.d. esimente politica.

[72] Si pensi all'introduzione del termine di prescrizione quinquennale dell'azione di responsabilità.

[73] Il riferimento è da intendersi effettuato alle seguenti ordinanze: C. conti, sez. I app., 27 novembre 1996, n. 182; *id.*, 29 novembre 1996, n. 185; *id.*, 20 dicembre 1996, n. 639; *id.*, 25 febbraio 1997, n. 500; *id.*, 26 settembre 1997, n. 211.

[74] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Liguria, 15 maggio 1997, n. 881.

[75] Di seguito le violazioni più significative lamentate dai giudici contabili: il contrasto con l'art. 3 Cost., per l'irragionevole livellamento della responsabilità, conseguente all'estensione indifferenziata, a tutte le categorie di dipendenti e amministratori pubblici, della limitazione della responsabilità stessa ai soli casi di dolo o colpa grave; sempre il contrasto con l'art. 3 Cost., per l'assoggettamento di situazioni analoghe a regimi giuridici diversi, a seconda del giudice chiamato a pronunziarsi, come nel caso di costituzione di parte civile della pubblica amministrazione nel giudizio penale, per il reato colposo commesso dal dipendente; il contrasto con gli artt. 97 e 103, comma 2, Cost., per gli effetti di permissività ed incuria che la disposizione stessa può indurre nell'esercizio delle pubbliche funzioni, in palese contrasto con i principi costituzionali volti a realizzare l'efficienza e la regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale degli enti pubblici; il contrasto con gli artt. 11 e 81 Cost, per l'effetto di non garantire la tempestività e la completezza dei dati finanziari e patrimoniali generali, con conseguenze negative sul piano delle leggi di bilancio e di riequilibrio della finanza pubblica, nonché su quello della credibilità dei dati dimostrativi del rispetto dei "parametri di Maastricht".

[76] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Lombardia, 19 febbraio 1997, n. 7.

quinquies, della legge n. 20/1994, introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera b), del d.l. n. 543/1996, e gli artt. 3, 24, 28 e 97 della Costituzione, nella parte in cui prevede che sono responsabili solidalmente i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo. Anche questa ordinanza si risolve in un'aspra critica al sistema del c.d. doppio binario, il cui riconoscimento realizzerebbe una ingiustificata duplice disparità di trattamento, e precisamente: la prima, intercorrente tra il diritto di azione del procuratore regionale della Corte dei conti e il regime di responsabilità civile di diritto privato, ispirato al principio generale della solidarietà passiva; la seconda, operante tra il terzo, che può ottenere l'integrale ristoro del danno nei confronti dell'ente pubblico, e quest'ultimo, che potrebbe incontrare limiti a ottenere l'integrale ristoro del danno per via dell'esclusione del rapporto di solidarietà.

La Corte costituzionale non ha condiviso le censure di costituzionalità sollevate dalla Corte dei conti e le ha dichiarate infondate, utilizzando un'argomentazione anch'essa destinata a divenire pietra miliare delle successive sentenze della stessa Consulta in materia. In particolare, nella sentenza n. 371/1998[77], il giudice delle leggi, pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale relativa alla norma modificativa dell'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, ha stabilito che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire «non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto ed a quali soggetti la responsabilità sia ascrivibile, senza limiti o condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà». La Corte costituzionale ha seguito la stessa strada argomentativa nella sentenza n. 453/1998[78], pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 1, comma 1-*quinquies*, della legge n. 20/1994. Come ha rilevato la migliore dottrina[79], a partire dalla sentenza n. 371/1998, «si assiste ad una specie di dialogo a distanza, nel quale il legislatore restringe e il giudice contabile allarga il perimetro della responsabilità amministrativa» e ogniqualvolta il legislatore introduce limitazioni nella disciplina sostanziale della responsabilità amministrativa, la Corte dei conti si rivolge alla Corte costituzionale, sollevando questioni di costituzionalità che la Consulta, con assoluta continuità, respinge. Se l'introduzione delle prime restrizioni al perimetro della responsabilità amministrativa, mediante il d.l. n. 543/1996, ha dato vita a una prima stagione di dialogo tra i suddetti interlocutori, sono le condizioni di proponibilità contenute nell'art. 17, comma 30-*ter*, secondo periodo, del d.l. n. 78/2009 ad aver aperto la seconda stagione del dialogo.

4.3 La seconda stagione del dialogo: il d.l. n. 78/2009

La seconda stagione del dialogo si è aperta quando la prima sezione centrale della Corte dei conti[80], unitamente alle sezioni giurisdizionali regionali per le regioni Umbria[81], Calabria[82], Campania[83], Sicilia[84], Lombardia[85] e Toscana[86], ha sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 17, comma 30-*ter*, secondo periodo, del d.l. n. 78/2009 per violazione degli artt. 3, 24, 25, 54, 77, 81, 97, 103, comma 2, e 111 della Costituzione. Anche in questa occasione, ai fini

---

[77] Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1998, fasc. 10/11, p. 954, con commento di P. MADDALENA, *La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371*, del 20 novembre 1998, *ivi*, pp. 954-960.
[78] Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 453, in *Riv. C. Conti*, 1998, fasc. 6, pp. 194-198.
[79] F. G. SCOCA, *Sul danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2019, fasc. 4, pp. 2177-2183.
[80] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. I app., 17 marzo 2010, n. 162, in *www.corteconti.it*.
[81] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Umbria, 16 novembre 2009, n. 331, in *www.corteconti.it*.
[82] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Calabria, 16 novembre 2009, n. 24, in *www.corteconti.it*.
[83] Il riferimento è da intendersi effettuato alle seguenti pronunce: C. conti, sez. giur. Campania, 14 ottobre 2009, n. 25, in *www.corteconti.it*; *id.*, 27 ottobre 2009, n. 26, *ibid.*; *id.*, 9 dicembre 2009, n. 27, *ibid.*
[84] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Sicilia, 14 ottobre 2009, n. 44, in *www.corteconti.it*.
[85] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Lombardia, 29 dicembre 2009, n. 125, in *www.corteconti.it*.
[86] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Toscana, 10 dicembre 2009, n. 145, in *www.corteconti.it*.

della presente indagine, è del tutto superfluo elencare le numerose censure sollevate dai giudici erariali nelle ordinanze di rimessione[87], essendo sufficiente rimarcare come, tra le stesse, vi siano, ancora una volta, problematiche inerenti sia alla inadeguatezza del sistema del c.d. doppio binario sia al rischio di indurre atteggiamenti più inclini alla permissività e all'incuria nell'esercizio delle pubbliche funzioni. In primo luogo, la Corte dei conti ha ritenuto che, con l'emanazione della norma impugnata, il legislatore abbia esercitato la sua discrezionalità in una forma irragionevole, provocando un'illogica disparità di trattamento tra dipendenti dell'ente pubblico che, avendo commesso uno dei delitti contro la pubblica amministrazione, sono sottoposti alla giurisdizione contabile, e dipendenti che, pur avendo commesso un altro delitto con abuso delle funzioni ricoperte e nell'esercizio delle stesse, sono sottoposti, per il risarcimento del danno all'immagine, alla giurisdizione ordinaria, con un differente regime processuale e prescrizionale. In secondo luogo, la Corte dei conti ha reputato che la norma impugnata riduca la tutela dell'immagine della pubblica amministrazione, indebolendo il diritto sostanziale della stessa ad agire, attraverso i propri funzionari, in modo corretto, imparziale, efficace ed efficiente. Il caso in esame si caratterizza per la presenza di una terza censura, che merita anch'essa attenzione. Trattasi della seconda irragionevole e illogica disparità di trattamento scaturente dalla norma impugnata: quella tra la tutela all'immagine assicurata alle persone giuridiche private, per le quali non varrebbe alcun limite, e quella garantita alle persone giuridiche pubbliche, per le quali varrebbero i limiti contenuti nella norma impugnata.

Con la sentenza n. 355/2010[88], la Corte costituzionale ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici erariali. In tale arresto, la Corte costituzionale ha ribadito nuovamente che rientra nella discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta, conformare l'istituto della responsabilità amministrativa alle esigenze cui ritiene debba fare fronte. Secondo il pensiero della Consulta, così come vi rientra la scelta di limitare l'azione di responsabilità amministrativa alle sole ipotesi di dolo e colpa grave, ritenuta costituzionalmente legittima nella sentenza n. 371/1998, vi rientra anche la scelta di non estendere l'azione risarcitoria in presenza di condotte non costituenti reato, ovvero costituenti un reato diverso da quelli espressamente previsti nel Capo I del Titolo secondo del Libro secondo del Codice penale. Quanto al criterio della ragionevolezza, la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'intento del legislatore del 2009 fosse quello di ragionevolmente limitare in senso oggettivo l'ampliamento dei casi di responsabilità dei pubblici agenti, evitando che si determinasse «un rallentamento nell'efficacia e tempestività dell'azione amministrativa dei pubblici poteri, per effetto dello stato diffuso di preoccupazione che potrebbe ingenerare in coloro ai quali, in definitiva, è demandato l'esercizio dell'attività amministrativa». In questo modo, la Consulta ha collocato il c.d. lodo Bernardo, che contiene anche alcune modifiche alla legge n. 20/1994[89], all'interno di quell'insieme di norme, che, nell'intenzione del legislatore, sono finalizzate a evitare la c.d. paura della firma.

---

[87] Tra le censure più significative lamentate dai giudici contabili, si segnala il contrasto con l'art. 3 Cost., per aver creato una irragionevole ed illogica disparità di trattamento tra la tutela all'immagine assicurata alle persone giuridiche private, per le quali non varrebbe alcun limite, e quella garantita alle persone giuridiche pubbliche, per le quali varrebbero i limiti in esame.

[88] Corte cost., 1 dicembre 2010, n. 355, in *Giur. cost.*, 2010, fasc. 6, pp. 4948-4996, con nota di G. BOTTINO, *Il «danno all'immagine»: dell'Amministrazione pubblica, o del Legislatore?*, *ivi*, pp. 4996-5003, e di A. ODDI, *Il «lodo Bernando» supera il vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 5003-5012.

[89] Tra queste, particolare rilevanza ricoprono l'esclusione della gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo, inserita nell'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, e l'istituto della c.d. *compensatio contabile obliqua*, contenuto in una modifica dell'art. 1, comma 1-*bis*, della medesima legge.

Dinanzi all'autorità del giudicato costituzionale, la magistratura contabile ha reagito elaborando orientamenti eterogenei[90]. A un orientamento[91], allineato alla decisione della Consulta, che declinava la propria giurisdizione in presenza di sentenze irrevocabili relative a delitti "comuni", si sono affiancati numerosi altri orientamenti che, per le più diverse ragioni, hanno ritenuto esercitabile l'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione anche per i delitti "comuni". Tra questi ultimi, non è mancato un orientamento[92] che ha considerato la sentenza n. 355/2010 della Corte costituzionale una decisione interpretativa di rigetto e, di conseguenza, ha ritenuto il principio di diritto in essa stabilito vincolante solo per il giudice *a quo*.

D'altro canto, in quegli anni, lo stesso legislatore ha assunto un atteggiamento ambiguo nei riguardi del novero dei reati forieri di danno all'immagine della pubblica amministrazione. L'art. 1, comma 1-*sexies* della legge n. 20/1994[93], così come introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 in tema di misure anticorruzione, si è pronunciato nuovamente, seppure incidentalmente, sulle condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per tale danno. Trattasi di una disposizione che, nell'indicare un criterio quantificativo del danno all'immagine della pubblica amministrazione, dichiara ammissibile la relativa azione risarcitoria in presenza di due condizioni, cumulative e non alternative: si deve trattare di un reato contro la pubblica amministrazione; tale reato deve essere accertato con sentenza del giudice ordinario penale passata in giudicato. Questa disposizione ha prodotto due risultati opposti con riferimento alle due condizioni di proponibilità dell'azione risarcitoria erariale per danno all'immagine. Da un lato, ha confermato, rafforzandone la forza precettiva, la condizione inerente al giudicato penale irrevocabile. Dall'altro, la scelta del legislatore di riferire la seconda condizione ai «reati contro la pubblica amministrazione» piuttosto che utilizzare l'inciso, contenuto nell'art. 7 della legge n. 97/2001, «delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel Capo I del Titolo secondo del Libro secondo del Codice penale» ne ha indebolito la precettività, alimentando il clima di incertezza e i malumori di alcuni giudici erariali sfavorevoli a un'interpretazione restrittiva del c.d. lodo Bernardo.

Nel 2015, le sezioni riunite della Corte dei conti[94], sperando di porre fine a tale clima di incertezza, hanno stabilito che la normativa in materia di danno all'immagine dovesse essere interpretata alla luce del suo tenore letterale e, pertanto, hanno negato la possibilità di contestare tale voce di danno in assenza di una sentenza irrevocabile di condanna per i reati previsti nel Capo I del Titolo secondo del Libro secondo del Codice penale.

4.4 La terza stagione del dialogo: il d.l. n. 174/2016. La nozione di rinvio.

La "quiete" è durata poco più di un anno, poiché con l'entrata in vigore del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, il tema della proponibilità dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione in presenza di delitti "comuni" è ritornato prepotentemente al centro del dibattito. L'art. 4, comma 1, lett. g), dell'allegato 3 al d.lgs. n. 174/2016 ha decretato l'abrogazione dell'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, lasciando inalterato il secondo periodo dell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009. L'ambiguità serbata dal legislatore, che ha abrogato una disposizione oggetto di rinvio lasciando inalterata la disposizione rinviante, in uno con la severità dallo stesso mostrata nel

[90] Tali orientamenti sono approfonditi in A. ABBATE, *Il danno erariale: in particolare il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Key, Milano, 2022.
[91] Si veda, *ex multis*, C. conti, sez. giur. Lazio, 1 marzo 2012, n. 254, in *www.corteconti.it*.
[92] C. conti, sez. giur. Toscana, 21 giugno 2012, n. 332, in *www.corteconti.it*.
[93] Si riporta il testo dell'art. 1-*sexies*, della legge n. 20/1994: «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».
[94] C. conti, sez. riun., 19 marzo 2015, n. 8/QM, in *Riv. C. conti*, 2015, 3-4, pp. 264-274.

prevedere, all'art. 51, comma 6, c.g.c. [95], la rilevabilità d'ufficio della nullità per violazione delle norme sui presupposti di proponibilità dell'azione per danno all'immagine, ha provocato la nascita, in seno alla giurisprudenza, di due distinti orientamenti[96] in merito alla natura del rinvio operato dall'art. 17, comma 30-*ter*, secondo periodo, del d.l. n. 78/2009. Sulla nozione giuridica di rinvio normativo è opportuno spendere alcune parole.

Una norma di rinvio «è un enunciato meta-linguistico che include nella sua formulazione la menzione (…) di un'altra fonte, di un'altra disposizione o di un altro sistema normativo»[97]. La dottrina[98] insegna che esistono due tipologie di rinvio (o riferimento) normativo nell'ordinamento giuridico italiano: il rinvio "fisso" (anche detto statico, sostanziale o chiuso) e il rinvio "mobile" (anche detto dinamico, formale o aperto). Il rinvio "fisso" ha come oggetto una disposizione e comporta una ideale incorporazione della disposizione oggetto del rinvio, così come si trova scritta al momento del rinvio stesso, nella disposizione rinviante, la quale, di tal guisa, si riempie dei contenuti della prima. Se ne evince che le vicende che interessano la disposizione oggetto di rinvio non si riflettono sul rinvio stesso. Il rinvio "mobile", invece, ha come oggetto una fonte normativa o un sistema normativo e, dunque, comporta che tutte le successive modificazioni a cui è sottoposto l'atto richiamato si riflettano sul rinvio stesso. La Corte costituzionale e la Corte di cassazione ritengono che, nell'ordinamento giuridico italiano, esista una «presunzione favorevole al rinvio mobile[99]», secondo la quale affinché vi sia rinvio "fisso" occorre che «il richiamo sia indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate dalla stessa norma che lo effettua[100]» e «la volontà del legislatore di recepire mediante rinvio sia espressa oppure sia desumibile da elementi univoci e concludenti[101]». In altri termini, come afferma la giurisprudenza amministrativa, la natura del rinvio va rilevata «alla luce della lettera e della *ratio*» della norma che opera il rinvio[102]: della lettera, perché, a esempio, è sufficiente che il legislatore aggiunga l'inciso "e successive modificazioni intervenute" a fianco di un richiamo indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate per trasformare un rinvio "fisso" in un rinvio "mobile"[103]; della *ratio*, perché anche un rinvio a norme determinate ed esattamente individuate può essere qualificato come "mobile", qualora gli obiettivi realizzati dal legislatore non siano compatibili con gli effetti che produrrebbe un rinvio "fisso".

Alcune sezioni del giudice erariale hanno qualificato il rinvio contenuto nel c.d. lodo Bernardo come rinvio "fisso"[104]. Tale qualificazione consente la ultrattività dell'art. 7 della legge n. 97/2001, mediante l'inglobamento nell'art. 17, comma 30-*ter*, secondo periodo, del d.l. n. 78/2009, e, di conseguenza, permette alle Procure erariali di esercitare l'azione risarcitoria per il danno

---

[95] Si riporta il testo dell'art. 51, comma 6, c.g.c.: «La nullità per violazione delle norme sui presupposti di proponibilità dell'azione per danno all'immagine è rilevabile anche d'ufficio».

[96] Tali orientamenti sono approfonditi in B. CUCCHI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in B. CUCCHI, F. SIMONELLI, C. DOMENICHINI, E. CUCCHI, *Il processo contabile di responsabilità per danno erariale*, Pacini giuridica, Pisa, 2021, pp. 31-47.

[97] R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 222.

[98] Si veda, *ex multis*, F. SORRENTINO, G. PINO, *Le fonti in generale e l'interpretazione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Vol. I, Tomo I, p. 30. Per un approfondimento sul rinvio come tecnica di produzione normativa, si veda M. ATRIPALDI, *Il rinvio "intraistituzionale". una tecnica per la produzione di norme giuridiche nella forma di stato a tendenza sociocentrica*, in *Nomos*, 2018, fasc. 2, pp. 1-57.

[99] Cass. pen., sez. VI, 19 ottobre 2010, n. 37471, in *www.dejure.it*, ove si legge che «il rinvio è sempre mobile, salvo espressa volontà del legislatore».

[100] Si sono pronunciate in questi termini Corte cost., 9 luglio 1993, n. 311, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 2547-2552 e Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 2018, n. 23848, in *www.dejure.it*.

[101] Si sono pronunciate in questi termini Corte cost., 3 maggio 2013, n. 80, in *www.cortecostituzionale.it* e *id.*, 18 aprile 2019, n. 93, *ibid*.

[102] Si vedano, *ex multis*, T.A.R. Campania, sez. IV – Napoli, 19 settembre 2017, n. 4445, in *www.dejure.it* e T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I – Bologna, 1 aprile 2019, n. 315, *ibid.*

[103] Sul punto, si veda T.A.R. Lombardia, sez. II – Milano, 30 maggio 2017, n. 1219, in *Foro Amm.*, 2017, fasc. 5, pp. 1105-1106.

[104] Si veda, *ex multis*, C. Conti, sez. giur. Toscana, 10 luglio 2018, n. 174, in *Riv. C. conti*, 2018, fasc. 3-4, pp. 302-303.

all'immagine della pubblica amministrazione unicamente nei casi in cui sussista una sentenza irrevocabile di condanna per i delitti di cui al Libro secondo, Titolo secondo, Capo I, del Codice penale. Un secondo orientamento, di segno opposto, ha qualificato il rinvio contenuto nel c.d. lodo Bernardo come rinvio "mobile"[105]. Tale qualificazione preclude l'ultrattività dell'art. 7 della legge n. 97/2001 e comporta l'applicazione dell'art. 4, comma 2, dell'allegato 3 al d.lgs. n. 174/2016, secondo cui il riferimento agli istituti previsti da norme abrogate dallo stesso allegato al d.lgs. n. 174/2016 va operato ai corrispondenti istituti disciplinati nel Codice di giustizia contabile. Pertanto, il rinvio operato dall'art. 17, comma 30-*ter*, secondo periodo, del d.l. n. 78/2009 deve ora ritenersi effettuato all'art. 51, comma 7, del codice di giustizia contabile, che dispone l'obbligo per la pubblica amministrazione di comunicare la sentenza irrevocabile di condanna per i delitti commessi a danno della stessa dai propri dipendenti al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Va da sé che, rivolgendosi questa ultima disposizione all'azione di responsabilità amministrativa per danno erariale sia patrimoniale sia non patrimoniale, il riferimento operato nella stessa ai delitti a danno della pubblica amministrazione, a differenza di quanto avvenuto nel precedente del 2012, non crea alcuna ambiguità. In base a questo secondo orientamento, solo una delle due condizioni di proponibilità previste nel c.d. lodo Bernardo rimane cogente: la presenza di un giudicato penale di condanna. Le Procure erariali possono, dunque, esercitare l'azione risarcitoria per danno all'immagine della pubblica amministrazione in presenza di qualsiasi reato, anche comune, commesso dall'agente pubblico ai danni della pubblica amministrazione.

In questo nuovo clima di incertezza, la Corte dei conti non ha tardato a rivolgersi alla Corte costituzionale. L'occasione è stata data dalla pronuncia, a opera della Corte di cassazione, della sentenza penale di condanna[106] per «falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici», «abuso di autorità contro arrestati o detenuti» e «lesioni personali», commessi da alcuni appartenenti alle forze dell'ordine in occasione delle manifestazioni svoltesi a Genova nel luglio 2001, durante il vertice fra i Capi di Stato e di Governo denominato "G8". Con due ordinanze di rimessione[107], la sezione giurisdizionale per la Liguria della Corte dei conti ha dedotto l'incostituzionalità dell'art. 17, comma 30-*ter*, secondo periodo, del d.l. n. 78/2009, per violazione degli artt. 3, 97 e 103 Cost. Anche in questa occasione, le censure lamentate dai giudici erariali hanno messo in luce il problematico rapporto tra la disciplina del danno all'immagine della pubblica amministrazione, che prevede la limitazione del giudicato penale di condanna, e il sistema del c.d. doppio binario, che consente alle pubbliche amministrazioni di chiedere la tutela risarcitoria al giudice ordinario, in assenza di tale limitazione. I giudici erariali hanno nuovamente lamentato anche il contrasto tra la norma impugnata e il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, per via dell'irragionevole esclusione della responsabilità dei pubblici dipendenti nelle ipotesi di condotte che, pur non integrando alcuna delle fattispecie delittuose indicate, sono caratterizzate da obiettivo disvalore e arrecano pregiudizio al prestigio dell'amministrazione.

Con due ordinanze "gemelle" [108], la Corte costituzionale, dopo aver chiarito che il giudizio principale era stato introdotto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016 e che, pertanto, non

---

[105] Si vedano le seguenti pronunce del giudice erariale: C. conti, sez. giur. Lombardia, 1 dicembre 2016, n. 201, in *www.corteconti.it*; *id*., 12 luglio 2017, n. 113, *ibid.*; C. conti, sez. I app., 19 marzo 2018, n. 121, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Sicilia, 22 maggio 2018, n. 449, *ibid*.; *id.*, 27 marzo 2018, n. 280, *ibid*.; C. conti, sez. app. Sicilia, 28 novembre 2016, n. 183, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Piemonte, 22 febbraio 2018, n. 14, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Liguria, 25 gennaio 2018, n. 16, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Friuli-Venezia Giulia, 11 aprile 2017, n. 22, *ibid*.; C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 16 novembre 2017, n. 225, *ibid.*

[106] Il riferimento è da intendersi effettuato a Cass. pen., sez. V, 10 settembre 2013, n. 37088, in *www.dejure.it*.

[107] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Liguria, 28 maggio 2018, n. 164, n. 175, in *www.corteconti.it* e *id.*, 8 agosto 2018, *ibid.*

[108] Il riferimento è da intendersi effettuato a Corte cost., 9 luglio 2019, n. 167, in *Riv. C. conti*, 2019, fasc. 4, pp. 251-253, con nota di A. IADECOLA, *La Corte costituzionale e il danno all'immagine dell'amministrazione prima e dopo il codice*

poteva risentire delle modifiche introdotte da quest'ultimo alla disciplina del risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione, ha dichiarato infondate le censure della sezione ligure della Corte dei conti, richiamando, pressoché integralmente, il contenuto dispositivo della sentenza n. 355/2010.

Con una terza ordinanza di rimessione[109], la sezione giurisdizionale per la Liguria della Corte dei conti ha dedotto l'incostituzionalità dell'art. 51, commi 6 e 7, c.g.c., per violazione degli artt. 3, 76, 97 e 103 Cost., «nella parte in cui esclude l'esercizio dell'azione del PM contabile per il risarcimento del danno all'immagine conseguente a reati dolosi commessi da pubblici dipendenti a danno delle pubbliche amministrazioni, dichiarati prescritti con sentenza passata in giudicato pienamente accertativa della responsabilità dei fatti ai fini della condanna dell'imputato al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili costituite». In sostanza, i giudici erariali remittenti hanno lamentato che la norma impugnata non consente alla Procura contabile di proporre l'azione risarcitoria per danno all'immagine della pubblica amministrazione finanche quando la sentenza che dichiara la prescrizione del reato abbia pienamente accertato la responsabilità dei fatti di reato ascritti all'agente pubblico nonché la presenza di un grave pregiudizio di immagine inferto alla reputazione pubblica dell'amministrazione di riferimento. Anche in questa occasione, è opportuno soffermarsi solo su quelle censure utili ai fini della presente indagine[110]. La Corte dei conti ha sollevato una censura circa l'irragionevole disparità di trattamento tra l'amministrazione e i privati cittadini, i quali – in relazione ai medesimi fatti storici – possono ottenere il risarcimento di tutti i danni patiti anche a fronte di una declaratoria di prescrizione del reato. Questa censura lambisce il tema dell'adeguatezza del sistema del c.d. doppio binario, giacché ci sarebbe da chiedersi se la stessa amministrazione, in sede civile, possa ottenere il risarcimento del danno all'immagine a fronte di una declaratoria di prescrizione del reato. Inoltre, la Corte dei conti ha paventato la possibilità che la norma impugnata possa avere effetti negativi sull'efficacia e il buon andamento della pubblica amministrazione, ritenendo che la restrizione del perimetro della responsabilità dei pubblici dipendenti trascenda i confini del pur legittimo scopo di non appesantire le conseguenze della loro attività, finendo per lasciare senza conseguenze la loro scelta di approfittare delle funzioni svolte per delinquere.

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla vicenda con l'ordinanza n. 191/2019[111], in cui ha giudicato inadeguata la rappresentazione del quadro normativo entro il quale la disposizione impugnata è ricompresa e, per tale motivo, ha dichiarato inammissibili le questioni proposte dalla sezione giurisdizionale ligure della Corte dei conti. Nell'interpretazione della Consulta, il giudice erariale remittente avrebbe dovuto considerare la possibilità che il dato normativo di riferimento legittimasse un'interpretazione secondo cui il rinvio che l'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009

---

di giustizia contabile, *ivi*, pp. 255-263 e Corte cost., 9 luglio 2019, n. 168, in *Giur. cost.*, 2019, fasc. 4, pp. 1989-1994, con nota di F. G. SCOCA, *Responsabilità amministrativa e danno all'immagine*, *ivi.*, pp. 1995-1997.

[109] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Liguria, ordinanza del 29 maggio 2018, n. 165, in *www.corteconti.it*.

[110] In particolare, il giudice contabile remittente ha sollevato le seguenti censure di costituzionalità: violazione dell'art. 3 Cost., per via dell'esclusione in modo irragionevole dell'esercizio dell'azione risarcitoria, pur a fronte di un danno conseguente a condotte delittuose accertate in giudizio ed in base a un fattore, il mero decorso del tempo, completamente estraneo alla loro efficacia lesiva; violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di eguaglianza sostanziale, poiché, «in forza dei limiti imposti alla tutela risarcitoria, l'amministrazione riceve un trattamento diverso rispetto a quello riservato ai privati cittadini, i quali – in relazione ai medesimi fatti storici – possono ottenere il risarcimento di tutti i danni patiti anche a fronte di una declaratoria di prescrizione del reato; violazione dell'art. 97 Cost., sotto il profilo dell'efficacia e del buon andamento; violazione dell'art. 103, comma 2, Cost., perché la norma impugnata, impedendo l'esercizio dell'azione risarcitoria pur a fronte di accertate condotte lesive, sarebbe contraria al principio di effettività della tutela giudiziaria in sede contabile; violazione dell'art. 76 Cost., perché la legge delega prodromica all'emanazione del cod. giust. contabile prescriveva l'adozione di norme idonee a garantire il rispetto dei principi di concentrazione ed effettività della tutela».

[111] Corte cost., 4 luglio 2019, n. 191, in *Giur. cost.*, 2019, fasc. 4, 2168-2176, con nota di F. G. SCOCA, *Sul danno all'immagine op cit.*

opera nei riguardi dell'abrogato art. 7 della legge n. 97/2001 mantenesse intatti i propri effetti. Inoltre, tale giudice avrebbe dovuto interrogarsi sulla natura "fissa" o "mobile" del rinvio, onde stabilire se lo stesso sia tuttora operante o se la norma di riferimento sia oggi interamente costituita dal censurato art. 51, comma 7, c.g.c. In un passo della pronuncia, il giudice delle leggi ha statuito che «anche a voler ritenere che l'entrata in vigore del cod. giust. contabile abbia esteso il novero dei reati che legittimano l'esercizio dell'azione risarcitoria, occorre stabilire quali fattispecie delittuose consentono al PM contabile l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno all'immagine», giacché la previsione per cui solo la commissione di un delitto «a danno» della pubblica amministrazione rende ammissibile una domanda risarcitoria per danno all'immagine ha, anch'essa, la finalità di delimitare l'ambito della relativa responsabilità.

La mancata presa di posizione del giudice costituzionale sulla censura sollevata dalla sezione giurisdizionale ligure e sul connesso tema della natura del riferimento normativo contenuto all'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 ha contribuito all'inasprimento dello scisma in corso tra sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti[112]. Anche in dottrina si sono registrati orientamenti di senso opposto sul punto[113]. Con riferimento alla condizione di proponibilità processuale dall'azione risarcitoria per danno all'immagine della pubblica amministrazione, alcuni giudici erariali[114] hanno comunque ritenuto, nell'ottica di una nozione sostanziale di "condanna", che l'accertamento di responsabilità necessario per la contestazione di tale danno possa essere contenuto in una sentenza di prescrizione «che abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità penale». In relazione alla condizione di proponibilità sostanziale dall'azione risarcitoria per danno all'immagine della pubblica amministrazione, altri giudici erariali[115] sono giunti ad affermare che il danno all'immagine sia contestabile anche a fronte di reato complesso, non rientrante nel "catalogo" dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di cui però il delitto del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione sia elemento costitutivo o circostanza aggravante. Ebbene, in questo contesto si colloca la sentenza in commento, sul cui contenuto innovativo in tema di danno all'immagine della pubblica amministrazione occorre ora soffermarsi.

---

[112] Hanno sostenuto la tesi del rinvio "fisso" le seguenti pronunce: C. conti, sez. giur. Abruzzo, 14 settembre 2022, n. 104, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. giur. Puglia, 2 dicembre 2021, n. 1018, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Molise, 30 dicembre 2021, n. 79, *ibid.*; C. conti, Sez. III app., 31 marzo 2020, n. 66, in *Riv. C. conti*, 2020, fasc. 2, pp. 230-233, con nota di I. CHESTA, *Dal confronto maieutico con il giudice delle leggi riprende vigore nella giurisprudenza contabile d'appello l'Araba Fenice del danno all'immagine, nella configurazione del "Lodo Bernardo"*, *ivi*, pp. 233-239; C. conti, sez. giur. Toscana, 24 ottobre 2019, n. 393, in *www.corteconti.it*. Hanno sostenuto la tesi del rinvio "mobile" le seguenti pronunce: C. conti, sez. giur. Lombardia, 11 ottobre 2021, n. 282, in *www.corteconti.it*; C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 6 maggio 2021, n. 151, *ibid.*; C. conti, sez. giur. Liguria, 14 dicembre 2020, n. 110, in *Riv. C. conti*, 2020, fasc. 6, pp. 219-221, con nota di C. E. MARRÈ BRUNENGHI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 19 luglio 2019, n. 191*, *ivi*, pp. 221-226.

[113] Tra gli scritti in sostegno della tesi del rinvio "fisso" si segnala A. SOLA, *considerazioni sul danno erariale: la fattispecie del danno all'immagine a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. C. conti*, 2019, fasc. 5, pp. 78-89, ove si legge che «attualmente, però, anche alla luce della recente ordinanza n. 167/2019 della Corte costituzionale, può dirsi ampiamente ridimensionato e circoscritto alle solte ipotesi contemplate nel capo I del titolo II del libro II del codice penale»; Tra gli scritti in sostegno della tesi del rinvio "mobile" si segnala M. NICOLOSI, *Danno all'immagine della P.A., lotta all'assenteismo e potere disciplinare*, in *Lav. giur.*, 2021, fasc. 1, pp. 57-67, in cui si legge quanto segue: «La tassatività degli specifici reati contro la P.A., accertati con sentenza passata in giudicato, è comunque venuta meno con l'entrata in vigore del Codice di giustizia contabile».

[114] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Liguria, 3 dicembre 2021, n. 208, in *www.corteconti.it*, con nota di R. TUZZI, *Per una nozione di condanna in senso sostanziale in tema di prescrizione del reato e danno all'immagine*, *ivi*, 2021, fasc. 6, p. 216 e a C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 13 gennaio 2021, n. 1, in *www.corteconti.it*.

[115] Il riferimento è da intendersi effettuato a C. conti, sez. giur. Lombardia, 21 luglio 2021, n. 233 in *www.corteconti.it* e a *id*., 17 maggio 2021 n. 165, *ibid.*

5. La portata innovativa della pronuncia nel contesto della giurisdizione contabile. Analisi critica

5.1 Sulla natura del rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-ter, del d.l. n. 78/2009 e sulla nozione di «delitti commessi a danno dell'amministrazione»

La sezione giurisdizionale per la Lombardia della Corte dei conti affronta il tema del danno all'immagine nel punto 6 della sentenza n. 21/2022. L'*incipit* è molto forte: «pare evidente anche al profano (…) che anche un solo episodio di peculato d'uso e di concussione sessuale uniti ad atti di violenza sessuale di gruppo ai danni di una prostituta da parte di un appartenente alla blasonata Guardia di Finanza nell'esercizio di compiti istituzionali, vestendo la divisa ed utilizzando auto di servizio, leda e mortifichi, nel sentire sociale, l'immagine della antica e stimata Forza di Polizia ad ordinamento militare». Dunque, il Collegio ritiene che sia provato, in tutti i suoi elementi essenziali, il danno all'immagine della pubblica amministrazione, provocato dal peculato d'uso dell'auto di servizio e dalla concussione sessuale, poiché entrambi i delitti sono disciplinati all'interno del Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale. La sentenza prosegue, ricordando come, con riferimento ai due suindicati delitti, così come con riferimento alla violenza sessuale di gruppo, risulti provato anche il *clamor* mediatico-giornalistico, avendo a ciò contribuito il fatto che i protagonisti della vicenda sono dei «dipendenti particolarmente esponenziali della legalità», mentre le vittime sono delle «donne in evidente posizione di sudditanza psicologica e di disagio sociale». Dunque, anche la presenza del *clamor fori*, elemento essenziale per alcuni autori e aggravante o strumento di liquidazione del danno per altri, sembrerebbe essere provata, confermando che i due delitti di peculato e di concussione hanno provocato una lesione all'immagine della pubblica amministrazione. A facilitare questo esito, ha contribuito il comportamento processuale dei convenuti, che non hanno eccepito nulla in merito all'esistenza del danno all'immagine per i due delitti di peculato e di concussione, limitandosi a chiedere una riduzione degli importi liquidati a titolo risarcitorio. Costoro, infatti, hanno concentrato la loro difesa sulla terza voce di danno all'immagine loro contestata dalla Procura erariale: quella collegata ai delitti di violenza sessuale di gruppo. Hanno sostenuto, infatti, che tale voce di danno non sarebbe loro ascrivibile perché il delitto di violenza sessuale non è qualificabile come delitto dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e, in base al richiamo all'art. 7 della legge n. 97/2001, contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009, l'azione erariale risarcitoria potrebbe essere intrapresa solo verso quei danni all'immagine che derivino da un delitto appartenente a tale categoria. Tale assunto, nell'opinione dei convenuti, beneficerebbe dell'avallo della Corte costituzionale, che l'avrebbe fatto proprio nell'ordinanza n. 191/2019. Specularmente, la decisione del Collegio sulla contestabilità in sede erariale del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante da delitti "comuni" costituisce il punto di massimo interesse della vicenda giudiziaria. Il Collegio, pur riconoscendo l'esistenza di un filone giurisprudenziale che depone in senso opposto, afferma che sono oggi azionabili pretese per danno all'immagine, conseguente a giudicati penali, anche per reati diversi da quelli contro la pubblica amministrazione; che ciò è possibile alla luce del sopravvenuto art. 4, comma 1, lett. h) dell'allegato 3 del d.lgs. n. 174/2016 e che l'ordinanza n. 191/2019 non depone a favore, bensì smentisce gli approdi ermeneutici ai quali sono giunti i convenuti. A sostegno della propria tesi, il Collegio richiama un'ordinanza della Corte costituzionale, la n. 145/2017[116], ammettendo che in essa il tema in questione è solo lambito.

Come correttamente rileva il giudice contabile e a differenza di quanto sostenuto dai convenuti, l'ordinanza n. 191/2019 non si occupa della condizione di proponibilità sostanziale dell'azione risarcitoria erariale per danno all'immagine della pubblica amministrazione, bensì, lo si è visto nel

[116] Il riferimento è da intendersi effettuato a Corte cost., 21 giugno 2017, n. 145, in *www.dejure.it*.

precedente paragrafo, di quella processuale, pronunciandosi sulla possibilità di individuare l'accertamento di responsabilità necessario per la contestazione di tale danno in una sentenza di prescrizione che abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità penale. L'ordinanza n. 191/2019 non si occupa del tema della natura da attribuire al rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 neanche in via incidentale; si limita a riconoscere l'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali in merito alla natura di tale rinvio, ma senza prendere posizione. L'unica statuizione sul tema, dal valore innovativo, è quella secondo cui – anche a voler ritenere che l'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016 abbia esteso il novero dei reati che legittimano l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione a tutti i delitti «a danno» della stessa – l'interprete non è esonerato dallo stabilire di quali delitti si tratti, rivelando anche l'art. 51, comma 7, c.g.c. l'intento del legislatore di delimitare l'ambito della predetta responsabilità. L'ordinanza n. 145/2017, dal canto suo, si limita ad affermare che le sopravvenute modifiche normative che hanno inciso sull'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 hanno determinato una profonda trasformazione del quadro normativo di riferimento.

Analizzando la scelta del giudice erariale di qualificare come dinamico il rinvio che l'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 effettua all'abrogato art. 7 della legge n. 97/2001, occorre riconoscere che si tratta di una scelta pienamente condivisibile, perché in linea, oltre che con le ragioni di conformità al dettato costituzionale indicate nella sentenza, anche con quei principi che, nell'ordinamento italiano, regolano gli effetti del rinvio normativo. Come già detto, la natura "fissa" o "mobile" di un rinvio normativo deve essere dedotta alla luce del tenore testuale della disposizione che lo contiene e della *ratio* a essa sottesa. Il rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009, è indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate, ossia all'art. 7 della legge n. 97/2001, risultando apparentemente qualificabile come "fisso". Tuttavia, in conformità con quanto suggerito dalla Corte di cassazione[117], vi sono almeno due elementi dai quali è possibile ricavare che il legislatore abbia inteso tale rinvio come "mobile" e non "fisso".

In primis, il fatto che il richiamo sia diretto verso una disposizione normativa dal contenuto più ampio, che contiene essa stessa un rinvio "mobile" (ai delitti contenuti nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale) e che disciplina le ipotesi in cui la sentenza penale irrevocabile di condanna, pronunciata nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché degli organismi o degli enti da esse controllate, debba essere comunicata alla Procura contabile. L'impressione è quella che il legislatore, che ben avrebbe potuto inserire direttamente nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 il richiamo ai delitti contenuti nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale, abbia preferito rinviare all'art. 7 della legge n. 97/2001 per garantire una costante omologazione tra i reati per i quali si prevede la trasmissione della sentenza di condanna al competente procuratore regionale presso la Corte dei conti e quelli per i quali può attivarsi l'azione per danno all'immagine. In altri termini, finché era vigente l'art. 7 della legge n. 97/2001, le uniche sentenze a dover essere comunicate alla Procura contabile per l'eventuale esercizio dell'azione di responsabilità per danno erariale, sia patrimoniale sia non patrimoniale, erano quelle di condanna per delitti contenuti nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale; con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016 e, quindi, dell'art. 51, comma 7, c.g.c., devono essere comunicate alla Procura contabile anche quelle sentenze irrevocabili di condanna, pronunciate nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché degli organismi e degli enti da esse controllati, per quei delitti non contenuti nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale, ma «commessi a danno delle stesse». D'altronde, non si capisce quale altra intenzione avrebbe potuto avere il legislatore nel disporre l'abrogazione dell'art. 7 della legge n. 97/2001, mediante l'art. 4, co. l, lett. g), dell'allegato 3 al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, se non quella di sostituire tale disposizione con una dal contenuto quasi sovrapponibile, ossia l'art. 51, comma 7, c.g.c., e prevedere, mediante l'art.

[117] Il riferimento è da intendersi effettuato a Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 2021, n. 5534, in *www.dejure.it*.

4, co. 2, del medesimo allegato, che tale disposizione diventasse l'oggetto del rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009.

In secondo luogo, il fatto che il legislatore del 2009 ben sapesse che il catalogo dei reati ricompresi nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale si sarebbe, nel tempo, ampliato, inglobando nuove fattispecie delittuose, come l'induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.) o la corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.). Tuttavia, come già visto in precedenza, per effetto del rinvio "fisso" si verifica un'ideale incorporazione della disposizione oggetto del rinvio, così come si trova scritta al momento del rinvio stesso, nella disposizione rinviante. Pertanto, se il suddetto legislatore avesse inteso inserire nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 un rinvio "fisso", oggi le Procure erariali non potrebbero esercitare l'azione di responsabilità per danno all'immagine neanche con riferimento a queste nuove fattispecie.

Rimane un ultimo fatto da chiarire. L'ordinanza n. 191/2019 della Corte costituzionale, lo si è visto in precedenza, non esclude la possibilità che il rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 possa essere qualificato come rinvio "mobile" e che, pertanto, le Procure erariali possano esercitare l'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione anche in presenza del giudicato penale di condanna per delitti commessi a danno della stessa, seppure non contenuti nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale. Tuttavia, la stessa ordinanza ha chiaramente statuito che il disposto dell'art. 51, comma 7, c.g.c. ha, anch'esso, la finalità di delimitare l'ambito della responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione. In definitiva, il giudice costituzionale ha, seppure in via indiretta, invitato il legislatore a chiarire cosa sia un delitto «a danno» della pubblica amministrazione. Alcuni autori hanno elaborato soluzioni interpretative dal carattere restrittivo, ritenendo tali solo quei delitti «che comportano in primo luogo un danno patrimoniale per l'amministrazione»[118]. Questa prima chiave di lettura non consente alle Procure contabili di perseguire il danno all'immagine derivante dai delitti di violenza, come quelli che sono oggetto della sentenza in commento. Altri autori, invece, hanno fatto propria un'interpretazione dal carattere estensivo, ritenendo che siano «a danno» della pubblica amministrazione tutti quei delitti «aventi ricadute in suo danno»[119]. Questa seconda soluzione interpretativa, adottata dalla sentenza in commento, consente, invece, alle Procure contabili di perseguire il danno all'immagine derivante dai delitti di violenza. Sul punto, nonostante la migliore dottrina abbia elaborato tesi dal carattere suggestivo, è auspicabile un intervento del legislatore, che chiarisca, una volta per tutte, cosa sia un delitto «a danno» della pubblica amministrazione.

5.2 Sull'inadeguatezza del sistema del c.d. doppio binario

Nella sentenza in commento, il Collegio ritiene «costituzionalmente orientata in punto di ragionevolezza» la «riespansione della giurisdizione contabile a perseguire qualsiasi reato (anche comune, direttamente o indirettamente dannoso) foriero di lesione alla reputazione della p.a.», in quanto «ove si ritesse la giurisdizione contabile sul danno all'immagine patito dalla p.a. limitata alle sole ipotesi di condotte da reato contro la p.a., ciò porrebbe una irragionevole discrasia, costituzionalmente illegittima, con la piena perseguibilità risarcitoria del danno all'immagine patito dalla p.a. innanzi all'a.g.o., che può invece ben vagliare in sede civile, senza i limiti normativi dell'art. 17, co. 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009, qualsiasi forma di lesione reputazionale subìta dalla p.a., giungendo a condanna degli autori». Il Collegio solleva il tema, già esaminato in precedenza, dell'inadeguatezza del sistema del c.d. doppio binario, evidenziando come sia del tutto irragionevole sottoporre a condizioni di proponibilità restrittive l'azione risarcitoria per danno all'immagine della pubblica amministrazione in sede erariale e consentire l'esercizio di tale azione in sede civile o penale,

[118] Il riferimento è da intendersi effettuato a F. G. SCOCA, *Sul danno all'immagine op. cit.*, in particolare p. 2180.
[119] V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 26-512, in particolare p. 348.

mediante la costituzione di parte civile, anche in quelle ipotesi in cui le succitate condizioni di proponibilità non sussistano. In questo modo, asserisce il Collegio con un'affermazione densa di significato, l'applicazione o meno dei limiti alla perseguibilità nel caso concreto del danno all'immagine della pubblica amministrazione deriverebbe dalla «cabalistica evenienza del giudice attivatosi» e ciò sarebbe macroscopicamente irragionevole. Il tema sollevato dal Collegio è molto rilevante e merita di essere studiato guardando verso quattro punti di riferimento: la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, il legislatore e la dottrina.

Per la Corte costituzionale, il problema sollevato dal Collegio non ha motivo di esistere. Nella già esaminata sentenza n. 355/2010, la Consulta afferma a chiare lettere che le limitazioni all'azione di responsabilità amministrativa, inserite, negli anni, dal legislatore trovano applicazione all'interno sia della giurisdizione contabile sia della giurisdizione ordinaria[120]. Se, dunque, alcuni strumenti di cui dispone il giudice erariale, come il potere riduttivo o la c.d. *compensatio* contabile, non sono nella disponibilità del giudice ordinario, tale giudice, nel decidere sull'azione di responsabilità per danno patrimoniale o non patrimoniale dinanzi a lui esperita da una pubblica amministrazione contro un soggetto a essa legata da un rapporto di servizio non potrebbe non tener conto delle regole giuridiche sostanziali che disciplinano la responsabilità amministrativa. Pertanto, a esempio, non potrebbe condannare tale soggetto a risarcire il danno erariale prodotto da una condotta sorretta da colpa lieve, così come, fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016, non avrebbe potuto condannarlo a risarcire il danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un delitto non contenuto nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I del Codice penale.

Purtroppo, la tesi elaborata dalla Corte costituzionale non è stata recepita dalla Corte di cassazione – nel cui grembo è nato il sistema del c.d. doppio binario – che ha sempre ritenuto[121], salvo alcuni rari arresti[122], che dalla piena indipendenza tra le giurisdizioni ordinaria e contabile derivi la piena

---

[120] Si riporta un estratto della sentenza, dal quale è possibile comprendere la posizione della Corte costituzionale sul sistema del c.d. doppio binario: «Non vi è dubbio che la formulazione della disposizione non consente di ritenere che, in presenza di fattispecie distinte da quelle espressamente contemplate dalla norma impugnata, la domanda di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'amministrazione possa essere proposta innanzi ad un organo giurisdizionale diverso dalla Corte dei conti, adita in sede di giudizio per responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 103 Cost. Deve, quindi, ritenersi che il legislatore non abbia inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa. In altri termini, non è condivisibile una interpretazione della normativa censurata nel senso che il legislatore abbia voluto prevedere una responsabilità nei confronti dell'amministrazione diversamente modulata a seconda dell'autorità giudiziaria competente a pronunciarsi in ordine alla domanda risarcitoria. La norma deve essere univocamente interpretata, invece, nel senso che, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria. Del resto, costituisce dato pacifico, come riconosciuto anche da questa Corte con la sentenza n. 371 del 1998, sulla quale si ritornerà nel prosieguo, che la limitazione della responsabilità amministrativa, sul piano soggettivo, al dolo o alla colpa grave, non implica che il dipendente pubblico, qualora la sua condotta si caratterizzi per la presenza di un minore grado di colpa, possa essere evocato in giudizio innanzi ad una autorità giudiziaria diversa dal giudice contabile».

[121] Si vedano le seguenti pronunce del giudice di legittimità: la già citata Cass. pen., n. 5534/2021, in cui si legge che la condizione di proponibilità sostanziale del danno all'immagine della pubblica amministrazione, ossia la presenza di una condanna per i reati contenuti nel Libro II, titolo II, capo I del Codice penale, non trova applicazione nella diversa sede della giurisdizione ordinaria; Cass. pen, sez. II, 20 giugno 2018, n. 41012, in *www.dejure.it*, ove si legge che la condizione di proponibilità processuale dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione, ossia la presenza di un giudicato penale di condanna, è valida solo innanzi alla giurisdizione contabile e non impedisce di azionare l'azione di responsabiltà innanzi alla giurisdizione ordinaria, se del caso, attraverso la costituzione di parte civile; Cass. pen, sez. II, 7 febbraio 2017, n. 29480, *ibid*.

[122] Si vedano le seguenti pronunce del giudice di legittimità: Cass. pen., sez.II, 21 ottobre 2020, n. 35477, in *www.iusexplorer.it* e *id*., 12 marzo 2014 n. 14605, *ibid*., in cui, con riferimento all'applicabilità delle condizioni di proponibilità contenute nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 all'azione risarcitoria per danno all'immagine della pubblica amministrazione esercitata dinanzi al giudice ordinario, si legge quanto segue: «Non vi è dubbio che la formulazione della disposizione non consente di ritenere che, in presenza di fattispecie distinte da quelle espressamente

risarcibilità del danno patrimoniale e non patrimoniale subito dalla pubblica amministrazione che esercita l'azione risarcitoria in sede civile o penale, mediante costituzione di parte civile. Dunque, nessuno dei limiti posti dal legislatore, negli anni, all'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, a partire da quelli contenuti nel d.l. n. 543/1996 fino a quelli introdotti con il d.l. n. 76/2020[123], sarebbe applicabile all'azione risarcitoria per danno erariale esperita dinanzi alla giurisdizione ordinaria. Che questa sia ancora oggi la posizione prevalente nella giurisprudenza di legittimità è confermato anche dalla sentenza in commento, per espressa ammissione del Collegio, ed è anche per contrastare gli effetti negativi che questo modo di intendere l'indipendenza tra giurisdizioni può produrre, in particolare nel campo della responsabilità amministrativa da *medical malpractice*, che il legislatore, il quale mai aveva preso posizione sul sistema del c.d. doppio binario, è stato costretto a intervenire.

Il legislatore si è indirettamente pronunciato sul sistema del c.d. doppio binario nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Gelli-Bianco), che disciplina la materia della responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie[124]. In particolare, l'art. 9 della legge n. 24/2017 disciplina l'azione di rivalsa civilistica e di responsabilità amministrativa per *medical malpractice* e detta, nei limiti della reciproca compatibilità, regole comuni, sia sostanziali sia processuali, alle due tipologie di azione. L'omogeneizzazione tra il regime di responsabilità civile, patito dal medico citato in rivalsa da una struttura sanitaria privata, e il regime di responsabilità amministrativa, applicabile a quei sanitari che afferiscono al pubblico impiego, concerne l'elemento psicologico[125], la modalità di assunzione delle prove[126] nonché il criterio di liquidazione del danno[127]. Dunque, il legislatore del 2017 ha scelto di avvicinare i regimi sostanziali e processuali delle due azioni di responsabilità, proprio allo scopo di

---

contemplate dalla norma impugnata, la domanda di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'amministrazione possa essere proposta innanzi ad un organo giurisdizionale diverso dalla Corte dei conti, adita in sede di giudizio per responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 103 Cost. Deve, quindi, ritenersi che il legislatore non abbia inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa».

[123] L'art. 21, comma 2, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. decreto semplificazioni), così come modificato dall'art. 51, comma 1, lett. a), del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto semplificazioni *bis*), conv. con mod. dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, dispone in tal senso: «Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Sul limite introdotto dal legislatore all'azione di responsabilità amministrativa attraverso il c.d. decreto semplificazioni, si veda A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Riv. C. conti*, 2021, fasc. 1, pp. 14-21.

[124] Una completa analisi della legge n. 24/2017 e, più in generale, della responsabilità del personale sanitario, è contenuta in V. TENORE, (a cura di), *Studio sulla responsabilità disciplinare, civile, penale e amministrativo-contabile del personale sanitario*, Anicia, Roma, 2019.

[125] L'art. 9, comma 1, della legge n. 24/2017, disponendo che «l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave», equipara la responsabilità civile alla responsabilità amministrativa sotto il profilo dell'elemento psicologico.

[126] L'art. 9, comma 7, consente ai giudici di entrambe le giurisdizioni di desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio innescato dal danneggiato nei riguardi della struttura sanitaria o sociosanitaria ovvero dell'impresa di assicurazione.

[127] L'art. 9, comma 5, dispone che sia i giudici civili sia i giudici erariali sono tenuti a considerare, nel corso della liquidazione dell'importo risarcibile, il contesto organizzativo in cui il danno è stato provocato, così come entrambi, con riferimento esclusivo a quelle ipotesi in cui la condotta sia sorretta da colpa grave, possono valutare l'entità del pregiudizio economico entro un tetto massimo, pari a un multiplo della retribuzione del sanitario («una somma pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo»).

evitare che il sistema del c.d. doppio binario produca disparità di trattamento[128], non solo tra medici impiegati nel settore privato e medici impiegati nel settore pubblico, ma anche tra questi ultimi, che possono essere chiamati a risarcire il danno provocato all'amministrazione di riferimento sia in sede erariale sia in sede civile. Facendo un passo indietro, occorre rilevare come il legislatore si sia già indirettamente pronunciato sul sistema del c.d. doppio binario in un'altra occasione, anch'essa inquadrabile nel contesto normativo che disciplina la responsabilità amministrativa per danno erariale indiretto. Si tratta del combinato disposto degli artt. 18[129], 19[130], 21[131] e 22[132] del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 («Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato»), che contiene la norma generale in base alla quale l'impiegato è tenuto a risarcire all'amministrazione i danni, derivanti da violazioni di obblighi di servizio, provocati a terzi e, per la responsabilità dei medesimi, «è sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti». In questa occasione, il linguaggio utilizzato dal legislatore non lascia dubbi in ordine al fatto che sia (solo) la Corte dei conti ad avere giurisdizione su questa categoria di controversie. Nonostante ciò, il sistema del doppio binario trova applicazione anche, e soprattutto, nella responsabilità per danno erariale indiretto. I due interventi normativi riportati presentano un orientamento opposto, giacché il più risalente sembra escludere la configurabilità di un secondo binario giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario per la responsabilità amministrativa da danno erariale indiretto, mentre il più recente disciplina proprio questo secondo binario. Tuttavia, nessuno dei due interventi legittima la perdurante violazione del principio di uguaglianza perpetrata dall'attuale disciplina del c.d. doppio binario, anzi il secondo intervento sembra diretto a limitarne gli effetti. La limitazione degli effetti del secondo binario giurisdizionale, ossia quello esperibile dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, sembra essere una delle principali preoccupazioni della dottrina, che sul punto ha elaborato alcune interessanti tesi.

---

[128] Si veda E. F. SCHLITZER, *La responsabilità medica*, in C. MIRABELLI, E. F. SCHLITZER (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 355-368, in particolare p. 357. Secondo l'autore, «il nuovo regime della responsabilità sanitaria, all'art. 9 nei commi da 1 a 4 e 6 prevede una disciplina specifica dell'azione di rivalsa summenzionata [civilistica], mentre il comma 5 è per l'azione di responsabilità amministrativa e l'ultimo interessa entrambe le fattispecie».

[129] Si riporta il testo dell'articolo 18 del d.P.R. n. 3/1957 («Responsabilità dell'impiegato verso l'Amministrazione»): «L'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio. Se l'impiegato ha agito per un ordine che era obbligato ad eseguire va esente da responsabilità, salva la responsabilità del superiore che ha impartito l'ordine. L'impiegato, invece, è responsabile se ha agito per delega del superiore».

[130] Si riporta il testo dell'articolo 19 del d.P.R. n. 3/1957 («Giurisdizione della Corte dei conti»): «L'impiegato, per la responsabilità di cui al precedente articolo, è sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti nei modi previsti dalle leggi in materia. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso. Il diritto al risarcimento si estingue con il decorso del termine di prescrizione ordinario previsto dal Codice civile».

[131] Si riporta il testo dell'articolo 21 del d.P.R. n. 3/1957 («Responsabilità verso i terzi»): «L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave».

[132] Si riporta il testo dell'articolo 22 del d.P.R. n. 3/1957 («Danno ingiusto»): «È danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave; restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti. La responsabilità personale dell'impiegato sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nella omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento».

Numerosi sono gli autori[133] che ritengono che il carattere concorrente delle giurisdizioni in materia di responsabilità per danno erariale sia del tutto irragionevole, per via dei differenti regimi sostanziali a cui, di volta in volta, il danneggiante può essere sottoposto. In conformità con quanto sostenuto dal Collegio nella sentenza in commento, tali autori invocano l'intervento del legislatore, affinché disponga il superamento del sistema del c.d. doppio binario e sancisca definitivamente e a chiare lettere, in base a una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 103, comma 2, Cost., la natura esclusiva della giurisdizione della Corte dei conti sui danni arrecati alla pubblica amministrazione da pubblici dipendenti. Tale superamento non precluderebbe alla pubblica amministrazione di agire in giudizio, sostanziandosi in una lesione dell'art. 24 Cost. A dire degli stessi autori, essa verrebbe "sostituita" dal pubblico ministero contabile, il quale eserciterebbe un'azione diretta al medesimo fine recuperatorio dinanzi alla Corte dei conti. Tuttavia, la dottrina deve fare i conti con un legislatore e una giurisprudenza di legittimità che ritengono, ormai, il sistema del c.d. doppio binario parte dell'ordinamento giuridico. Pertanto, alla richiesta di imporre a entrambi i giudici, ordinario ed erariale, lo stesso regime sostanziale, segnatamente quello previsto dalla legge n. 20/1994, si affiancano alcune soluzioni alternative. Una di queste[134] ipotizza l'unità della giurisdizione sul danno erariale dinanzi al giudice contabile mediante una rilettura dell'antico istituto delle c.d. azioni ad istanza di parte, che il Codice di giustizia contabile disciplina negli artt. 172 e seguenti e che consentirebbe alle pubbliche amministrazioni di esercitare l'azione risarcitoria diretta dinanzi alla Corte dei conti. Alla luce di quanto detto, la dottrina giuscontabile maggioritaria ha adottato un approccio al tema dell'inadeguatezza del sistema del c.d. doppio binario che è del tutto in linea con la posizione espressa dalla Corte costituzionale, dalla Corte dei conti e, nella legge n. 24/2017, dal legislatore. Trattasi di un approccio del tutto condivisibile.

Il sistema del c.d. doppio binario, sin dall'entrata in vigore del d.l. n. 543/1996, lede in modo manifesto il principio di uguaglianza, contenuto nell'art. 3 della Costituzione. Tale lesione, si sostanzia nella sottoposizione dei medesimi soggetti, colpevoli dei medesimi fatti illeciti, a due distinti giudizi, ai quali si applicano due distinte discipline, sia sostanziali sia processuali, a seconda che la pubblica amministrazione lesa decida di esercitare l'azione di responsabilità in sede civile o preferisca farla esercitare, in sede erariale, dalla Procura regionale presso la Corte dei conti. Un secondo principio leso dal sistema del c.d. doppio binario è quello della certezza del diritto, esistendo il rischio che i due giudici assumano decisioni di senso opposto, dando luogo a un contrasto tra giudicati. Inoltre, la possibilità di ottenere, in sede civile, la restituzione degli importi non recuperati in sede erariale pone nell'irrilevanza tutti quegli strumenti peculiari di cui il giudice contabile dispone per la liquidazione del danno, *in primis* il potere riduttivo. *Dulcis in fundo*, la scelta del legislatore di mantenere il sistema del c.d. doppio binario contrasta con la volontà di apporre sempre più limiti all'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, in quanto tali limiti, incluse le due condizioni di proponibilità contenute nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009, non trovano applicazione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria. Di conseguenza, qualora le pubbliche amministrazioni scegliessero, come sta avvenendo sempre più spesso in materia di responsabilità da *medical malpractice*, di rivolgersi al giudice ordinario, piuttosto che attendere l'esito del giudizio erariale, tutte le modifiche al regime sostanziale e processuale della responsabilità amministrativa, a partire proprio da quelle contenute nel d.l. n. 543/1996, perderebbero gran parte della loro utilità. Non resta che invocare un intervento chiaro e univoco del legislatore, che disponga il superamento del

[133] Si vedano, *ex multis*, i seguenti recenti scritti: ROMANI, *Il sistema del doppio binario civile e contabile in materia di responsabilità, tra giurisdizione esclusiva della Corte dei conti e diritto di difesa dell'amministrazione danneggiata*, in *Federalismi.it*, 2021, fasc. 15, pp. 217-251; V. TENORE, *Lo stato della giurisdizione della Corte dei conti tra "doppio binario", "ne bis in idem" e questioni varie in materia di responsabilità e pensioni*, in *Riv. C. conti*, 2021, fasc. 3, pp. 3-25; L. IOCCA, *la Corte di cassazione e il doppio binario giurisdizionale*, in *Riv. C. conti*, 2021, fasc. 2, pp. 68-71.

[134] Si veda F. PINTO, *Per un nuovo modello del giudizio contabile: riflessioni in tema di doppio binario e ruolo delle amministrazioni non statali*, in *Riv. C. conti*, 2022, fasc. 1, pp. 32-45.

sistema del c.d. doppio binario, lasciando alla sola Corte dei conti, giudice nelle materie di contabilità pubblica ai sensi dell'art. 103, comma 2, Cost., la giurisdizione esclusiva sull'azione di recupero del danno erariale, da condurre attraverso il giudizio a tal fine previsto dalla legge, ossia il giudizio di responsabilità amministrativa.

5.3 Sulla contestabilità del danno all'immagine nelle ipotesi di concorso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con delitti "comuni"

Il fattore che rende veramente innovativa la sentenza in commento è la decisione presa in merito alla contestabilità del danno all'immagine della pubblica amministrazione nelle ipotesi di concorso di delitti contenuti nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I, del Codice penale con delitti "comuni". Il Collegio, dopo aver espresso la propria adesione a quell'orientamento giurisprudenziale che propende per la qualificazione del rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 come "mobile", mette al sicuro la pronuncia da eventuali censure in appello dirette a contestare tale qualificazione. A tal fine, afferma che, anche volendo qualificare il rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 come "fisso", «le conclusioni non muterebbero nel caso di specie in ordine alla azionabilità e fondatezza della pretesa attorea», essendo comunque esercitabile l'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione nelle ipotesi di concorso di delitti contenuti nel Libro secondo, Titolo secondo, Capo I, del Codice penale con delitti "comuni", «qualora il legame tra gli stessi si traduca in una unitaria o continuata azione delittuosa che nel suo insieme arrechi danno alla immagine della p.a.». Il Collegio giunge a tale approdo sviluppando ulteriormente l'indirizzo interpretativo, nato in seno alla sezione giurisdizionale Lombarda della Corte dei conti, che consente la contestabilità del danno all'immagine della pubblica amministrazione anche a fronte di reato complesso, non rientrante nel "catalogo" dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di cui però il delitto del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione sia elemento costitutivo o circostanza aggravante.

Sulla decisione del giudice erariale lombardo di interpretare in siffatto modo la condizione di proponibilità sostanziale dell'azione risarcitoria per danno all'immagine della pubblica amministrazione, ampliandone la portata anche alle ipotesi di concorso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con delitti "comuni", si ritiene opportuno effettuare una considerazione: si tratta di una decisione dal carattere innovativo, poiché lo stato dell'arte della giurisprudenza contabile non conosce pronunce dal contenuto analogo. Occorre, pertanto, attendere quali saranno le possibili reazioni, ossia verificare in che modo i giudici erariali accoglieranno questa novità e, in particolare, se quelle sezioni della Corte dei conti che qualificano il rinvio contenuto nell'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. n. 78/2009 come "fisso" decidano di aderirvi, uniformandosi, o di prenderne le distanze, reiterando il proprio orientamento. Qualora si realizzasse quest'ultima ipotesi, la rilevanza del tema oggetto di contrasto e la difformità degli indirizzi interpretativi in campo sarebbero tali da rendere auspicabile un intervento sul punto delle sezioni riunite della Corte dei conti, che facciano chiarezza sulle condizioni di proponibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione.

6. Considerazioni conclusive.

La sentenza n. 21/2022 della sezione giurisdizionale per la Lombardia della Corte dei conti ha il grande pregio di far brillare di nuovo splendore l'antica gloria dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione, strumento che negli ultimi trent'anni si è andato progressivamente sgretolando come cenere nelle mani del giudice erariale. Ebbene, i responsabili di questa circostanza sono il legislatore e la Suprema Corte di cassazione. L'accanimento del primo nella lotta per imporre limitazioni a questa funzione giurisdizionale della Corte dei conti è pari solo a quello dimostrato dalla seconda nel difendere un sistema incoerente e insidioso, oltre che incostituzionale, qual è quello del c.d. doppio binario. Tuttavia, se il c.d. lodo

Bernardo ha snaturato nello scopo e nel valore il danno all'immagine della pubblica amministrazione, lasciando nell'impunità quelle condotte foriere di un danno erariale non patrimoniale che non erano sussumibili in alcune fattispecie di reato, il d.lgs. n. 174/2016, che un legislatore più attento avrebbe scritto facendo maggiore attenzione al "diritto vivente", consente di operare una riespansione della giurisdizione contabile, superando parte delle criticità del precedente assetto normativo. Tale riespansione dovrebbe essere "guidata" dal legislatore, che dovrebbe chiarire la nozione di delitto commesso «a danno» della pubblica amministrazione, così come suggerisce la Consulta. Quest'ultima, a sua volta, qualora fosse investita nuovamente della questione di legittimità costituzionale, potrebbe pronunciarsi in modo chiaro e incisivo sul sistema del c.d. doppio binario, eliminando uno dei due "binari" od omologandone la disciplina al "binario" concorrente, di tal guisa obbligando il legislatore a intervenire, stavolta direttamente, sul punto. Nell'attesa che qualcosa si muova, non resta che osservare come la scelta della sezione giurisdizionale lombarda di ammettere la contestazione del danno all'immagine della pubblica amministrazione nelle ipotesi di concorso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con delitti "comuni" venga accolta dalle altre sezioni del giudice contabile, in particolare da quelle che interpretano i recenti interventi della Corte costituzionale in senso favorevole alla rinnovata attualità del c.d. lodo Bernardo.

IL CAMPO MINATO DEL CONTROLLO DELLA CORTE DEI CONTI EX ART. 5 TUSP: LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA TRA ONERE MOTIVAZIONALE AGGRAVATO E AUTOTUTELA DOVEROSA

di Cristina Menale
Funzionario Corte dei conti

Sommario*:*

1. Il campo minato del Parere ex art. 5 Tusp
2. Un nuovo controllo di legittimità-regolarità
3. I vincoli tipologici e finalistici come limite al potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione. L'onere motivazionale aggravato
4. La natura degli atti deliberativi di costituzione delle società. La duplice fase di valutazione
5. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: limiti al sindacato giudiziario –
   5.1 In particolare: il sindacato del giudice contabile sulla costituzione delle società partecipata
6. La natura del Parere ex art. 5 Tusp.
7. L'effetto impeditivo del parere negativo
8. Conclusioni

Abstract*:*

Le disposizioni dell'art. 5 del Testo Unico sulle Società Partecipate, come modificate dall'art. 11 comma 1, lett. a), della l. n. 118/2022, prevedono che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso, dall'amministrazione procedente, alla Corte dei conti, che delibera, entro sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo art. 5, nonché dagli artt. 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. La lettura della disposizione e della prima giurisprudenza considera gli elementi caratteristici della funzione ed in particolare l'effetto impeditivo per qualificare questa attività come controllo di legittimità e regolarità anziché come parere. Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

The art. 5, law 175/2016 as amended by art. 11 paragraph 1, lett. a), of the law no. 118/2022, provide that the deliberative deed for the establishment of a company or the acquisition of a shareholding (direct or indirect) is sent, by the proceeding administration, to the Court of Auditors, which resolves, within sixty days, in order the compliance of the deed with the provisions of paragraphs 1 and 2 of the same art. 5, as well as by the articles 4, 7 and 8, with particular regard to financial sustainability and the compatibility of the choice with the principles of efficiency, effectiveness and economy of the administrative action. The reading of the provision and of the first jurisprudence – due to the characteristic elements of the function and in particular the impeding effect – allows to qualify this activity as a control of legitimacy and regularity rather than as a qualified opinion. Faced with a complex technical assessment, the judge can retrace the reasoning followed by the administration, in order to verify, also with reference to the technical rule adopted, the reasonableness, logic, coherence of the logical procedure followed by the public authority, without replacing it with a personal different evaluation system.

1. Il campo "minato" del Parere ex art. 5 Tusp

Di recente, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, con il Parere n. 59 del 2023, è stata chiamata a pronunciarsi ai sensi dell'art. 5, comma 3, del Tusp, sulla delibera della Assemblea capitolina n. 49/2023 che autorizza l'acquisto da parte di Ama Roma del 49% della società Roma Multiservizi Spa, a cui sono affidati una pluralità di servizi di vario tipo.

Le disposizioni dell'art. 5, come modificate [1]dall'art. 11 comma 1, lett. a), della l. n. 118/2022, prevedono che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso, dall'amministrazione procedente, alla Corte dei conti, che delibera, entro sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo art. 5, nonché dagli artt. 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

La pronuncia indaga il travagliato e mai risolto rapporto tra discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice contabile, percorrendo le vie impervie di una grammatica normativa non sempre lineare, a causa del rinvio a criteri e concetti generici ed elastici quali efficacia efficienza economicità [2]e corretta gestione delle risorse[3]. Infatti, quando l'uso di concetti elastici, da parte del legislatore, riguarda i limiti all'azione amministrativa, si pone, automaticamente, il problema di stabilire il delicato confine tra giurisdizione e "riserva di amministrazione". In questa prospettiva, il controllo del Giudice contabile, nel caso del "Parere" previsto dall'art. 5 Tusp, è chiamato a risolvere *"in sede interpretativa e con fatica,* […] *sofisticate trame ricostruttive con la velleità di orientare il senso di quelle formule innocue*[4]".

La decisione del giudice contabile, qui in commento, fornisce un'utile occasione per far luce sulla natura giuridica dei provvedimenti di costituzione delle società a partecipazione pubblica e, allo stesso tempo, sul perimetro del sindacato del Giudice dei bilanci pubblici[5]. Resta infatti ancora dibattuta la questione dell'*id est* delle società a partecipazione pubblica, le c.d. "*anonim(e) di Stato"*[6] , a causa della confusione che contrassegna l'eterogeneo diritto positivo che disciplina nascita e

[1] Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, nella deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/202, ritengono che le norme del Tusp, nel sistema delineato dalla Corte costituzionale, assurgano a principi fondamentali espressivi del coordinamento finanziario, trattandosi di norme che, in linea con le disposizioni in materia di riduzione del costo della pubblica amministrazione (cosiddetta *spending review*), pongono misure finalizzate alla previsione e al contenimento delle spese delle società a controllo pubblico per il loro funzionamento" (Corte cost., sentt. n. 86/2022 e n. 194 del 2020). La finalità complessiva di coordinamento della finanza pubblica del Tusp, [le cui norme configurano] parametri interposti [di coordinamento finanziario ex art. 117, terzo comma, Cost.] sono anche teleologicamente orientati alla razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche nelle società, e pertanto intersecano profili di coordinamento finanziario e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione" (Corte cost., sent. n. 86/2022, punto 4 del diritto; si veda, anche, Corte cost., sent. n. 201/2022, punto 6.2. del diritto) Il predetto inquadramento costituzionale concorre a interpretare in chiave teleologica e sistematica i nuovi parametri di cui all'art. 5, delineati dal Tusp, novellato dalla legge n. 118 del 2022, che fanno sistema con le disposizioni di cui all'art. 20 del medesimo Tusp, come è possibile ricavare dal criterio e principio direttivo indicato nell'art. 8, comma 2, lett. i), della medesima legge n. 118 del 2022.

[2] Cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2011; R. TASSONE, *Amministrazione per risultati* in *Scritti in onore di E. Casetta,* Napoli, 2001, II, 813 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004; P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.,* XIII. Roma, 1988; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano, 1966; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; C. PINELLI, *Articolo 97. Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Il Foro italiano, Bologna/Roma, 1994, pp. 31 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010; A. MASSERA E M.R. SPASIANO, IN M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

[3] Le problematiche sono simile a quelle che hanno interessato altri settori del diritto. Sul punto si rinvia alle riflessioni di cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm*., I, 1998, p. 666.

[4] G. ALESSANDRO, *I controlli esterni sulle società in mano pubblica*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI e M. PERRINO, pag. 117, Giappichelli Editore, 2020.

[5] Per questa definizione della magistratura contabile, cfr. F. SUCAMELI, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio*, in *Federalismi.it*, n. 36/2020.

[6] G. ALESSANDRO, op. cit, pag. 117.

funzionamento di tali soggetti, anche dopo l'emanazione del Testo unico (d.lgs. n. 175/2016, c.d. Tusp).

L'obiettivo di questo lavoro, senza l'ambizione di essere esaustivi, è di restituire al lettore il "bozzetto" di uno scenario in piena e fervente evoluzione, ossia quello del nuovo assetto dei rapporti tra discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario contabile, a valle delle riforme sui controlli indotti dalla l. cost. n. 1/2012. Anticipandone i contenuti, si può senz'altro dire che tale controllo del giudice si svincola dal concetto di "opinabilità" della decisione amministrativa[7], per legittimare un controllo sostanziale, ancorato a concetti normativi, si elastici, ma che conducono lungo un rigoroso percorso logico, attraverso il criterio della proporzionalità [8]della scelta, alla stregua del parametro della "sostenibilità finanziaria".

Il Tusp, in atti, introduce delle procedure e limiti di spesa per il "disinnesco" di possibili patologie[9], rinvenienti dall'uso delle forme di diritto di privato (art. 1, comma 1-bis e comma 1-ter l. n. 241/1990) per perseguire finalità pubbliche, un diritto concepito e strumentale all'autonomia privata, caratterizzato, quindi, da una sostanziale libertà nel fine e dall'assenza di procedimenti. Per contro, un ricorso planare a tali forme può impattare negativamente sui "criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità" (comma 1) che devono conformare le attività alimentate dal bilancio pubblico. Il ricorso alla costituzione di società di diritto privato può avere il «pregiudizievole effetto di chiudere, senza ragione, alla concorrenza determinati mercati, e, comunque, molto spesso senza rispetto dei criteri di economicità ed efficienza, con conseguenti gravi disavanzi e oneri per la finanza pubblica" (Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 2022)[10].

L'abuso della forma privatistica nell'organizzazione della pubblica amministrazione, infatti, può condurre ad una "*regressione del controllo democratico a favore di burocrazie autoreferenziali,* [con la] *rottura di uno dei valori fondamentali del bilancio pubblico[11], ossia, la sua "universalità[12]* […]*alla stregua di una contabilità speciale o di una gestione fuori bilancio".*

---

[7] Cfr. in materia U. PATRONI GRIFFI, *Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè Editore, 2016, pag. 195 e ss.

[8]Il principio di proporzionalità affonda le proprie radici nel diritto tedesco, essendosi affermato nel XIX secolo nel settore del diritto pubblico ed in particolare nell'ambito del diritto di polizia, per poi estendersi a tutto il diritto amministrativo. Con il noto caso Kreuzberg del 1882, la giurisprudenza prussiana, correlando la misura repressiva con la libertà individuale, specificava che il mezzo in concreto adottato dall'autorità deve essere il meno invasivo per il cittadino che lo subisce e, al contempo, idoneo ad ottenere lo scopo pubblico prefissato. Il principio di proporzionalità è stato, successivamente, fatto proprio dalla Corte di Giustizia UE soprattutto in materia di sanzioni, di aiuti di Stato, di deroghe alle regole della concorrenza, assurgendo così a principio generale dell'ordinamento comunitario. Con la previsione di cui all'art. 1, primo comma, della Legge n. 241/1990, che si richiama espressamente all'ordinamento comunitario, il principio in esame cessa di essere un principio meramente dottrinale o giurisprudenziale e si qualifica come principio normativo, divenendo, inoltre, uno strumento fondamentale per l'individuazione dei limiti quantitativi e qualitativi dei poteri di scelta riservati dall'ordinamento. Cfr sul punto G. Tesauro, *Il Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2011.

[9] Trattandosi di disposizioni «volte a definire il regime giuridico di soggetti diversi di diritto privato» (Corte cost., sentenza n. 227 del 2020); alla «tutela della concorrenza», in considerazione dello scopo di talune disposizioni di «evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali» (sentenza n. 251 del 2016).

[10] Sul punto si era anche espressa l'Adunanza plenaria del Cons. Stato che con sentenza 3 giugno 2011, n. 10, osservava come «L'evoluzione normativa mostra un netto sfavore per la costituzione e mantenimento di società da parte di enti pubblici, persino per quanto riguarda gli enti locali, nonostante il loro riconoscimento costituzionale come enti territoriali autonomi a fini generali, e persino quando si tratta di società create per i fini istituzionali dell'ente».

[11] Cfr. sul punto E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2020; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio, in Costituzionalismo.it*, n. 1/2015.

[12] F. SUCAMELI, ***Le funzioni di controllo della Corte dei conti in materia di società partecipate dagli enti territoriali. Profili sostanziali e processuali*****, in Bilancio Comunità Persona, 2020.** L'A. prosegue affermando: «*per principio generale dell'ordinamento giuridico, vi è infatti una tendenziale corrispondenza biunivoca tra soggetto di diritto, patrimonio e bilancio (che è lo strumento di rappresentazione e gestione del secondo); di conseguenza, la creazione di organismi partecipati per lo svolgimento di specifiche funzioni e servizi che ricadono tra gli scopi del bilancio pubblico,*

In sostanza, le relazioni finanziarie che si determinano tra ente azionista e società partecipata possono nascondere gestioni senza copertura, capaci di incidere, nel tempo, sulla continuità dei servizi affidati e, di rimbalzo, sul bilancio dell'ente *dominus,* chiamato a ripianare perdite. Una gestione, cioè, in contrasto col nuovo quadro costituzionale delineato dalla riforma del 2012 che introduce il principio dell'equilibrio di bilancio per tutte le pubbliche amministrazioni, a prescindere dalla forma giuridica adottata (in linea con il diritto dell'unione europea, art. 97 comma 1 Cost. e Reg. 549/2003, c.d. SEC 2010).

Per tale ragione il legislatore che è intervenuto con il d.l. n. 174/2012 per rafforzare il controllo esterno della Corte dei conti sia sui bilanci e sulla gestione degli enti locali, ha modificato e introdotto gli artt. 148 e 148-bis Tuel, che estendono l'area del controllo agli enti partecipati, nella misura in cui la loro gestione può pregiudicare, "anche in prospettiva", equilibrio e sostenibilità finanziaria del ciclo di erogazione di servizi e funzioni[13].

2. Un nuovo controllo di legittimità-regolarità

Sulla scia di tali riforme si pone il nuovo [14]art. 5 del Tusp che prima della modifica imponeva alle Amministrazioni pubbliche di inviare alla Corte dei conti l'atto con cui deliberavano la costituzione della nuova società o l'acquisizione di una partecipazione, diretta o indiretta, ma solo per mere "finalità conoscitive". La norma richiede di riscontrare la compatibilità della scelta organizzativa con

produce una rottura dell'universalità del bilancio alla stregua di una contabilità speciale o di una gestione fuori bilancio. Più prosaicamente, la creazione di un nuovo soggetto di diritto con un patrimonio destinato e riservato alla realizzazione di specifiche funzioni e servizi menoma la capacità autorizzatoria e rendicontativa del bilancio pubblico che non può più limitare, in sede autorizzativa, la spesa degli organismi partecipati: il bilancio pubblico si limita a stabilire quali sono i flussi finanziari posti disposizione degli organismi partecipati, che diventano erogatori di spesa di secondo livello; le decisioni di spesa sono poi assunte liberamente dal management *del soggetto partecipato, senza incontrare alcun limite giuridico di scopo e di quantità*».

[13] Sempre in quest'ottica, sono stati elaborate nuove forme di contabilità, i "consolidati", che consentono di riscontrare gli equilibri del "gruppo municipale" attraverso l'armonizzazione dei conti (art. 233-bis Tuel, artt. 11-bis, 11-ter e 11 quater, e art. 68 del d.lgs. n. 118/2011 e nell'Allegato 4/4 del d.lgs. 118/2011). Il Bilancio Consolidato ha lo scopo di "rappresentare in modo veritiero e corretto la **situazione finanziaria e patrimoniale e il risultato economico della complessiva attività svolta dall'Ente** attraverso le proprie articolazioni organizzative, i suoi enti strumentali e le sue società controllate e partecipate." L'Ente Locale funge dunque da capofila e deve aggregare i numeri del proprio bilancio con quelli dei bilanci delle società controllate o partecipate. L'obiettivo è quello di avere una rappresentazione globale del patrimonio del Gruppo Amministrazione Pubblica (GAP).

[14] Con le deliberazioni n. 135/2022/QMIG del 4 ottobre 2022 della Sezione regionale di controllo per il Veneto e n. 124/2022/QMIG del 6 ottobre 2022 della Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, sono state rimesse al Presidente della Corte dei conti alcune questioni di massima inerenti all'interpretazione dell'art. 5, commi 3 e 4 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ("Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", di seguito anche TUSP), come novellato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118 riassumibili sinteticamente in *1) se indipendentemente dal nomen juris utilizzato dal legislatore, il pronunciamento sull'atto deliberativo dell'Amministrazione sia ascrivibile all'attività di controllo o all'attività consultiva e, in tale ultimo caso, se il novellato art. 5 del TUSP abbia introdotto un nuovo genere di attività consultiva di cui vanno individuati i parametri essenziali di riferimento; 2) se, in mancanza di espressa previsione normativa, in caso di atti non sufficientemente motivati o documentalmente carenti, sia consentito alla Sezione competente lo svolgimento di attività istruttoria e in quali termini; 3) se, alla luce dei criteri di controllo introdotti dalla novella legislativa, l'attività di verifica delle Sezioni di controllo debba essere limitata ai soli provvedimenti trasmessi dalle amministrazioni ovvero debba estendersi fino a ricomprendere altri atti ed elementi (indicati nella parte motiva della delibera, al punto V, rubricato "Sulla perimetrazione dell'attività di controllo") e, in caso affermativo, entro quali limiti. Abbandonata la finalità meramente conoscitiva, la trasmissione alla Corte esita in una "pronuncia" della stessa qualificata dal legislatore come "parere", accentuando la natura consultiva, piuttosto che di controllo. Osservano le Sezioni riunite che tale qualificazione presenta profili non del tutto in linea con la disciplina della generale funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti (art. 7, comma 8, legge n. 131 del 2003) in virtù della quale gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica in ordine all'interpretazione, generale e astratta, di norme contabili e finanziarie. Le Sezioni riunite hanno individuato, nella nuova funzione, "una peculiare forma di controllo" piuttosto che un'attività consultiva.*

i principi[15] di efficienza, efficacia ed economicità; pertanto, si lega con tutta evidenza alla stessa verifica "prospettica" degli equilibri, contemplati dagli artt. 148 e 148-bis Tuel.

Il procedimento di controllo non può pertanto prescindere da una fase istruttoria, non può cioè limitarsi ad un mero riscontro formale della motivazione[16]. Come messo recentemente in evidenza dalla Sezione di controllo per l'Emilia-Romagna (delib. n. 32/2023), lo strumento di indagine privilegiato nella prassi è il *Business Plan* della società, già richiamato dall'art. 14 del TUSP. L'obiettivo dell'indagine sarà quello di accertare lo stato di salute dell'ente "*target*", per scongiurare l'esistenza di "gravi patologie" capaci di portare al c.d. *"soccorso finanziario"*, vietato ai sensi dell'art. 14 comma 5 del Tusp.

L'art. 5, per un verso, pone un chiaro rapporto tra un oggetto (la scelta amministrativa compiuta con l'atto trasmesso) e specifici parametri. La struttura binaria[17] del giudizio (vero/falso: legittimo/illegittimo), pertanto, non può che condurre a pronunce di accertamento attraverso cui il giudice applica la legge al caso concreto, a valle di un procedimento sillogistico. L'esito di tale controllo è quindi di tipo "dicotomico", dovendo condurre a un giudizio di legittimità o di illegittimità, possibile soltanto laddove sia presente e chiaro un parametro normativo al quale sottoporre la verifica dell'atto, in linea con la giurisprudenza costituzionale sui controlli di legittimità-regolarità (sent. n. 60/2012, nn. 39 e 40/2014).

La domanda che retoricamente ci si deve porre, peraltro, è: il parametro dell'art. 5, comma 3, TUSP, che chiama il giudice a verificare la "compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa", è effettivamente un parametro (solo) giuridico?

Nel parere n. 59/2023/PASP della Sezione regionale di controllo per il Lazio, la risposta alla domanda è certamente positiva, non senza, però, averne chiarito il senso, sovrapponendo tali criteri, con un sindacato di "proporzionalità" della scelta amministrativa. In quest'ottica con l'art. 5 viene introdotto un giudizio che non sembra limitarsi a "*valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico*" (Corte costituzionale, sentenza n. 226 del 1976). Il controllo sembra puntare ad un giudizio di opportunità, sul piano della convenienza economica e della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate.

Il parere percorre invece un percorso argomentativo che giunge a neutralizzare completamente la decisione. Nella prospettiva del giudice contabile, non si può trattare di un controllo di gestione sulla efficacia, efficienza ed economicità, nel senso dell'art. 3 della l. n. 20/1994, in quanto quel tipo di controllo presuppone una gestione in corso e quindi una valutazione ex post delle "*performance*" raggiunte dall'amministrazione. Qui la gestione non c'è ancora stata, esiste un atto, una situazione

---

[15] Cfr. C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria,* in *Costituzionalismo.it, n. 1/*2020 e ID, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il Rule of Law a protezione del bilancio*? In *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2022; F. SUCAMELI, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio,* in *Federalismi*. it, n. 36/2020; A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla responsabilità costituzionale e democratica e intergenerazionale*, in *Giur.Cost*., n. 1/2019; G. BOGGERO, La Corte costituzionale mette un freno al *deficit spending* degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future, in Diritticomparati.it, 2019; F. S. ALTAVILLA, *La sentenza di San Valentino. La Corte costituzionale e il controllo "neocavouriano" della Corte dei conti a tutela del bilancio bene pubblico e delle generazioni future*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2019.

[16] Sulla portata di detto onere motivazionale, tra l'altro, la Magistratura contabile, proprio nella materia societaria ha già avuto modo di specificare che esso non è assolto quando l'atto deliberativo contiene mere ripetizioni del dato legale o affermazioni apodittiche; al contrario, l'obbligo della motivazione può essere considerato compiuto anche se essa è sintetica, purché capace di disvelare l'iter logico e procedimentale attraverso il quale si è proceduto alla scelta. Cfr. *ex multis* C. conti, sez. contr. Lombardia/6/2017/VSG che richiama Sez. contr. Lombardia deliberazioni n. 975/2009, n. 830/2010 e 831/2010).

[17] Cfr. F. SUCAMELI, *Il Giudice del bilancio nella costituzione italiana*, Editoriale scientifica, 2022, p. 158.

economico-finanziaria oggettiva, infine, dei vincoli normativi, che sono dati dall'equilibrio di bilancio e dal precetto di necessità (che altro non è che un corollario del principio di proporzionalità).

Il controllo intestato alla Corte dei conti dall'art. 5 del Tusp, pertanto, non supera lo steccato della "convenienza", "opportunità" e quindi del "merito" amministrativo, ma si autoperimetra, rimanendo dentro lo stretto sentiero della legittimità.

3. I vincoli tipologici e finalistici come limite al potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione. L'onere motivazionale aggravato.

Le società a partecipazione pubblica *"costituiscono un particolarissimo sottotipo del genus società di capitali, una sorta di transgender in cui si assiste, a ragione della pervasiva infiltrazione della disciplina pubblicistica ad un marcato allontanamento rispetto al modello privatistico. Il che, al di là delle rassicuranti affermazioni della giurisprudenza amministrativa circa la compatibilità tra interesse pubblico e scopo lucrativo, nella prassi pone agli operatori non solo complessi problemi esegetici della normativa, ma anche apre inattesi potenziali conflitti nella gestione di tali particolarissime imprese*"[18].

Scegliere la forma societaria tra gli assetti di *governance* astrattamente messi a disposizione dall'ordinamento, impone il rispetto del complesso sistema delle società commerciali e della relativa regola di governo della concorrenza messa in pericolo dall'inserimento di un soggetto pubblico scollegato dai vincoli di perseguimento dell'utile particolare. Il principio di autorganizzazione che per i privati opera in senso assoluto, per le pubbliche amministrazioni deve rimanere agganciato al principio di legalità e, allo stesso tempo (per lo stesso principio citato) deve rimanere ancorato alla "causa" concreta[19], ossia, all'esigenza di realizzare il *munus* pubblico.

Ed infatti, l'art. 2, comma 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, stabilisce che le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione.

Tanto premesso, occorre precisare che, in linea generale, il diritto europeo [20]non indica una netta preferenza tra autoproduzione (anche nella forma *in house*) e ricorso al mercato per l'erogazione dei servizi pubblici: la decisione se produrre direttamente un servizio ("*make*") o acquistarlo sul mercato con un'operazione di esternalizzazione ("*buy*") è rimessa al diritto nazionale[21].

---

[18] Cfr. U. PATRONI GRIFFI, *Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, pag. 195 e ss; R. CAMPORESI, *Profili economici degli oneri di motivazione analitica e obblighi di dismissione*, in R. CANTONE - A. CATRICALÀ - F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2020.

[19] Sul tema della causa concreta, in generale, cfr. M. GIORGIANNI sulla *Causa (Diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 1960, p. 547 ss. e da R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, p. 580 ss. In materia contabile, il motivo pubblico (ossia la causa del potere amministrativo, a monte di quello negoziale) entra nel tessuto connettivo del negozio. In uno specifico precedente, la Corte dei conti (Sez. reg. controllo per la Lombardia n. 515/2013/PRSP) ha considerato un abuso della libertà negoziale, corruttiva della causa concreta del negozio, la creazione di appositi organismi giuridici con personalità giuridica autonoma, allo scopo di eludere il patto di stabilità. La Corte si preoccupa di precisare che tale illiceità non è astratta, ma riguarda il singolo negozio a seconda della dinamica alla base della sua nascita; esamina infatti il contegno amministrativo precedente (le deliberazioni del consiglio comunale e la determinazione a contrarre), nonché i negozi collegati (nel caso citato, un contratto di anticipazione di credito ed una garanzia atipica, in forma di lettera di patronage forte, rilasciata dal Comune) nonché il contegno successivo (l'evidente accollo dell'indebitamento che però non risulta dal bilancio dell'ente territoriale, consentendogli di sanare, fittiziamente il saldo obiettivo del patto di stabilità).

[20] Cfr. Corte giust. UE, sez. I, sent. 24 luglio 2003, Altmark; Cfr sul punto Mattei-Gallarati-Pugno-Rosboch, *I Monopoli pubblici, i giudici della legge e la Costituzione economica*, in Aa.Vv., *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia* (a cura di Di Raimo-Ricciuto), Napoli, 2006; P.G. Jaeger, Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia, in Giur. comm., 1992.

[21] Le cose cambiano per il diritto interno, quando l'autoproduzione passa dalla costituzione di una società partecipata corrispondente al c.d. modello "*in house*".

Il Tusp non stabilisce espressamente una gerarchia tra le due scelte che sembrerebbero, *prima facie*, equivalenti.

Solo che poi: a) richiede che l'opzione in concreto scelta sia quella più efficiente, efficace e razionale sotto un profilo economico per il perseguimento [22]dei fini istituzionali dell'Ente, nel rispetto del principio di concorrenza[23] ed aiuti di Stato[24], b) prevede una limitazione all'oggetto sociale (art. 4, comma 4, TUSP), meno ampio di quello possibile per le altre società partecipate a regime partecipativo misto.

In altri termini, da un lato, si è progressivamente affermata la convinzione per cui il conseguimento degli interessi generali di ogni amministrazione possa essere validamente perseguito anche mediante l'utilizzo di moduli organizzativi di stampo privatistico, con l'affermazione (prima giurisprudenziale, poi legislativa) del c.d. principio della "neutralità della forma giuridica" rispetto alle finalità e alle prerogative istituzionali.

Per altro verso, il legislatore ha circondato tale "libertà di scelta" con numerosi limiti, conferendo a tale ipotesi il carattere di *extrema ratio.*[25] La più penetrante si trova nel Codice dei contratti che, a norma dell'art. 192, dispone che "*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità' economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità' e di qualità' del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

Inoltre, la verifica sulla compatibilità finanziaria tra il modello societario prescelto e le finalità istituzionali dell'ente socio impone il rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 TUSP) e finalistici (art. 4 TUSP) per la costituzione di società o per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, nonché per l'alienazione di partecipazioni.

Più nel dettaglio, l'art. 4, al comma 1, impone alle amministrazioni un vincolo di "scopo" che si traduce nel divieto di costituire, anche indirettamente, società aventi per oggetto attività di produzione

---

[22]Cfr. sul punto S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati*" in *Giornale di diritto amministrativo,* 2004; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici di buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016; G. CHEVALLIER, *La giuridicizzazione dei precetti manageriali*, in *Problemi di amministrazione pubblica,* 20/1995.

[23] Per contrastare gli abusi negli anni più recenti sono state introdotte numerose leggi ispirate a tre obiettivi principali: prevenire distorsioni della concorrenza limitando al massimo la possibilità delle pubbliche amministrazioni di operare con proprie società in ambiti propriamente di mercato. Si rinvia sul punto Cfr. M. CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo),* in *Enc. dir.,* Ann. V, Milano, 2012; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo, Il Mulino*, 2022; considerazioni analoghe sono rinvenibili anche in M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in Dir. amm., 2009.

[24] La valutazione dell'Amministrazione in merito alla compatibilità dell'intervento con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese (artt. 107 e 108 TFUE) deve essere supportata da un'adeguata attività istruttoria, tesa ad evidenziare l'assenza di potenziali rischi di lesione della concorrenza che il legislatore intende presidiare (cfr. ex *plurimis*, Corte Cost., sentenza n. 142/2018). Atteso il riparto di competenze e il perimetro del sindacato tra le differenti Istituzioni e plessi magistratuali, anche sovranazionali, lo scrutinio *funditus* dei predetti profili fuoriesce dalla cognizione della Corte, limitandosi quest'ultima, in questa sede, a rappresentare esclusivamente l'assenza di un'adeguata motivazione sia nella deliberazione in oggetto, sia negli allegati richiamati; l'onere motivazionale non può infatti tradursi in un enunciato apodittico, ritenendosi assolto da un mero richiamo all'osservanza della legislazione europea e nazionale vigente, cui peraltro ogni azione pubblica deve già di per sé conformarsi

[25] Cfr C. GARILLI, *Le società in house tra autoproduzione e mercato*, in *Le società a controllo pubblico,* a cura di R. Ursi e M. Perrino, Giappichelli Editore, 2020; G. D'ATTORRE E C. PECORARO, *Le società pubbliche nel mercato: introduzione*, in F. VELLA - A. GUCCIONE - G. D'ATTORRE - C. PECORARO (a cura di), *Le società di diritto speciale*, Milano, 2022.

di beni e servizi "non strettamente necessarie[26]" per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché di acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Il comma 2 impone un secondo vincolo, per "oggetto". Esso riguarda la natura dell'attività che può essere inserita nello statuto della partecipata e che può essere svolta in concreto. Sono infatti permesse le società che svolgono «esclusivamente» a) la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; c) la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato pubblico-privato; d) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni; e)i servizi di committenza.

Si tratta di una libertà di autorganizzazione "limitata" da esercitarsi in un perimetro vigilato dal principio di legalità[27].

4. La natura degli atti deliberativi di costituzione delle società. La duplice fase di valutazione.

L'esercizio della capacità organizzativa[28] di diritto societario della P.A. rappresenta l'ambito in cui si è rilevato il fenomeno di progressiva erosione della dicotomia tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato, la cui origine va rinvenuta nel fatto che, con l'avvento dello Stato sociale, il compito prevalente assegnato oggi all'operatore pubblico non è più tanto quello di emanare provvedimenti, quanto piuttosto quello di erogare servizi per il soddisfacimento di bisogni pubblici.

---

[26] In proposito, in accordo con la costante giurisprudenza amministrativa, per necessità non si intende indispensabilità (necessità assoluta) ma una necessità relativa, nel senso di dimostrabile e dimostrata maggiore idoneità della partecipazione ad assolvere al compito pubblicistico di fornire un servizio di interesse generale in modo qualitativamente più adeguato e a condizioni economiche più favorevoli rispetto all'ordinaria modalità esternalizzatrice (un "*qualificato nesso*", basato su "*reali necessità istituzionali degli enti*", Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1572 e n. 1573).

[27] Sul principio di legalità esteso anche alle attività di diritto privato della pubblica amministrazione, cfr. *Scritti in onore di Lorenza Carlassare,* a cura di GIUDITTA BRUNELLI ANDREA PUGIOTTO PAOLO VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere delle fonti del diritto estratto*, Jovene Editore.

[28] Cfr M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche, Milano, 2 ediz.,201;* M. CLARICH, *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996; AMICONI, *Enti pubblici e privatizzazione*, in *Foro amm.*, 1999, 1656;F. BONELLI-ROLLI, voce «Privatizzazioni», in *Enc. giur.*, IV, agg., Milano, 2000, 994 e ss.; A. PISANESCHI, voce «Privatizzazioni», in *Dig. disc. pubb.*, agg., Torino, 2000; PAVONE LA ROSA, *La costituzione di società per azioni nelle procedure di privatizzazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; M. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.: contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; M. DI LULLO, *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) «pubbliche amministrazioni»*, in *Dir. amm.*, 2013; M. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*; S. CASSESE, *I caratteri originari e gli sviluppi attuali dell'amministrazione pubblica italiana*, in *Quad. cost.*, 1987; G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale* (a cura di Cassese), vol. I, Milano, 2003, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996. M. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1997, 4 e ss.; L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche*, in DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche* in house *e miste*, Milano, 2008, 1 e ss; M. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958; E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977; S. CASSESE, *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in *Econ. pubbl.*, 1985, 1-2, 3 e ss.; Id., *L'impresa pubblica come strumento e oggetto della politica economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 722 ss.; LACAVA, *L'impresa pubblica*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, t. IV, Milano, 2003, 3901 ss.; G.P. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013; MERUSI-IARIA, voce «Partecipazioni pubbliche», in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 4; F.A.ROVERSI MONACO, *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, vol. III, Milano, 1987, 478 e ss.; G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; Fracchia, voce «Imprese pubbliche regionali e locali», in *Enc. giur.*, XVII, agg., Roma, 2009.

Ne è scaturito il proliferare di ipotesi di interferenza tra diritto privato e diritto amministrativo, che hanno investito la pubblica amministrazione, nei profili di azione ed organizzazione, con tutte le incertezze di carattere interpretativo che inevitabilmente ne conseguono[29].

Interferenza che si declina e traduce anche nella costituzione di una società a partecipazione pubblica, in cui si deve rispettare, in termini di procedimento, l'art. 7 del TUSP e consta di due distinti momenti provvedimentali che esitano, il primo, in un atto amministrativo mediante il quale l'amministrazione pubblica delibera la costituzione della società e, il secondo, in un atto privatistico di natura negoziale che assurge ad atto costitutivo della medesima.

Dal punto di vista del procedimento costitutivo, la giurisprudenza[30] ha rilevato in materia di costituzione di società pubbliche l'esistenza di una duplice fase di valutazione[31]: la prima riguarda la scelta pubblica, con la ponderazione degli interessi pubblici coinvolti (fase amministrativa *strictu sensu*); la seconda, invece, riguarda l'operazione negoziale di costituzione della società, con la connessa declinazione statutaria (fase negoziale), funzionale all'individuazione degli assetti societari, giuridici e di *governance*, funzionali al perseguimento gli interessi pubblici individuati come prevalenti.

La struttura bifasica del procedimento e delle manifestazioni di volontà della pubblica amministrazione è scolpita in maniera efficace dal Consiglio di Stato[32], Ad. Pl., nella sentenza 3 giugno 2011, n. 10 che così decide "*Il collegio ritiene condivisibili gli argomenti giuridici contenuti nella sentenza di primo grado e nell'ordinanza di rimessione, spesi per affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima. Tali atti prodromici vanno, sul piano logico,*

---

[29] Sul punto Cfr M. SCIASCIA, I*l potere organizzatorio delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'azionariato pubblico,* Diritto e processo amministrativo *Rivista trimestrale* Anno XI – n. 4/2017

[30] Cons. Stato, Ad. Pl., nella sentenza 3 giugno 2011, n. 10. *Urb. e app.*, 2011, 1465 (con nota di Spuntarelli, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle università*). In dottrina, v. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica*, in *www.giustamm.it*, 2009; Ibba, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *www.giustamm.it*, 2011, 1; MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema*, in Aa.Vv., *Le società "pubbliche"* (a cura di Ibba-Malaguti-Mazzoni), Torino, 2011, 69 e ss.; POLITO, *Le società pubbliche tra problemi attuali e prospettive future*, in *Riv. Corte conti*, 2013, 3-4, 572 e ss.; VOLPE, *Le società pubbliche e l'evoluzione normativa*, in *www.giutizia-amministrativa.it*, 2014.

[31] **A tal riguardo le Sezioni riunite, con deliberazione n.16/SSRRCO/QMIG/2022 osservano "***L'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari, tra quelli ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica (Corte di Cassazione ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché Corte di Cassazione sentenza n. 30167/2011; Tale distinzione costituisce ius receptum nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (Corte di Cassazione ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché Corte di Cassazione sentenza n. 30167/2011) sia del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7030/2018), rappresentando anche il punto di confine tra le due giurisdizioni, essendo rimesso al giudice amministrativo il controllo giudiziale della prima fase, mentre quello sulla seconda, avente ad oggetto l'attuazione privatistica, alla giurisdizione ordinari".*

[32] Allo stesso modo, per le sezioni unite della Corte di Cassazione "*in tema di società per azioni a partecipazione ma maggioritaria del comune, le delibere comunali con le quali sono decise la riduzione della partecipazione azionaria, l'emissione di un prestito obbligazionario, nonché le modifiche da adottarsi nello statuto rispetto alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione costituiscono provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie, espressione della funzione di indirizzo e di governo del comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo ente; ne consegue che le controversie relative all'annullamento delle suddette delibere (nella specie proposte da azionisti di minoranza e da associazioni di azionisti e consumatori) spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo*" [Cass., sez. un., 3 novembre della quinta sezione che hanno attratto alla giurisdizione amministrativa l'atto di autotutela pubblicistico di ritiro della delibera di costituzione di una società mista [Cons. St., sez. V, 1 luglio 2005 n. 3672; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004 n. 27 14; in senso opposto Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867].

cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società). Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico societario. Mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo".

Detto in altri termini, il procedimento ex art 7 TUSP ricalca uno schema logico-giuridico ricorrente e costante in presenza di una attività negoziale [33]della pubblica amministrazione. Tale schema ha una "doppia anima": la prima orientata a definire lo scopo pubblico (l'evidenza pubblica[34], che esita nella delibera a contrarre), la seconda orientata a formare (il procedimento di selezione del contraente) e stipulare il negozio, costruendo la sua causa concreta, in cui confluisce l'interesse definito nella fase pubblicistica.

Aggiunge la giurisprudenza, (seppur con riferimento agli atti di dismissione delle partecipazioni), che il provvedimento amministrativo a monte dell'operazione non è "…*né un atto politico, né un atto di alta amministrazione. L'atto politico, invero, si connota per un requisito soggettivo, ovverosia la promanazione dell'atto da un organo di vertice della Amministrazione, preposto all'indirizzo e alla direzione dell'Ente, e per un requisito oggettivo, vale a dire l'attenere l'atto alla costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione (cfr., T.A.R. Valle d'Aosta, sentenza n. 88/2015). Detto requisito oggettivo non è riscontabile nella deliberazione consiliare qui gravata. A sua volta, l'atto di alta amministrazione, pur vincolato nei fini a differenza dell'atto politico, si caratterizza per l'amplissima discrezionalità (tipica, ad esempio, negli atti di nomina): amplissima discrezionalità che non pare ravvisarsi nel caso di specie, avendo il legislatore – come meglio si vedrà nel prosieguo – perimetrato e indirizzato la scelta dell'Amministrazione in tema di partecipazioni societarie. Peraltro, anche gli atti di alta amministrazione soggiacciono all'obbligo generale di motivazione posto dall'articolo 3 L. n. 241/1990 (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I^, sentenza n. 9505/2014). Il che consente anche di superare l'obiezione per cui a dover essere motivata era la sola decisione di mantenere la partecipazione societaria, non quella della dismissione. Tutti gli atti amministrativi, ad eccezione di quelli normativi e di quelli a contenuto generale (e tale non è quello qui in esame), devono indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato l'Amministrazione. Non esistono*

---

[33] G.BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa, in Scritti in onore di Giannini*, Volume II, Giuffrè, Milano 1988; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo, Giuffrè*, Milano 1993 pag. 345 che definisce l'attività amministrativa di diritto privato come "attività amministrativa in senso proprio, cioè attinente alla cura di interessi pubblici nel senso più preciso di interessi della collettività: solo che si svolge mediante istituti e norme di diritto privato"; R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di Diritto Amministrativo, Giuffrè* editore 2007.

[34] Cfr F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo* XI edizione, *Dike*, Roma 2017. La normativa interna di evidenza pubblica risale agli ordinamenti preunitari e trova una conferma nella Legge di contabilità di Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) e nel relativo Regolamento (R.D. 23 maggio 1924, n. 827). Essa aveva il chiaro intento di tutelare l'interesse della P.A., imponendo una procedura pubblicistica volta ad assicurarle la stipulazione del contratto con il contraente più idoneo e, dunque, il conseguimento della migliore prestazione alle condizioni economicamente più favorevoli. In questo senso l'evidenza pubblica nazionale appariva incentrata sull'interesse della P.A., mentre l'interesse dei contraenti a vedere correttamente valutate le proprie offerte era un interesse solo occasionalmente protetto. Cfr anche F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo,* op. cit, 2013 pag. 56 "Se nei rapporti privati vige un regime di assoluta libertà per quanto attiene alla scelta del contraente, non essendo la stessa assoggettata ad alcune regola, procedura o dovere di motivazione e si registra una irrilevanza della fase che precede la stipulazione contrattuale (salvi gli obblighi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.) lo stesso non può dirsi per quanto attiene ai contratti in cui è parte una P.A.. Ciò in quanto, il privato, adoperando risorse proprie è totalmente libero nell'esercizio della sua autonomia privata; l'Amministrazione, invece, anche quando ricorre agli strumenti privatistici, realizza un'attività pur sempre volta all'interesse pubblico, per mezzo di risorse pubbliche.

nel nostro ordinamento atti amministrativi cd. a motivo libero (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I^, sentenza n. 2697/2012).

In conclusione, come si evince dalle disposizioni di cui all'art. 5 Tusp, ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una Società (o l'acquisto di partecipazioni) avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge, il contenuto della motivazione che l'amministrazione è tenuta a fornire nell'atto deliberativo risulta articolato e complesso perché deve dare conto della sussistenza dell'interesse pubblico e la sua coerenza con i limiti di legge, che in questo caso sono molto articolati.

Si spiega così la presenza della "motivazione analitica" (art. 5 TUSP). [35] L'unica differenza con una generica determinazione a contrarre *ex* art. 32 d.lgs. 50/2016, è che la questione attiene a profili organizzativi e, di conseguenza, investe profili di alta amministrazione**.**

Gli aspetti più politici sono neutralizzati da una serie di vincoli, che il parere in commento definisce di oggetto e di effetto. Il riscontro del mancato di rispetto di tali vincoli comporta l'emissione di un parere negativo che può comportare il rinnovo della procedura della prima fase. [36]

Il parere sottolinea che entrambi i sistemi di vincoli sono espressione della deroga al principio di universalità del bilancio, facendone discendere delle importanti conseguenze in merito al contenuto

[35] La *ratio* della norma richiamata è chiarita dalla Relazione illustrativa del Governo al TUSP: "…. *vengono legificati i Principi dettati dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria, prevedendo che l'atto deliberativo, che ovviamente è diverso dall'atto costitutivo della Società (chiarimento apportato in accoglimento del Parere del Consiglio di Stato), debba essere motivato con riferimento alla necessità della Società per il perseguimento delle finalità istituzionali previste dall'art. 4, evidenziando altresì gli obiettivi gestionali cui deve tendere la Società stessa, sulla base di specifici parametri qualitativi e quantitativi, nonché le ragioni e le finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate (non si è ritenuto di accogliere la proposta della Conferenza Unificata di espungere tale ultimo riferimento, in quanto si tratta di un'opportuna precisazione relativa al generale obbligo di motivazione), nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione, inoltre, deve dare adeguato conto della compatibilità della scelta con i Principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*

[36] Il comma 4 dell'art. 5, individua la competenza territoriale delle Sezione della Corte dei conti, la procedura da adottare nonché le conseguenze di un parere parzialmente o interamente negativo: "*Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi. La segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni*.

dei parametri evocati[37], integrando la necessità del parametro dell'art. 192[38], comma 2, del d.lgs 50/2016, dentro a quello della "necessità" e della "sostenibilità finanziaria".

5. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: limiti al sindacato giudiziario.

A questo punto, chiarito che non è un atto politico, ma un atto amministrativo discrezionale[39], resta da indagare come la vicinanza alle scelte politiche influisca sulla profondità del sindacato giudiziario della scelta effettuata.

Il tema della discrezionalità amministrativa assume da sempre un ruolo fondamentale per l'ordinamento giuridico considerato il suo collocarsi al crocevia nel travagliato rapporto tra legge, amministrazione e giudice.

Come è noto, la dottrina ha chiarito che l'attività discrezionale[40], a differenza di quella politica, non può essere libera nel fine, in quanto "limitata" dal principio di legalità.

In questa cornice, la comunità degli interpreti si è attardata a sottolineare[41] che la discrezionalità rappresenta, per la pubblica amministrazione dello Stato di diritto, una fondamentale tecnica di esercizio della legalità che presiede e tutela la decisione amministrativa dall'arbitrio e dalla sottrazione al canone generale della ragionevolezza.

---

37 La separazione dal bilancio del servizio esternalizzato all'organismo partecipato (ed al suo proprio bilancio) non consente all'ente *dominus* di valutare, se non a distanza di tempo, l'inefficienza della spesa complessiva di sistema. principio dell'universalità del bilancio (cfr. art 24 della L. n. 196/2009 e All. 1 del D.lgs. n. 118/2011) stabilisce che tutte le entrate e tutte le spese dello Stato e delle pubbliche amministrazioni in generale devono trovare adeguata collocazione nel bilancio pubblico, nell'intento di fornire un quadro fedele e completo, universale appunto, dell'attività concernente la provvista finanziaria complessivamente disponibile per la realizzazione degli scopi pubblici. Sono pertanto vietate, in via di principio, le c.d. gestioni extra-bilancio, cioè quelle costituite con fondi pubblici, ma amministrati al di fuori del bilancio e delle norme che ne regolano l'esecuzione, cfr. D. DA EMPOLI – P. DE IOANNA – G. VEGAS, *Il bilancio dello Stato. La finanza pubblica tra Governo e Parlamento*, Milano, 2005. Cfr. altresì G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2016. Sul collegamento tra universalità e democrazia cfr. M. LAZE, *Decisione di bilancio, principio democratico e revisione della costituzione repubblicana*, in *Gruppo di Pisa. La Rivista*, n. 3/2013; P. IAMICELI, *Unità e separazione di patrimoni*, Padova, 2003, 13 ss.; F. Ferrara, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 1911, p. 669, L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998; P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

38 Di recente, la Corte costituzionale è stata investita di una questione concernente la legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti danno conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento in house, delle ragioni del mancato ricorso al mercato. Le critiche mosse avverso tale disposizione di legge attengono alla presunta violazione dell'art. 76 della Costituzione, in relazione ai criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 1, lettere a) ed eee), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture).

39 A. POLICE "*La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*," nella Collana *Problemi attuali di diritto amministrativo* (V. Spagnuolo Vigorita e R. Marrama diretto da), Napoli, 1997.

40 M.S. GIANNINI, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Giuffrè Editore, Milano, 1939, p. 62: *"il vizio di quel ragionamento consiste nel qualificare l'attività discrezionale come libera, mentre va solamente qualificata come attività in cui si esercita un potere discrezionale. Il potere discrezionale è caratterizzato da un apprezzamento che si traduce in un giudizio necessario per garantire l'optimum nella cura dell'interesse pubblico. Ma l'optimum rispetto ad un pubblico interesse "determinabile nella sua nuda oggettività, come "pubblico" oppure attraverso i misteri delle norme tecniche.*

41 Cfr. P. COTZA, *Emeneutica-Dogmatica e discrezionalità della pubblica amministrazione*, Jovene Editore, Napoli, 2020.

Il principio di legalità assolve la funzione di limitare e incanalare l'attività dello Stato verso la realizzazione dell'interesse dello Stato medesimo e in tale procedura l'"amministrazione si pone come interprete e attuatrice, subordinata ma essenziale, dell'interesse generale e obiettivo[42].

Il potere discrezionale, inoltre, si traduce necessariamente in termini dinamici, nel tempo e nella storia amministrativa che porta al provvedimento.

In buona sostanza la discrezionalità non è una "procura in bianco" che intesta poteri illimitati all'amministrazione. La discrezionalità amministrativa è il margine di scelta che la norma intesta all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare nel caso concreto l'interesse pubblico, nell'interesse primario della legge.

Così definita la discrezionalità quale spazio di libertà vigilata dalla legge, il c.d. merito amministrativo diviene l'ambito residuale oltre gli spazi coperti dalla legalità: una attività libera, non sindacabile, che rileva in termini di opportunità/inopportunità.[43]

Quid iuris se la valutazione è "inquinata" da valutazioni tecniche e qualificazione dei fatti alla luce di criteri tecnico scientifici? In questi casi la giurisprudenza addiviene alla scissione dalla categoria della discrezionalità amministrativa della *species* della cd. discrezionalità tecnica.

Con l'espressione "discrezionalità tecnica" si indicano i limiti al "fatto" amministrativo che provengono dalle certezze scientifiche. In buona sostanza, si può affermare, che la discrezionalità dell'amministrazione, da un lato, è limitata dalle "certezze" giuridiche (i limiti di legge) e – per il richiamo implicito che il diritto fa, ad uguaglianza, proporzionalità, ma soprattutto ad espressi concetti scientifici – dalle "certezze" della tecnica[44].

La tecnica integra il precetto giuridico, chiedendo all'amministrazione di formulare un giudizio complesso [45]che esprime una "regolarità" da applicare al caso concreto. In buona sostanza, la discrezionalità tecnica implica una attività di regolazione del caso concreto in cui la amministrazione formula un precetto "opinabile", ma per realizzare l'interesse pubblico.

L'area della discrezionalità tecnica, pertanto, era stata a lungo considerata estranea ad ogni possibilità di sindacato giurisdizionale, fino al radicale cambiamento della posizione della giurisprudenza espresso con la storica sentenza del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601. Nella citata sentenza, il Consiglio di Stato ha perimetrato la differenza tra "opinabilità" e "opportunità", precisando che solo la valutazione dell'interesse pubblico rientra nel merito dell'atto amministrativo, insindacabile in sede di giudizio di legittimità. I contenuti opinabili, possono essere invece essere sindacato, applicando gli schemi logici e ragionativi della tecnica e verificandone, dall'esterno, la loro attendibilità.

In questo modo, il giudice amministrativo ha potuto non fermarsi ad un mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ed ha potuto giustificare l'affidabilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza del procedimento applicativo. Il giudice può quindi esprimersi sulla correttezza della regola tecnica adottata, poiché, in sintesi, violare la norma tecnica significa violare la norma giuridica.

---

[42] Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

[43] R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, in Giustizia amministrativa**,** 2019; M.A. SANDULLI, Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione, in Il Processo, n. 3/2018; D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus online*, n. 3/2020, pp. 11 ss.; V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio. Parità e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; G. TERRACCIANO E A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. società*, n. 2/2020, pp. 195 ss. In tema, *ex multis*, oltre alla classica monografia di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, A. POLICE, *Istruttoria*, in P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Utet Giuridica, Milano, 2016.

[44] Cfr. Tar Sardegna, sentenza n. 604/2021.

[45] Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2017; A. Petretto, L'analisi economica del procedimento amministrativo, in Giusta amm, 2015.

Il fenomeno della discrezionalità tecnica, pertanto, rivista dal punto di vista del giudice, si pone come limiti al suo sindacato, ossia del confine oltre il quale il diritto, sub-pecie di attendibilità del procedimento tecnico, è superato per sconfinare nella "opportunità" di cui unico arbitro deve rimanere l'amministrazione.[46]

Il terreno, come è evidente, è uno di quelli su cui si delineano i confini tra poteri e, quindi, i connotati dello Stato di diritto[47].

Lo schema del ragionamento che il giudice deve fare sulle valutazioni tecniche può essere così descritto [48]:

a) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

b) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo;

c) devono ritenersi superati gli ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico, ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

Ciò detto, scontata l'opinabilità[49] della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa. Se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica

---

[46] Il limite al controllo del giudice coincide con l'oggetto del controllo stesso, tenuto conto della relatività e opinabilità delle valutazioni scientifiche, in rapporto alle quali l'erroneità – ove non esattamente individuabile – si traduce in non attendibilità (T. A. R. Lazio, Roma, Sez. III, 21 novembre 2019, n. 13399).

[47] Cfr. R. LABRIOLA, *La discrezionalità tecnica e i poteri del giudice amministrativo*, in *Amministrativo e processo*, Giuffrè, 2020.

[48] Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 3 maggio 2002, n. 2334; Tar Sardegna, sentenza 604/2021.

[49] E' opportuno anche riprendere la distinzione tra opinabilità e opportunità di una valutazione ben delineata dal Consiglio di Stato nella già citata sentenza n. 601 del 1999. In buona sostanza se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre chiarire bene che cosa questo concetto stia a significare. L'accesso al fatto non vuol dire sostituzione alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate. I momenti nel ragionamento del giudice sono due, ben distinti. Il primo è l'accesso al fatto; è in quest'ambito che il giudice può sostituirsi alla p.a. nella verifica della sua effettiva sussistenza. Il secondo è la contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati che richieda l'applicazione di scienze inesatte. In questo secondo segmento del processo logico, emergono i limiti al sindacato (cioè il momento in cui il giudice non può sostituirsi alla p.a.).E qui rileva la citata distinzione tra opinabilità e opportunità ben delineata dal Consiglio di Stato. Scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non potrà sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa. Se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato. Un conto, quindi, è l'accertamento del fatto storico (che precede tutto) e un conto è la contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma. (Cfr sul punto T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, sentenza n. 488 pubblicata il 21 maggio 2018)

al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato.

In sintesi, il sindacato "*al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia sindacato forte/sindacato debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo*" (Consiglio di Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), senza, cioè, poter far luogo a sostituzione di valutazioni in presenza di interessi "*la cui cura è dalla legge espressamente delegata ad un certo organo amministrativo, sicché ammettere che il giudice possa auto-attribuirseli rappresenterebbe quanto meno una violazione delle competenze, se non addirittura del principio di separazione tra i poteri dello Stato*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012 n. 4872).

In conclusione, sul punto, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, può essere pieno, penetrante, effettivo,[50] ma non sostitutivo[51].

Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato[52]. In buona sostanza, quando difettano parametri normativi *a priori* che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto.

5.1. In particolare: il sindacato del giudice contabile sulla costituzione delle società partecipata

[50] Se così non fosse, come è stato autorevolmente rilevato dallo stesso Consiglio di Stato, sentenza n. 12 del 2013, "*la tutela giurisdizionale amministrativa si ridurrebbe ad un mero, ed inutile, flatus vocis in palese violazione dei principi generali in materia di effettività della tutela giurisdizionale dell'ordinamento nazionale e internazionale, di cui agli artt. 24 comma 1, 103, comma 1, e 113 della Costituzione ed agli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*". Cfr sul punto anche Sul tema più generale del diritto al processo giusto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si richiama V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo,,* Giappichelli, 2012; con riferimento al processo amministrativo M. Mengozzi, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali,* Giuffrè, 2009; S. STICCHI DAMIANI, *Il processo amministrativo,* Giappichelli, 2014

[51] «*Non è dunque ammesso un "sindacato sostitutivo" ma soltanto quello che è stato definito sindacato di "attendibilità tecnica» (*TAR Lombardia, sezione seconda, sentenza del 13 febbraio 2020, n. 306**,** *Consiglio di Stato, VI, 23 settembre 2019, n. 6315; 15 luglio 2019, n. 4990)»* Così anche il Tar Emilia-Romagna, Sez. II, 19 aprile 2006, n. 465 che precisa: "*Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non coinvolge scelte di opportunità amministrativa, bensì una valutazione antecedente ad essa che riguarda l'analisi dei fatti e la valutazione degli stessi, ancorché opinabili in base ai criteri scientifici e tecnici utilizzabili, alle conoscenze ed agli strumenti a disposizione. In pratica, la discrezionalità tecnica concerne soltanto gli aspetti di valutazione fattuale, sia pur suscettibili di diversi apprezzamenti, mentre vi difetta totalmente la fase della scelta dell'interesse da perseguire sulla base di canoni di mera opportunità politico-amministrativa*".

[52] In proposito, icasticamente il giudice amministrativo ha precisato che egli può "*sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato*" (Cons. St., Sez. VI, sentenza, 13 settembre 2012, n. 4873).
Per altro verso, con riguardo alle valutazioni tecniche "*anche quando riferite ai c.d. 'concetti giuridici indeterminati', la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità*" (cfr. ex *plurimis* Cons. St., Sez. VI, sentenza, 6/5/2014, n. 2302; Cons. St., Sez. VI, sentenza, 15/5/2015, n. 2479).

Nell'ambito del procedimento amministrativo volto alla costituzione delle società, l'esercizio di discrezionalità tecnica è vagliato dal giudice contabile.

Proprio recentemente, la Corte di Cassazione Civile, Sez. Unite, con ordinanza n. 22811 del 2020 ha ricordato che «*l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta che esse siano sottratte ad ogni possibilità di controllo, e segnatamente a quello della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, con la conseguenza che il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione quando accerta la mancanza di tale conformità* (Cass., Sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5490; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6462)».

Nel caso del controllo sulle società partecipate[53], sebbene non generi immediatamente responsabilità, né impedisca gli effetti dell'atto e la prosecuzione della procedura di costituzione (salvo un suo aggravio nei termini che di seguito si preciseranno), è evidente che la Corte dei conti è chiamata a scrutinare l'atto deliberativo che contiene valutazioni che impingono nella discrezionalità tecnica. Lo scrutinio del giudice contabile dovrà perciò essere teso ad accertare che l'istruttoria condotta dall'amministrazione procedente abbia ragionevolmente confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle possibili forme di gestione, tenendo in debita considerazione la sostenibilità finanziaria e la compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

La giurisprudenza ha più volte sottolineato, in linea generale, l'esigenza della completezza del quadro istruttorio preliminare all'adozione della decisione amministrativa. Come osservato dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna (delibera n. 32/2023) "*la dicitura testuale della norma induce a pensare che il giudice debba estendere il suo sindacato in profondità, [54]calandosi*

---

[53] Cfr. G. FARNETI, *Il "male oscuro" della nostra pubblica amministrazione: un'analisi relativa alle società partecipate dagli enti locali*, in *Rivista della Corte dei* Conti, 3-4, 2014, p. 545; F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione,* in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2011, p. 1366. L'Autore sostiene che le disposizioni in materia di società partecipate sono espressione "di principi generali" quali la tutela della concorrenza tramite la restrizione dell'attività delle società in mano pubblica prive di specifici riconoscimenti legislativi alle competenze dell'ente partecipante.

[54] Per il giudice amministrativo, dalla nota sentenza 601 del 1999 ai più recenti orientamenti giurisprudenziali e come rimarcato dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato e ribadito nella *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa* svolta dal presidente del Consiglio di Stato in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2020, la giurisprudenza più recente sembra invero, almeno in linea teorica, decisamente più aperta a un sindacato di *full jurisdiction*. Soprattutto, la giurisprudenza ha chiaramente e definitivamente riconosciuto la possibilità (che lo stesso presidente del Consiglio di Stato ha espressamente dichiarato "pacifica") del giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, autonomamente indagandoli e, se del caso, valutandoli (con l'ausilio dei verificatori e/o dei consulenti) anche sul piano "tecnico", nella convinzione che le valutazioni tecniche non vanno confuse col merito amministrativo e non possono farsi rientrare in un'area istituzionalmente "riservata" alla pubblica amministrazione, a meno di voler sottrarre alla giustiziabilità aree rilevanti di intermediazione pubblica. Ciò che il giudice amministrativo non può spingersi a sindacare è soltanto il giudizio di valore e di scelta che costituisce il *proprium* della funzione amministrativa, ma esso può, e deve, controllare che tale valutazione/scelta sia stata effettuata nel rispetto dei canoni di logicità, ragionevolezza e completezza di istruttoria. Per questo il giudice deve poter acquisire la piena contezza del fatto (con l'ausilio degli strumenti probatori occorrenti), che è elemento consustanziale del "caso" su cui è chiamato a pronunciarsi e, con riferimento alle valutazioni tecniche, deve acquisire gli elementi per apprezzarne l'attendibilità. L'insindacabilità del merito resta «*confinata alla scelta vera e propria*», implicando solo che il giudice non può, soggettivamente, sostituire la propria scelta a quella dell'amministrazione; ma i presupposti della scelta effettuata, oggettivamente considerati, sono sindacabili sul piano della legittimità e non attengono al merito. In questa linea, che tuttavia, stante in ogni caso l'opinabilità dei giudizi, non deve però "sconfinare" nella sostituzione al giudizio tecnico amministrativo attendibile di quello che il giudice o i suoi consulenti ritengano "più attendibile", va di certo sicuramente apprezzato un utilizzo più frequente delle verificazioni (nettamente preferite, per ragioni di semplificazione e di spesa, alle ctu, cui il cpa consente infelicemente di ricorrere solo «se indispensabile») nelle controversie sull'affidamento dei contratti pubblici e, più in generale, in quelle che coinvolgono profili tecnico-scientifici (criteri di classificazione di *devices* medico-chirurgici) o economici (criteri di calcolo del costo *standard*).

dentro il percorso argomentativo e il suo retroterra sostanziale e fattuale, valutando sia l'aspetto dei presupposti di fatto, sia il contenuto e la qualità dell'istruttoria compiuta, oltre che, ovviamente, i profili attinenti alla corretta interpretazione e applicazione di leggi e regolamenti". In altri termini, il sindacato è diretto a cogliere, attraverso la regola della sufficienza della motivazione, la logicità e la coerenza interna del giudizio formulato e posto a base del provvedimento emanato con i presupposti, non solo in funzione dell'imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche a salvaguardia dell'interesse pubblico a che le risorse siano utilizzate con oculatezza e con rigore. La serietà dell'analisi da svolgere a monte richiede che il vaglio della Sezione regionale di controllo non si riduca alla semplice presa d'atto della rappresentazione istruttoria fornita dall'amministrazione, e dall'altro che l'amministrazione svolga una sua istruttoria preliminare alla sottoposizione alla sezione sui singoli parametri del "controllo", fornendone in modo esaustivo gli elementi, evitando cioè superficiali descrizioni e valutazioni meramente apodittiche di parametri dal tenore sicuramente elastico. Parimenti, detta istruttoria preliminare alla sottoposizione alla Sezione regionale di controllo può considerarsi sufficiente quando, nella concretezza delle circostanze, è idonea a far comprendere le ragioni che hanno condotto l'Amministrazione all'emanazione del provvedimento, richiedendosi un'illustrazione più articolata quando i fatti sono dubbi o controversi, in modo da rendere esplicito e comprensivo l'iter logico seguito dall'amministrazione nella loro adozione e le ragioni, che hanno determinato le statuizioni assunte

Il tipo di controllo esercitato dalle Sezioni, pertanto, (sulla scorta di una consolidata giurisprudenza amministrativa, civile e contabile) muoverà "*verso un modello di sindacato intrinseco, che ammette la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo, distinguendo il margine di opinabilità, tipico dell'applicazione di una regola scientifica non assoluta, dal margine di opportunità, caratteristico delle scelte di merito riservate all'Amministrazione"* (Corte dei conti, Sezioni Riunite, delibera 16/2022) . E nel sindacare con pienezza i fatti oggetto dell'indagine secondo il percorso tracciato dal controllo intrinseco, può avvalersi anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità" [55](Consiglio di stato n. 2302/2014).

La sostenibilità finanziaria, come osservato dalle Sezioni riunite di controllo della Corte dei conti assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato" (deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG).

Sotto il profilo oggettivo, la sostenibilità finanziaria sottende la capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Questa deve essere puntualmente analizzata da parte dell'amministrazione procedente.

In tal senso, le Sezioni riunite, nella più volte menzionata deliberazione n. 16/SSRCO/2022/QMIG, hanno osservato come l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione delle partecipazioni dovrebbe essere, quantomeno, suffragato dallo sviluppo di un approfondito *business plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende espletare, accompagnato da apposite note esplicative che ne espongano le ipotesi di sviluppo [56](es. natura dei ricavi e relativa struttura, evoluzione dei costi, indicatori di bilancio quali redditività, liquidità ed indebitamento).

---

[55] Corte dei conti, Sezioni Riunite, delibera 16/2022.

[56] Come già precisato dalle Sezioni riunite (deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG), la valutazione di convenienza economica non si riduce alla dimostrazione di redditività dell'investimento nella prospettiva lucrativa, ma implica che la motivazione dell'atto dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità), anche attraverso il raffronto con soluzioni gestionali diverse.

Inoltre, «d*ovrà, in tale sede, darsi conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio, ad esempio quelli di carattere organizzativo per l'esercizio delle ordinarie funzioni di controllo sull'organismo partecipato (si pensi a titolo esemplificativo al sistema di controllo interno sulle società partecipate non quotate ai sensi dell'art. 147-quater del TUEL). In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 TUSP, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione" (così Sez. riunite, n. 16/2022/QMIG cit.)».*

Aggiunge a riguardo la Sezione Lombardia[57] che i parametri della "convenienza economica" e della "sostenibilità [58]finanziaria[59]", pur evocando criteri aziendalistici[60], non possono tradursi per la Corte in una compiuta analisi economica e finanziaria della documentazione[61] inerente alla

[57] Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera 162/2022.

[58] *Di tale concetto può essere rinvenuta una definizione nell'ambito del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) all'articolo 3, comma 1, lettera fff): (…) "la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento*

[59] Come osservato dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, del. n. 32/2023 gli indici di allarme della crisi d'impresa definita nel nuovo Codice in funzione prospettica, come probabilità di futura insolvenza. Si deve al riguardo notare che in sede di modifiche derivanti dalla necessità di dare attuazione alla direttiva n. 1023/2019 (c.d. direttiva Insolvency) è stato abbandonato ogni riferimento allo "squilibrio economico-finanziario", per incentrare la definizione sulla impossibilità di far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi. Dall'altro, il termine di 12 mesi (rispetto ad una prima versione incentrata su un orizzonte temporale semestrale) sembra andare nella direzione di un irrigidimento del presupposto della crisi, come concetto che "guarda più lontano", rendendo irrilevanti meri scostamenti finanziari temporanei che l'impresa sia in grado di riassorbire entro l'esercizio annuale. Non da ultimo, dopo il d.lgs. 139/2015, che ha modificato gli artt. 2423 e 2423 bis c.c. in tema di bilancio, il nuovo orizzonte temporale risulta allineato con quanto prevedono i principi contenuti nel documento O.I.C.11 (Organismo italiano di contabilità), applicabile ai bilanci relativi agli esercizi successivi al 1° gennaio 2018, ove si afferma che il concetto di continuità aziendale, va inteso come "la capacità dell'impresa di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo ad un periodo di almeno 12 mesi dalla data di riferimento del bilancio". Il nuovo testo dell'art. 3, comma 4, del Codice della Crisi di impresa elenca i seguenti indici di "allarme" ai fini della rilevazione della crisi: a) esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni.

[60] Il richiamo va alla teoria della cd scelta razionale[60], come elaborata in particolare nella scienza economica, che guida la decisione discrezionale della pubblica amministrazione al fine di massimizzarne ed ottimizzarne gli effetti, assurgendo a condizione *sine qua non della* fondatezza della motivazione versata nel provvedimento, ma è anche condizione *ex post* di valutazione e giudizio dello stesso. Cfr. sul punto, A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa. Prolegomeni per un inquadramento sistematico,* in *Diritto amministrativo*, 2023.

[61] La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per l'Emilia Romagna, nella delibera n. 32/2023 declina le "Indicazioni istruttorie preliminari all'esame della Sezione regionale in merito ai provvedimenti contemplati dall'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 (Tusp)" indicando, ai fini della documentazione, la necessità per le società già esistenti, di allegare: a) i bilanci d'esercizio degli ultimi tre anni (stato patrimoniale, conto economico, nota integrativa e rendiconto finanziario); b) la relazione sulla gestione; c) le relazioni degli organi di controllo (collegio sindacale, sindaco unico, revisore unico, società di revisione), ove disponibili; d) la relazione sul governo societario di cui all'art.6, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016). Sia per società già esistenti che per le società oggetto di costituzione dovranno essere allegati: lo Statuto della Società, il Business plan o i Piani industriali con una proiezione a 3/5 anni, deve trattarsi di business plan formalmente approvati o di cui sia comunque noto il soggetto/i soggetti che lo hanno redatto/approvato. Negli ultimi anni il business plan o piano industriale sta assumendo un ruolo sempre più rilevante anche tra le piccole e medie imprese (PMI), solitamente poco inclini verso l'adozione di documenti di pianificazione di medio-lungo periodo; infatti, sempre di più le disposizioni normative spingono le imprese verso l'adozione di questi strumenti, basti pensare alle sollecitazioni che arrivano dal codice della crisi di impresa, oggetto peraltro di recenti modifiche, all'esigenza di dotarsi di un assetto organizzativo

costituenda società o all'organismo societario già costituito che vede l'ingresso di un nuovo socio. D'altra parte, se detta verifica implicasse un esame nel merito della documentazione economica/finanziaria/contabile posta a supporto della scelta discrezionale che l'ente ha manifestato la volontà di porre in essere, il "Parere" reso dalla Sezione di controllo si tradurrebbe in una inammissibile forma di cogestione e di deresponsabilizzazione dell'azione amministrativa.

La Sezione Lazio, sulla scia di queste riflessioni, chiude il cerchio portando a compimento le citate premesse giurisprudenziali. Dovendosi mantenere nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della norma, i giudici del Lazio hanno ricordato che essi non possono dare indicazioni o esprimere considerazioni che si risolvano in una sorta di "cogestione" con l'Amministrazione, né possono esprimere *ex ante* valutazioni che presuppongano necessariamente l'avvenuta gestione della costituenda Società o la conoscenza degli esiti dell'acquisizione di partecipazione in società già costituita.[62]

Nella prospettiva del parere in commento, pertanto, la Corte dei conti, nel suo controllo ex art. 5, comma 3, TUSP può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative soltanto con i limiti di legge. In quest'ottica, i criteri di economicità ed efficacia, come già nell'art. art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono norme giuridiche che sono valutabili entro un rigoroso giudizio di ragionevolezza/proporzionalità[63]: essi assumono rilevanza, pertanto, non già sul piano della mera opportunità, ma solo su quello della legittimità dell'azione amministrativa e consentono un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione, onde evitare la deviazione[64] di queste ultime dai fini istituzionali dell'ente. Questo consente, quindi, una verifica della completezza

adeguato ai sensi dell'art. 2086 codice civile, ma la spinta probabilmente più forte verso tale strumento proviene dal sistema bancario, considerato che sempre più spesso è richiesto un piano industriale alle imprese che si rivolgono agli istituti di credito per avere un finanziamento. La valutazione del merito creditizio impone di valutare non solo i dati risultanti dai Bilanci, ma anche i piani industriali delle imprese come strumento prioritario per verificare la sostenibilità del debito a medio lungo termine in concessione, piani industriali che diventano ancora più rilevanti se trattasi di società oggetto di costituzione e priva, dunque, di bilanci da cui desumere dati storici.

[62] Corte dei conti, Sezione controllo per la Regione Lombardia, Parere 161/2022.

[63] È utile sottolineare come nella sequenza decisionale il principio di proporzionalità, detto anche "la legge del minimo mezzo", garantisce che una decisione pubblica sia idonea e necessaria, anche rispetto ai mezzi impiegati, a perseguire l'obbiettivo pubblico individuato nella legge attributiva del potere. L'osservanza del principio di proporzionalità richiede che lo svolgimento di un giudizio sia guidato da tre criteri da applicare in sequenza (indagine "trifasica"): idoneità, necessarietà e adeguatezza della misura adottata dalla pubblica amministrazione. L' "idoneità" consiste nel rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito; la "necessarietà" consiste nell'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo; l'"adeguatezza" della misura consiste nella tollerabilità della restrizione che comporta per il privato. Sul punto si rinvia a Cfr D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, pag. 223 e ss; voce *Ragionevolezza* (principio di) di L. Paladin in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, e il saggio di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, scritto in occasione della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

[64] *Le Sezioni riunite nella più volte citata deliberazione 16/2022 "l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato (Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio dell'Amministrazione. In questa prospettiva, gli interventi del legislatore in materia di società partecipate si inquadrano nel novero delle politiche di spending review, con un chiaro intento di assicurare una più efficiente gestione e razionalizzazione delle partecipazioni al fine di una riduzione del loro costo per i bilanci pubblici (Corte costituzionale sentenza n. 194/2020). Il TUSP, infatti, punta a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni pubbliche, con inefficienze gestionali gravanti, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (Corte costituzionale n. 86/2022)".*

dell'istruttoria [65]sul piano della non arbitrarietà delle valutazioni, nonché della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere[66].

Questo significa che tale tipo di controllo non possa entrare in correlazione con altri controlli già previsti per le società partecipate, anche se non "vincolanti". Ad esempio, sarebbe priva di giustificazione, sotto il profilo della convenienza economica, la costituzione di una società (o l'acquisizione di partecipazioni in una società) che abbia già in sé elementi sindacabili dalla Corte dei conti in sede di esame del piano di razionalizzazione. Ne consegue che, prima di effettuare la scelta di diventare socio, sarebbe auspicabile che l'ente desse conto di aver effettuato le valutazioni che seguono: a) una analisi delle proprie partecipazioni (anche in organismi partecipati diversi da quelli societari), onde evitare che l'ente finisca per possedere partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali (ossia, evitare le c.d. società "doppione"); b) capacità della società target di non produrre perdite continuative a regime.

Il parere n. 59/2023 della Sezione di controllo per il Lazio, precisa, inoltre, che per la costituzione di società *in house* i parametri dell'art. 5 comma 3 sono integrati da quello "interposto" dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici, [67]in ragione del rinvio contenuto nelle norme del TUSP *(art. 4,*

---

[65] La Sezione regionale del Lazio, nel Parere in esame osserva che ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Tusp, "*l'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima". Di conseguenza, l'atto è sottoposto al vaglio di due giudici diversi: la Sezione di controllo (individuata ai sensi dell'art. 5, comma 4, del Tusp) che svolge una verifica officiosa di legalità per la tutela di interessi finanziari adespoti presupposti dagli artt. 4, 5, 7 del Tusp e il giudice competente secondo l'ordinamento per gli interessi legittimi, cui può essere fatta istanza di tutela costitutiva e/o risarcitoria per la pronuncia dell'invalidità dell'atto amministrativo.* Aggiungono le Sezioni regionali della Liguria, delle Marche e della Lombardia[65] che in caso di acquisto di partecipazioni finalizzate all'affidamento di servizi secondo il modello "in *house providing*", onde evitare possibili conflitti con le valutazioni che il Giudice amministrativo che potrebbe essere chiamato a decidere in ipotesi di impugnazione dell'atto di affidamento, in sede di applicazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, è necessario circoscrivere la propria valutazione all'esistenza o meno di adeguata e razionale motivazione a sostegno della scelta effettuata; in altri termini, la cognizione della Corte, in sede di verifica ai sensi dell'art. 5 Tusp non si estende alla verifica della esistenza in concreto dei requisiti per procedere all'affidamento in *house*, ma si limita a verificare la conformità della delibera adottata dal Consiglio comunale ai parametri individuati dall'art. 5, co. 3 TUSP.
La magistratura contabile, con riferimento all'onere motivazionale in sede di "parere" ex art. 5 TUSP, tenuto conto della sfera di cognizione del Giudice amministrativo in caso di eventuale contenzioso sugli affidamenti in *house*, è chiamata a verificare più propriamente anche che l'ente abbia adottato una relazione in cui dia compiutamente atto di aver effettuato tutte le valutazioni prescritte dal comma 2 dell'art. 192 d. lgs. n. 50/2016, comprese le ragioni del mancato ricorso al mercato

[66] In questi termini, cfr. Cass., Sez. Un., 15 marzo 2017, n. 6820; Cass., Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30419. Cass., Sez. Un., 10f febbraio 2019, n. 3159; Cass., Sez. Un., 22 novembre 2019, n. 30527.

[67] Si rinvia sul punto Cfr. Atto di segnalazione as1809 del 14 ottobre 2021- Città metropolitana di Reggio Calabria – acquisizione della partecipazione nella società Castore s.r.l., dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in cui si legge "*il D.lgs. 175/2016 ha ricondotto a un unico corpus normativo la disciplina delle partecipazioni pubbliche, prevedendo, da un lato, la razionalizzazione delle stesse mediante l'individuazione degli scopi statutari che le società a partecipazione pubblica possono perseguire e degli ambiti di attività in cui è ammesso costituire società o mantenere partecipazioni pubbliche, dall'altro, il rafforzamento degli obblighi motivazionali cui le Pubbliche Amministrazioni sono tenute per la costituzione o il mantenimento delle partecipazioni. L'Autorità rileva che gli obblighi di motivazione rafforzata richiesti dal legislatore in ordine al mancato ricorso al mercato e alla decisione di acquisire partecipazioni in società esistenti hanno una funzione strettamente prodromica alla realizzazione dei principi concorrenziali, al fine di evitare che la speciale prerogativa concessa dal legislatore si estenda oltre lo scopo e gli obiettivi prefissati dalla norma, fino a comprendere al suo interno molteplici servizi pubblici e offerti in concorrenza sul mercato, senza la preventiva valutazione di dati economici oggettivi circa la maggior convenienza della gestione in house dei servizi di interesse economico generale o pubblici rispetto al coinvolgimento di operatori economici specializzati presenti sul libero mercato e individuati a seguito di procedure concorsuali. La violazione dei prescritti obblighi di motivazione rafforzata, che presuppongono adempimenti concreti per un effettivo confronto con il mercato, ha dunque un evidente impatto sotto il profilo concorrenziale, in quanto è suscettibile di condizionare lo svolgimento delle dinamiche competitive, determinando indebiti vantaggi concorrenziali a favore delle società partecipate dagli enti pubblici. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che l'obbligo di motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato di cui*

comma 4, e 16, comma 7) [68] Pertanto, in tali casi, la motivazione "aggravata" dovrà giustificare la "necessità" (vincolo sugli effetti e di scopo) dimostrando: da un lato, le ragioni che hanno portato all'esclusione del ricorso al mercato (il c.d. "fallimento del mercato"); dall'altro, l'indicazione degli specifici benefici per la collettività connessi all'affidamento *in house*.

Resta problematica la costituzione di società partecipate effettuata da parte delle Regioni mediante l'approvazione di norme di legge regionale. Come ha avuto modo di affermare la Corte costituzionale (sentenza n. 39 del 2014), il controllo della Corte dei conti non potrebbe comunque incidere su un atto che viene formalizzato con provvedimento di legge regionale, se non dinanzi al Giudice delle leggi.

6. La natura del parere ex art. 5 TUSP

Relativamente alla natura dell'attività richiesta dall'art. 5, le Sezioni Riunite hanno affermato che la "*pronuncia esitante nel parere previsto dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2016 postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti"*. Il controllo che la Corte è chiamata ad effettuare non è qualificabile come preventivo di legittimità [69]ma allo stesso non è assimilabile alla tradizionale attività consultiva di cui all'art. 7, comma 8, legge n. 131 del 2003 (in virtù della quale gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica in ordine all'interpretazione, generale e astratta, di norme contabili e finanziarie).

L'art. 5, infatti, pareva aver mutuato i connotati genetici del controllo preventivo di legittimità sugli atti intestato alla Corte dei conti dall'art. 3 della Legge 20/94, controllo che rappresenta non soltanto *magna pars* della sua recente tradizione ordinamentale (dagli anni '90 del secolo scorso, al 2012)[70].

Nell'attuale architettura istituzionale della Corte, il controllo preventivo di legittimità è svolto su atti il cui identikit è dettato dall'art. 3 della Legge 20/94 ed esercitato dalla Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, e, per ciò che attiene agli atti delle amministrazioni periferiche dello Stato, dalle sezioni regionali controllo.

---

all'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici "risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza" e l'obbligo di motivazione analitica, previsto dall'articolo 5, comma 1, del TUSPP, indica che deroghe al ricorso a procedure pubbliche debbano costituire l'esito di attente valutazioni e rappresentino l'unica via percorribile

[68] Nel parere si legge infatti «14.4. […] *il legislatore statale ha optato per una disciplina restrittiva che pone limiti alla costituzione ad hoc di società a scopo di autoproduzione e all'attività contrattuale a valle (art. 4, comma 4, e 16, comma 7, Tusp, richiamante l'art. 192 del d.lgs. 50/2016). Tale ultima disposizione, più nel dettaglio, fornisce i criteri legali per effettuare la scelta tra affidamento diretto in autoproduzione e ricorso al mercato.* 14.5. *Ne consegue che il criterio normativo per riscontrare la necessità del ricorso alla costituzione di società in house, finalizzate, come nel caso di specie, al dichiarato fine di pervenire a un affidamento diretto, è proprio l'art. 192 del codice dei contratti, il quale opera come parametro interposto dell'art. 5, commi 1 e 3, del Tusp. In conclusione, non esiste nessuna preferenza, né logica, né ordinamentale, per la costituzione di organismi in house della forma di società partecipat*e».

[69] *Osservano a riguardo le Sezioni riunite della Corte dei conti (del. 16/2022) che il pronunciamento richiesto* (…) *sembrerebbe presentare punti di contatto con le procedure, i tempi e gli effetti (in caso di superamento del termine) del controllo preventivo di legittimità. Tuttavia, in assenza di una chiara ed espressa previsione in tal senso, non appare possibile ricondurre la nuova funzione al controllo preventivo di legittimità, puntualmente disciplinato in ordine a tipologia di atti assoggettati, autorità emanante, procedura istruttoria, termini ed esiti dall'art. 3 della legge n. 20 del 1994 e norme ivi richiamate (su tutte, quelle degli artt. 17, e seguenti, del regio decreto n. 1214 del 1934). Peraltro, il controllo preventivo di legittimità interviene su un atto già perfetto, ma non efficace, mentre, nel caso di specie, l'esame appare incentrato su un atto già perfetto ed efficace, per il quale sussiste, nel lasso temporale concesso alla Corte per l'esame, e al massimo per sessanta giorni, un impedimento temporaneo alla sua esecuzione (stipula del contratto di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni) in conformità al principio generale di cui all'art. 21-quater, c. 1, della legge n. 241 del 1990*".

[70] Per una articolata ricostruzione storica, cfr. l'introduzione di F. Sucameli, *Il Giudice del bilancio nella costituzione italiana,* Editoriale scientifica, 2022. Cfr. altresì A. BALDANZA, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018.

A prevalere, dopo la legge cost. n. 1/2012, è il controllo successivo di legittimità-regolarità sul bilancio degli enti territoriali (art. 20 della l. n. 243/2012)

Questa peculiare forma di controllo si contrappone al controllo-referto e collaborativo. Basandosi esclusivamente sulla valutazione di conformità dell'oggetto del controllo "*alle norme del diritto oggettivo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico. Una funzione cioè di garanzia dell'ordinamento, di controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato* […] *preordinato a tutela del diritto oggettivo*"[71].

Considerato che si tratta di un controllo di legalità successivo, basato su parametri che evocano concetti tecnici (e quindi l'esercizio di una discrezionalità tecnica), l'art. 5 del Tusp chiama il giudice a verificare gli effetti di tale atto, esaminando, con un sindacato pieno, nel caso delle società *in house*, il "fallimento del mercato" e la "sostenibilità finanziaria", ossia, l'equilibrio economico-finanziario delle società target e, infine, l'impatto sul bilancio dell'ente *dominus*.

Il collegamento di un peculiare effetto giuridico al riscontro negativo del rispetto di tali parametri, induce correttamente a superare il "*nomen*" di parere, non trattandosi affatto di attività consultiva. Infatti, come ricorda la delibera n. 16 della Sezioni riunite di controllo, "la *pronuncia esitante nel parere previsto dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2016 postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti*".

Osserva la Sezione regionale di controllo per il Lazio[72] che*,* l'art. 5, comma 3, del Tusp ha creato un nuovo controllo successivo di legittimità-regolarità che si inserisce tra la fase pubblicistica e quella privatistica che caratterizza le funzioni amministrative svolte secondo moduli di diritto privato, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 241/1990 (Cons. Stato, adunanza plen. n. 10/2011; Sez. reg. contr. Lombardia, n. 535/2012/PAR) e mira a verificare preliminarmente la congruenza delle scelte negoziali con il principio di legalità finanziaria.

La decisione dell'amministrazione di ricorrere a moduli privatistici societari deve superare una duplice prova di legalità, che icasticamente la decisione denomina "test di legalità dell'oggetto" (riferito all'oggetto sociale) e "test di legalità degli effetti" (compatibilità con il vincolo di scopo, sub specie di "necessità" della scelta organizzativa e di rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio).

Pertanto, in primo luogo, l'oggetto sociale della società *target* deve corrispondere a una delle attività elencate all'art. 4, comma 2, del Tusp (legalità dell'oggetto). Tale riscontro è soggetto a criteri ancora più restrittivi in caso di società in *house*, in cui l'elenco è ristretto alle attività elencate alle

---

[71] Le sentenze che hanno sancito la legittimazione della Corte a sollevare questioni incidentali di legittimità costituzionale, tanto in sede si parifica (Corte cost. n. 121/1968, Est. Sandulli, poi ripresa in Corte cost. n. 142/1968, Est. Crisafulli), quanto in sede di controllo preventivo di legittimità (Corte cost. n. 226/1976, Est. Crisafulli e poi in anni più recenti cfr. Corte cost. n. 384/1991), hanno affermato che la neutralità della Corte dei conti possa essere sufficiente per affermare la sussistenza del carattere della giurisdizione necessario per sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 1 della l. cost 9 febbraio 1948, n. 1 e dell'art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87. In buona sostanza il giudizio effettuato dalle Sezioni di controllo «si risolve nel valutarne "*la conformità [...] alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico". Una funzione cioè di garanzia dell'ordinamento, di "controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato […] preordinato a tutela del diritto oggettivo"». Infatti, «Il controllo effettuato dalla Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti,[…] che si differenzia pertanto nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi nell'interno della pubblica Amministrazione; ed è altresì diverso anche da altri controlli, che pur presentano le caratteristiche da ultimo rilevate, in ragione della natura e della posizione dell'organo cui è affidato*» (Corte cost. n. 226/1976 e n. 384/1991). Cfr C.S. ALTAVILLA*, Controllo "neocavouriano" della Corte dei conti, a tutela del bilancio "bene pubblico" e delle generazioni future*, Bilancio Comunità Persona, 1-2019

[72] La qualificazione si avvale degli approdi della più moderna dottrina sui controlli-garanzia, in particolare delle riflessioni di Serio Galeotti, cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963, passim; Id. *La garanzia costituzionale (presupposti concetto)*, Milano, 1950 passim. Una efficace sintesi di tali concetti si ritrova in M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della costituzione*, in *Rivista AIC,* n. 2/2017.

lett. a), b), d) ed e) del comma 2; inoltre la società *in house* deve operare in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (art. 4, comma 4, Tusp).

Sul piano degli effetti, l'acquisto partecipativo non deve contrastare: a) con la normativa dell'Unione europea (specialmente in materia di aiuti di Stato[73], art. 5, comma 2, Tusp), nonché, b) con il principio di inerenza e di necessità alle finalità istituzionali dell'ente dominus; infine, c) la partecipazione non deve comportare un deterioramento dell'equilibrio di bilancio e una violazione del correlato precetto di copertura.

L'argomento per sostenere che il parere è invero una attività di controllo successivo viene tratto dall' art. 5, comma 4, Tusp, il quale prevede, come conseguenza diretta del parere negativo o parzialmente negativo, un "effetto impeditivo" consistente in un aggravio procedurale: l'effetto impeditivo, però, è conseguenza *ope legis* di una giudizio di accertamento di non conformità della deliberazione alle prescrizioni contenute negli artt. 4, 5, 7 e 8 del Tusp[74].

Ciò detto, resta a questo punto da chiarire l'effetto dell'esito negativo del controllo nel caso di ravvisata illegittimità dell'atto da parte della magistratura contabile.

7. L'effetto impeditivo del parere negativo

La Sezione regionale di controllo per il Lazio nel Parere in esame stabilisce che dall'accertamento negativo consegue l'obbligo dell'ente di adottare una nuova deliberazione, con una motivazione analitica e rinforzata, anche a mero scopo confermativo. Tanto discende, del resto, dai principi generali dell'ordinamento sull'autotutela vincolata [75](per il caso di "illegittimità dell'atto dichiarata da un'autorità di controllo priva del potere di annullamento", *ex plurumis,* Tar Campania, Sez. IV, 3 aprile 2012, n. 1527), nonché per implicito, dall'art. 5, comma 3, del Tusp che consente alla pubblica amministrazione di procedere in caso di mancata emissione del parere nel termine di legge, ponendo un obbligo di *standstill,* funzionale all'autotutela, in caso di parere negativo o parzialmente negativo.

Tale conclusione si allinea alla consolidata giurisprudenza delle Sezioni riunite in speciale composizione che statuisce a chiare lettere che «*una pronuncia della sezione di controllo di "accertamento" di non conformità a parametri normativi o di irregolarità, ancorché non assistita da specifica sanzione di tipo inibitorio, proprio per l'autorevolezza dell'organo da cui promana – nell'ambito dell'esclusiva funzione di garanzia dell'ordinamento nelle materie di contabilità pubblica – non può ritenersi, ad avviso del collegio, inidonea ad incidere sugli interessi societari coinvolti dalla deliberazione*».[76]

---

[73] - Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark, Cit., punti 89-93 (c.d. sentenza "Altmark"); Cfr EBNER - GAMBARO, *La nozione di Aiuto di Stato, in Concorrenza e Aiuti di Stato-un osservatorio sulla prassi comunitaria, Santa Maria (a cura di)*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 18 ss. Pinotti, Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza, Padova, Cedam, 2000, 117 ss.; M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato in Diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, II, Torino, Giappichelli, 2006, 1722 e ss; M. LIPARI, *La nozione di «aiuto di Stato» indiretto e il requisito dell'"imputazione" soggettiva pubblica. L'origine statale delle risorse e l'incerta qualificazione delle misure incentivanti concesse da enti privati per finalità di interesse generale*, in *Gli aiuti di stato: profili generali e problematiche energetiche*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, A. TRAVI, M. DE FOCATIIS, Milano, Wolters Kluwer, 2020, 43 ss; R. FERRARA R., F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE – "*Erogazione dei servizi di rilevanza economica e modelli di gestione, in AA.VV., Codice delle Cittadinanze*, Giuffrè Editore, Milano, 2006; BRANCASI, La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato, Diritto pubblico, 2010, p. 220

[74] A tal riguardo appare interessante richiamare quanto inciso dalla Sezione regionale di controllo per la Toscana nel Parere n. 49/2023 per la quale "*La Corte dei conti assume un ruolo incisivo nella procedura di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie dovendo rilasciare un parere che, se pur non vincolante, non può non rilevare nella volontà dell'amministrazione procedente*"

[75] Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir*., vol. IV, 537; PIRAS, Discrezionalità amministrativa, in Enciclopedia giuridica, XIII, 1964; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

[76] Così, Corte conti, Sez. riun. spec. comp., sent. n. 16/2019.

Il suddetto orientamento, infatti, era emerso, già, con estrema chiarezza in odine alle deliberazioni delle Sezioni di controllo, che pur apparivano prive di un corredo "sanzionatorio" come quello dell'art. 5, comma 4 TUSP. Nella specie si trattava delle delibazioni adottate nell'ambito dei poteri generali di verifica del bilancio, ai sensi degli artt. 148 e 148-bis. Tuttavia, le pronunce di accertamento si limitava a riscontrare la qualità di "società pubblica, obbligando l'ente territoriale a riqualificare il perimetro del gruppo municipale, con effetti, anche, sulla società "terza" rispetto al controllo[77].

Le deliberazioni di controllo, quindi, anche quando di mero accertamento di fatti contabili, producono effetti certativi, e quindi vincolanti. Nella specie, l'effetto, è qualificato, però, direttamente dalla legge, cioè viene stabilito un *quid pluris*, che porta con sé il traino di un obbligo più generale. Sussisterebbe, in capo all'amministrazione, un vero e proprio obbligo di rivedere in autotutela il provvedimento riconosciuto illegittimo dalla Corte dei conti, di talché anche tale situazione andrebbe a inquadrarsi fra le fattispecie di c.d. "autotutela doverosa" che è l'unica davvero in grado di conciliarsi con naturalezza con l'intervento di un giudice terzo e imparziale chiamato a svolgere – seppure *ex post* – quell'identico controllo di legittimità su atti che, quando – dal medesimo – esplicato in sede preventiva, è non solo tratto tipico della sua architettura istituzionale, ma perfino fra le ragioni fondanti della sua stessa istituzione[78].

In secondo luogo, perché la pronuncia che riscontri una non conformità a legge, se resa da un giudice nell'esercizio di un potere che abbia le caratteristiche e le forme tipiche di quello giurisdizionale non può essere priva di effetti costitutivi: "*Si supererebbero, in tal modo[79], alcuni approdi giurisprudenziali che, nel prefigurare come semplicemente eventuale l'esercizio dell'autotutela a valle dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento da parte della Corte dei conti, finiscono per indebolire grandemente l'effettività di questa particolare attribuzione della magistratura finanziaria, lasciando una massima discrezionalità all'autorità amministrativa in ordine all'annullamento d'ufficio (seppure con l'eccezione per la – tuttavia, un po' indefinita – categoria dei "casi più gravi", che introduce elementi di gradazione in effetti distonici sul piano ordinamentale) che appare distonica se non contraddittoria con il quadro d'insieme"*.[80]

Il Parere della Sezione regionale, fermo il presupposto secondo il quale i controlli della Corte dei conti possono generare uno speciale "obbligo di provvedere"[81] e in ossequio a tale costante approdo ermeneutico, pervengono alla conclusione secondo cui l'ente controllato deve porre in essere un procedimento di secondo grado per rimuovere le irregolarità accertate. Si tratta di uno specialissimo caso di "autotutela doverosa" che, come noto, comprende – oltre all'ipotesi di illegittimità dell'atto dichiarata da sentenza passata in giudicato – «*quella di illegittimità dell'atto dichiarata da un'autorità di controllo priva del potere di annullamento»*[82]

Ciò si può verificare, del resto, come si è visto, anche in assenza di un obbligo di adottare misure correttive sul bilancio e degli effetti di legge connessi alla loro mancata adozione (blocco della spesa, esercizio provvisorio ed eventuale scioglimento dell'ente, cfr. art. 193 TUEL)[83].

Resta fermo che, comunque, in caso di parere in tutto o in parte negativo, l'amministrazione pubblica potrà comunque procedere a costituire la società o ad acquisire la partecipazione ma, in tal caso, dovrà ulteriormente motivare, esplicitando le ragioni per le quali non intende seguire il parere della Corte dei conti e pubblicando tale ulteriore motivazione sul sito internet istituzionale.

---

[77] Sulla ricostruzione della vicenda, cfr. F. FIMMANO' – F. SUCAMELI, *Gli indici formali e legali di "controllo pubblico" e i fatti concludenti dell'abuso di eterodirezione*, in Rivista della Corte dei conti, n. 4/2020.
[78] F. SUCAMELI, *Il Giudice del bilancio nella costituzione italiana*, Editoriale scientifica, 2022, passim.
[79] M. ATELLI ,op. cit.
[80] M. ATELLI, ibidem

[82] Cfr ex *plurimis*, Tar Campania, Sez. IV, 3 aprile 2012, n. 1527.
[83] Corte conti, Sez. riun., spec. comp., nn. 8, 16, 17 e 25/2019.

"*Il prezzo di tale opzione, però, è la rinuncia all'esenzione da responsabilità amministrativa,* [84]*per difetto di colpa grave. Sovente la sussistenza della gravità della colpa (o addirittura del dolo), e la conseguente responsabilità amministrativa, viene affermata proprio sulla base del fatto che organi tecnici, consultivi o di controllo si erano preliminarmente espressi in senso contrario al comportamento poi adottato dal soggetto agente (ad esempio, in materia di personale, in caso di riconoscimento di competenze economiche contro il parere del collegio dei revisori dell'ente, che ne avevano affermato l'illegittimità). A fortiori, ciò può valere allorquando è la stessa Corte dei conti, in sede di controllo, ad esprimere contrarietà alla scelta operata*[85]*"*

*M*a non solo. La non vincolatività del parere a monte non esclude che la gestione della costituita società sia analizzata dalla Corte dei conti in sede degli altri controlli di legittimità-regolarità di cui all'art. 148 bis del Tuel o in sede di parifica del rendiconto regionale.

8. Conclusioni

Come è stato sottolineato*, :«è noto che il modello costituzionale dei controlli sulla finanza pubblica delineato dall'art. 100 Cost. si caratterizza per una certa duttilità in quanto sostanzialmente "aperto" alle scelte di attuazione del legislatore e quindi suscettibile di interpretazione estensiva in favore sia dei controlli preventivi di legittimità, sia dei controlli successivi sulla gestione del bilancio dello Stato e degli enti che compongono la finanza pubblica allargata, sia di ulteriori controlli che il legislatore intenda istituire purché dotati di autonomo rilievo costituzionale (cfr. Corte cost. n. 29/1995 e n. 39/2014). L'elasticità del quadro costituzionale di riferimento ha consentito un significativo irrobustimento dei controlli sulla finanza pubblica di fronte al susseguirsi delle crisi degli ultimi anni – economica, pandemica, bellico-energetica – poiché essi rispondono a interessi costituzionalmente rileva*nti"[86].

Le riforme degli ultimi dieci anni hanno previsto controlli sulle finanze pubbliche rivolti a prevenire squilibri di bilancio e danni irreparabili agli equilibri di bilancio (cfr. Corte cost. n. 60/2013 e n. 39/2014); controlli che non sono riconducibili al paradigma del controllo-referto, in quanto svolti non già nell'esclusivo interesse degli enti destinatari in funzione di stimolo all'autocorrezione, bensì di quello più comprensivo della legalità costituzionale- finanziaria e della tutela di interessi finanziari adespoti (Corte cost. nn. 39 e n. 40/2014; n. 89/2017).

Il parere ex art. 5, comma 3, TUSP si pone chiaramente in linea con questa linea di tendenza, è può diventare un potentissimo strumento di "verifica degli andamenti della finanza pubblica", ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 1, lett. a) della l. cost. n. 1/2012.

---

[84] In materia si veda L. GIAMPAOLINO, P. DELLA VENTURA, *Il riparto di giurisdizioni,* in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile,* a cura di E. F. SCHLITZER E C. MIRABELLI, Editoriale Scientifica, 2018; F. CERIONI, *La responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici per danno erariale,* in *Le Società Pubbliche nel Testo Unico,* a cura di F. CERIONI, Giuffrè, 2017; C. Pettinari, *Gli incerti confini ella giurisdizione contabile in tema di responsabilità: note a margine della giurisprudenza più recente in tema di società cc.dd. "in mano pubblica"*, in *Dir. proc. amm*., 2013, P. MADDALENA, La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici: rapporti con la responsabilità civile e sue peculiarità, in Foro It. , 1979, V, 61 ss; *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in Il Consiglio di Stato, 9/2001, p. 1559; G. Bottino, *La responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè 2017, p.756 e seg. V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo contabile davanti alla Corte dei Conti*, Roma, 2019. M. CORRADINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2011. F. GARRI, *La responsabilità amministrativa, in Enciclopedia Giuridica Treccani,* Roma, 1991; F. PASQUALUCCI, E. SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002; D'AMBROSIO, *La responsabilità sanzionatoria dopo il nuovo codice di giustizia,* Bilancio, Comunità e persona, 2-2019.

[85] B. TRIDICO, *Le verifiche della Corte dei conti, ex art. 5 Tusp, sulle costituzioni di società o acquisizioni di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche*, in *Rivista Corte dei conti*, 2023

[86]G. RIVOSECCHI, *Oltre i controlli di legittimità-regolarità dei conti? Controlli sulla gestione, controlli concomitanti e altri controlli sulla finanza territoriali*, in Rivista Federalismi. It, 2022.

In merito alla natura della nuova funzione[87] intestata alla magistratura contabile, le Sezioni riunite in sede di controllo [88](deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22) hanno ritenuto che l'espressa qualificazione della pronuncia della Corte dei conti quale "parere", da parte del legislatore, conferisca una fisionomia atipica al controllo su un atto specifico e concreto, di cui la norma individua anche i parametri di riferimento. La predetta qualificazione in termini di parere, invero, appare funzionale all'obiettivo del legislatore di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuire effetti preclusivi al vaglio stesso.

Il Giudice contabile, tenuto conto dello sfavore e dell'allarme generato dal ricorso, sempre più diffuso, allo strumento societario in chiave elusiva dei vincoli di bilancio che ha favorito gestioni inefficienti, alimentate dall'insorgenza di passività latenti,[89] effettua un controllo successivo di legittimità-regolarità, perimetrando il proprio sindacato solo alla proporzionalità della scelta, ossia, al sindacato di ragionevolezza, attraverso i parametri di oggetto, scopo e sostenibilità finanziaria evocati dalla legge. Tale controllo si inserisce tra la fase pubblicistica e quella privatistica, che caratterizza le funzioni amministrative svolte secondo moduli di diritto privato ai sensi dell'art. 1 della l. n. 241/1990 e mira a verificare preliminarmente la congruenza [90]delle scelte negoziali, tramite il test di legalità finanziaria il cui esito negativo impone all'amministrazione un' autotutela doverosa.

Nel rendere i pareri che vengono richiesti ex art. 5 Tusp, dovendosi mantenere nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della norma, non può dare indicazioni o esprimere considerazioni che si risolvano in una sorta di "cogestione" con l'Amministrazione, né può esprimere ex ante valutazioni che presuppongano necessariamente l'avvenuta gestione della costituenda Società o la conoscenza degli esiti dell'acquisizione di partecipazione in società già costituita (pena la violazione dell'art. 101 e dell'art. 108 Cost, che prevede che la magistratura contabile sia composta da giudici e da p.m. e non da un *tertium genus* ibrido, e che i suoi giudici sia soggetti soltanto alla legge).

In sintesi, come ha osservato autorevole studioso, i controlli funzionano come *"una sorta di reagente che viene versato copiosamente sulla "materia società pubblica". Il reagente lascia emergere colorazioni e connotazioni altrimenti nascoste". In altri termini "l'analisi dell'articolata trama dei controlli consentirebbe di dimostrare, come da un lato, restino assai rilevanti gli interessi pubblici che il legislatore intende presidiare attraverso i controlli sulle società, dall'altro resta ferma l'indole privata della società in mano pubblica, atteso che gli scopi pubblici sono pur sempre relegati*

---

[87] Con deliberazione n. 16/SSRCO/QMIG/2022, le Sezioni riunite in sede di controllo hanno osservato come la nuova funzione attribuita alla Corte dei conti dal novellato art. 5, c. 3 TUSP, dall'esigenza "di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili.

[88] Sulla qualificazione della natura delle funzioni esercitate dalle Sezioni di controllo in sede di adozione della deliberazione ex art. 5 Tusp la questione di massima è stata sollevata sia dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto (Deliberazione n. 135/2022/ QMIG del 4 ottobre 2022), sia dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna (Deliberazione n. 124/2022/QMIG del 6 ottobre 2022). Invero, indipendentemente dalla qualificazione di cui al comma 4 dell'art. 5 TUSP, che definisce come "parere" l'esito dell'attività svolta dalla Corte, sembra chiaro che il legislatore abbia voluto attribuire una funzione di controllo su uno specifico atto amministrativo, avendo esplicitato, al comma 3 dello stesso articolo, che la Corte delibera "in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo nonché degli artt. 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa."

[89] In sede rendicontativa, i risultati negativi dovuti a spesa/costi sovradimensionati rispetto a entrate/ricavi non compaiono nel bilancio pubblico, diminuendo la percezione e la riconoscibilità da parte degli utenti della ragione dell'efficienza o inefficienza del servizio sul terreno della buona amministrazione.

[90] Per effetto della esternalizzazione/creazione di organismi partecipati, il bilancio pubblico dell'ente *dominus* subisce un doppio depotenziamento delle sue funzioni, sia sul versante previsionale-autorizzativo, sia sul versante rendicontativo, con una perdita di un controllo democratico diffuso, soprattutto da parte del cittadino elettore, sulla buona amministrazione delle risorse pubbliche.

al rango di interessi extra-sociali e rilevano solo in negativo come argine invalicabile all'uso distorto dello strumento societario"[91].

Resta aperta e da verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere e come può essere soddisfatto: deve infatti sempre sussistere "un giudice a Berlino", quando la decisione può determinare un effetto pregiudizievole violandosi l'art. 24 Cost. Ciò risulta indispensabile laddove la pronuncia di controllo non sia meramente "collaborativa", ma espressione di un controllo di "legittimità-regolarità".

[91] G. ALESSANDRO, *I controlli esterni sulle società in mano pubblica, in Le società a controllo pubblico, a cura di R. Ursi e M. Perrino*, pag. 61, Giappichelli Editore, 2020

Bilancio e tutela multilivello dei diritti

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

di Giovanna Pistorio

professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico
Università Roma Tre

Molte le questioni degli ultimi mesi su scelte e politiche economiche dello Stato.

Questioni che sorgono innanzitutto sul piano internazionale.

La Corte Edu è stata chiamata in causa su una molteplicità di ricorsi sollevati da imprese italiane contro lo Stato e dal mese di dicembre ha iniziato a pronunciare pesanti condanne nei confronti dell'Italia. Il mancato pagamento delle spese da parte delle amministrazioni locali e delle società partecipate integra un'inconcepibile violazione dei diritti umani, al pari delle gravi omissioni in materia di libertà, ambiente, salute.

Non è la prima volta che la Corte obbliga il nostro Paese a liquidare i debiti non pagati dalla pubblica amministrazione. Ma quel che merita attenzione è che, in alcune Regioni, tra le quali Calabria, Campania, Sicilia, il problema è ormai "strutturale" e, oggi, peraltro, si discute su debiti che ammontano a circa 400 milioni di euro.

Grazie a Strasburgo, via libera dunque alla liquidazione e al risarcimento nei confronti della provincia di Crotone; al vaglio gli altri numerosissimi ricorsi.

Questioni sorgono anche sul piano europeo.

Di recente, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su una domanda pregiudiziale sollevata dalla Corte suprema amministrativa della Polonia, ha dichiarato che le modifiche legislative incidenti sul Consiglio nazionale della magistratura, rendendo di fatto insindacabile un atto nazionale, sono suscettibili di violare il diritto dell'Unione e in particolare il principio di effettività (CGUE, 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B., C.D., E.F., G.H., I.J*).

Diversa - ma non troppo - la questione pregiudiziale sollevata dalla Corte dei Conti, nelle Cause riunite C-363/21 e C-364/21, *Ferrovienord SpA contro Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT)*.

La Corte non si è ancora pronunciata, ma, in attesa della sentenza, le Conclusioni rese dall'Avvocato generale M. Campos Sànchez-Bordona, suscitano non poche perplessità (pubblicate in calce)

L'art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone agli Stati di prevedere rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal Diritto dell'Unione, il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, sulla base di quanto garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CGUE, 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18, *Miasto Lowicz e Prokurator Generalny)*.

Si tratta di un diritto fondamentale messo a dura prova dal mutato quadro normativo nazionale, con riguardo all'esercizio della giurisdizione in tema di contabilità pubblica.

La legge 228/2012 ha aggiunto il comma 6 all'art. 11 del CGC, prevedendo che «Le sezioni riunite [della Corte dei conti] in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi (…) in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT».

La giurisdizione viene così esplicitamente conferita alla Corte dei conti.

Tutto cambia, però nel 2020. Con decreto-legge n. 137 del 2020, la giurisdizione della Corte dei conti viene limitata «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica».

Indubbie le questioni interpretative che sorgono.

Che rimanga una zona franca di giurisdizione? Dall'ambiguità del dettato normativo non potrebbe escludersi, ma inevitabili sarebbero le ritorsioni sul piano della tutela dei diritti e del rispetto del diritto dell'Unione.

Che si espanda la giurisdizione del giudice amministrativo?

Non è così «pacifico» che la disposizione vada interpretata nel senso di «ammettere che le impugnazioni in merito all'inclusione nel registro Istat ritornino nell'ambito della giurisdizione amministrativa» (come invece sostenuto da C. RUSSO, *Annotazioni a margine dell'art. 23 quater D.L. 137/2020 alla luce della rilevanza generale e sistematica dell'elenco Istat*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2021).
Tutt'altro. Sia per questioni di competenza nel merito, sia per ragioni di certezza del diritto. Qualora ciò dovesse accadere, dubbi e perplessità sorgono in merito al rispetto dei principi dell'equivalenza e dell'effettività delle tutele, nonché dell'effetto utile.

Vero è poi che rientra nell'autonomia procedurale di ciascuno Stato stabilire a quali giudici affidare il controllo giurisdizionale delle decisioni di attuazione del SEC 2010, ma è indispensabile che ciò avvenga garantendo certezza del diritto e conformità all'ordinamento dell'Unione.

Che la Corte di giustizia, anche a fronte dell'effettivo rilievo conferito di recente al principio in parola, nel caso polacco (CGUE, 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B., C.D., E.F., G.H., I.J*), possa valutare attentamente la conformità del sistema normativo rispetto all'art. 47 della Carta Ue, è oggi più che un auspicio.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 12 gennaio 2023 (1)
Cause riunite C-363/21 e C-364/21
Ferrovienord SpA
contro
Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT (C-363/21),
nei confronti di:
Procura generale della Corte dei conti,
Ministero dell'Economia e delle Finanze
e
Federazione Italiana Triathlon
contro
Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT,
Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-364/21),
nei confronti di:
Procura generale della Corte dei conti
[domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalla Corte dei conti (Italia)]

«Rinvio pregiudiziale – Regolamento (UE) n. 549/2013 – Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (SEC 2010) – Classificazione delle unità istituzionali nel settore S.13 (amministrazioni pubbliche) – Legislazione statistica dell'Unione – Meccanismi di controllo – Effetto diretto – Direttiva 2011/85/CEE – Quadri di bilancio nazionali – Effetto diretto – Tutela giurisdizionale effettiva – Verifica giurisdizionale da parte di un giudice contabile o di un giudice amministrativo»

1. Le presenti domande (riunite) di pronuncia pregiudiziale offrono alla Corte di giustizia (2) la possibilità di chiarire la portata delle norme che disciplinano il Sistema europeo dei conti 2010, istituito dal regolamento (UE) n. 549/2013 (3). Esse riguardano, in particolare, le seguenti questioni:
– se il suddetto regolamento e la direttiva 2011/85/UE (4) possano essere invocati in controversie intercorrenti tra differenti enti pubblici o tra singoli e autorità statistiche;
– quale forma di tutela giurisdizionale effettiva dovrebbero introdurre gli Stati membri nell'istituire i rimedi giurisdizionali che consentono di verificare l'applicazione delle norme dell'Unione in questo settore.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. *Regolamento n. 549/2013*

2. L'articolo 1 stabilisce quanto segue:
«1. Il presente regolamento istituisce il Sistema europeo dei conti 2010 ("SEC 2010" o "SEC").
2. Il SEC 2010 prevede:
a) una metodologia (allegato A) relativa alle norme, alle definizioni, alle classificazioni e alle regole contabili comuni, che devono essere utilizzate per l'elaborazione di conti e tavole su basi comparabili per le esigenze dell'Unione, nonché dei risultati come previsto all'articolo 3;
b) un programma (allegato B) inteso a stabilire i termini entro i quali gli Stati membri trasmettono alla Commissione (Eurostat) i conti e le tavole da compilare conformemente alla metodologia di cui alla lettera a).
(…)
4. Il presente regolamento non obbliga alcuno Stato membro ad utilizzare il SEC 2010 per elaborare i conti sulla base delle proprie esigenze».

3. Il capitolo 1 (Caratteristiche generali e principi di base) dell'allegato A (SEC 2010) così dispone:
«1.01 Il Sistema europeo dei conti (…) è un sistema contabile, comparabile a livello internazionale, che descrive in maniera sistematica e dettagliata il complesso di una economia (ossia una regione, un paese o un gruppo di paesi), le sue componenti e le sue relazioni con altre economie.
(…)
1.57 Le unità istituzionali sono entità economiche che possono essere proprietarie di beni e attività, possono assumere passività, nonché esercitare attività economiche e intervenire in operazioni con altre unità per conto proprio. Ai fini del sistema SEC 2010, le unità istituzionali si raggruppano in cinque settori istituzionali nazionali che si escludono reciprocamente:
a) società non finanziarie;
b) società finanziarie;
c) amministrazioni pubbliche;
d) famiglie;
e) istituzioni senza scopo di lucro al servizio delle famiglie.
I cinque settori costituiscono insieme il totale dell'economia nazionale. Ogni settore si suddivide inoltre in sottosettori. Il SEC 2010 prevede la compilazione di una serie completa di conti di flussi e di conti patrimoniali per ciascun settore e sottosettore, nonché per il totale dell'economia. Le unità non residenti possono interagire con questi cinque settori nazionali e sono indicate le interazioni tra questi settori e un sesto settore istituzionale: il settore del resto del mondo.
(…)».
4. Il capitolo 2 (Unità e insiemi di unità) del suddetto allegato (SEC 2010) così recita:
«(…)
2.12 *Definizione*: un'unità istituzionale è un'entità economica caratterizzata da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale. (…)
(…)
2.32 Ciascuno dei settori e sottosettori raggruppa le unità istituzionali che hanno un comportamento economico simile.
(…)
Amministrazioni pubbliche (S.13)
2.111 *Definizione*: il settore delle amministrazioni pubbliche (S.13) è costituito dalle unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali e sono finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese.
(…)».
5. Il capitolo 20 (I conti delle amministrazioni pubbliche) di questo allegato stabilisce che:
«(…)
20.05 Il settore delle amministrazioni pubbliche (S.13) comprende tutte le unità delle amministrazioni pubbliche e tutte le istituzioni senza scopo di lucro che producono beni e servizi non destinabili alla vendita e sono controllate da unità delle amministrazioni pubbliche. Comprende inoltre altri produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, come definiti nei paragrafi da 20.18 a 20.39.
(…)».

2. ***Direttiva 2011/85***

6. L'articolo 1 prevede quanto segue:
«La presente direttiva stabilisce regole dettagliate riguardanti le caratteristiche dei quadri di bilancio degli Stati membri. Tali regole sono necessarie perché sia garantita l'osservanza da parte degli Stati membri dell'obbligo, derivante dal TFUE, di evitare disavanzi pubblici eccessivi».
7. L'articolo 2 così dispone:

«Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni di "pubblico", "disavanzo" e "investimento" di cui all'articolo 2 del protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato al TUE e al TFUE [(5)]. Si applica la definizione di sottosettori dell'amministrazione pubblica di cui al punto 2.70 dell'allegato A del regolamento (CE) n. 2223/96 (SEC 95).
Si applica, inoltre, la seguente definizione:
"quadro di bilancio": serie di disposizioni, procedure, norme e istituzioni inerenti alla conduzione delle politiche di bilancio dell'amministrazione pubblica, in particolare:
(…)
f) dispositivi di monitoraggio e analisi indipendenti intesi a rafforzare la trasparenza degli elementi del processo di bilancio;
(…)».

8. L'articolo 3, paragrafo 1, stabilisce quanto segue:
«Per quanto riguarda i sistemi nazionali di contabilità pubblica, gli Stati membri si dotano di sistemi di contabilità pubblica che coprono in modo completo e uniforme tutti i sottosettori dell'amministrazione pubblica e contengono le informazioni necessarie per generare dati fondati sul principio di competenza al fine di predisporre i dati basati sulle norme SEC 95. Detti sistemi di contabilità pubblica sono soggetti a controllo interno e audit indipendente».

3. ***Regolamento (UE) n. 473/2013*** (6)

9. L'articolo 2 così recita:
«1. Ai fini del presente regolamento si intende per:
a) "enti indipendenti", enti strutturalmente indipendenti o dotati di autonomia funzionale nei confronti delle autorità di bilancio dello Stato membro che, in virtù di apposite disposizioni di legge nazionali, godono di un elevato grado di autonomia funzionale e responsabilità (…)
2. Si applica altresì al presente regolamento la definizione di "settore delle amministrazioni pubbliche" e dei "sottosettori del settore delle amministrazioni pubbliche" di cui all'allegato A, punto 2.70, del regolamento (CE) n. 2223/96 del Consiglio, del 25 giugno 1996, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità (…)
(…)».

10. Ai sensi dell'articolo 5:
«1. Gli Stati membri dispongono di enti indipendenti incaricati di monitorare l'osservanza:
a) delle regole di bilancio numeriche che integrano nei processi di bilancio nazionali l'obiettivo di bilancio a medio termine fissato all'articolo 2 bis del regolamento (CE) n. 1466/97;
b) delle regole di bilancio numeriche di cui all'articolo 5 della direttiva 2011/85/UE.
(…)».

B. **Diritto nazionale**

1. ***Legge n. 196/2009*** (7)

11. L'articolo 1 così recita:
«1. Le amministrazioni pubbliche concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità. (…)
2. (…) per amministrazioni pubbliche si intendono (…), a decorrere dall'anno 2012[,] gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dall'Istituto Nazionale di Statistica [in prosieguo: «l'ISTAT»] nell'elenco (…) pubblicato (…) nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana (…), e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea (…).
3. La ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre.
(…)».

2. ***Legge n. 243/2012*** (8)

12. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), si intendono per «"amministrazioni pubbliche" gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione

europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale».

13. Conformemente all'articolo 20, la Corte dei conti (Italia) svolge il controllo successivo sulla gestione dei bilanci delle amministrazioni pubbliche, ai fini del coordinamento della finanza pubblica e dell'equilibrio dei bilanci, secondo le forme e le modalità stabilite dalla legge.

3. ***Legge n. 161/2014*** (9)

14. L'articolo 30 («Attuazione di disposizioni non direttamente applicabili della direttiva 2011/85/UE e del regolamento n. 473/2013»), comma 1, stabilisce che, al fine di dare piena attuazione, per le parti non direttamente applicabili, alla direttiva 2011/85 e al regolamento n. 473/2013, con riferimento all'attività di monitoraggio sull'osservanza delle regole di bilancio, la Corte dei conti verifica la rispondenza alla normativa contabile dei dati di bilancio delle pubbliche amministrazioni.

4. ***Codice della giustizia contabile*** (10)

15. L'articolo 11, paragrafo 6, lettera b), come modificato dal decreto-legge n. 137/2020, convertito in legge n. 176/2020 (11), così stabilisce:

«Le sezioni riunite [della Corte dei conti] in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi (…) in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT, *ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica* (12)».

II. **Fatti, procedimenti e questioni pregiudiziali**

16. Il 30 settembre 2020, l'ISTAT ha inserito la Ferrovienord SpA (in prosieguo: la « Ferrovienord») e la Federazione Italiana Triathlon (in prosieguo: la «FITRI») nell'elenco delle amministrazioni pubbliche (di seguito «elenco ISTAT 2020») che concorrono a determinare i saldi del conto economico consolidato dello Stato italiano (13).

17. La Ferrovienord e la FITRI hanno proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi alla Corte dei conti, chiedendone l'annullamento. A loro avviso, non sussistevano i presupposti per inserirle nell'elenco ISTAT 2020.

18. L'ISTAT ha contestato il ricorso sostenendo che l'inclusione nell'elenco era corretta. La Procura generale della Corte dei conti ha chiesto che venisse sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 23 quater del decreto-legge n. 137/2020 (14).

19. La Corte dei conti ha ordinato l'intervento nel processo del Ministero dell'Economia e delle Finanze (Italia), sollevando allo stesso tempo i problemi di compatibilità della nuova norma con il diritto dell'Unione. Essa ha chiesto alle parti di pronunciarsi specificamente su detto punto.

20. Secondo la Corte dei conti:

– l'articolo 11, comma 6, lettera b), del CGC le attribuiva la giurisdizione per pronunciarsi sulle decisioni dell'ISTAT in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche;

– tuttavia, tale disposizione è stata modificata dall'articolo 23 quater, comma 2, del decreto-legge n. 137/2020, che ha limitato il controllo giurisdizionale della Corte dei conti sull'elenco ISTAT «*ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica*» (15);

– la coerenza tra diritto del bilancio interno e vincoli europei è un principio di diritto costituzionale interno, unitamente a quelli di trasparenza ed equilibrio di bilancio (articoli 81 e 97 della Costituzione);

– tale coerenza, nel diritto interno, è assicurata mediante un saldo, denominato «equilibrio di bilancio», che limita il ricorso all'indebitamento da parte delle amministrazioni diverse dallo Stato (articolo 4, comma 4, articoli 9 e 10 della legge n. 243/2012). La determinazione dei saldi e delle loro eventuali successive correzioni scaturiscono dai dati trasmessi dalle amministrazioni pubbliche che formano il conto consolidato;

– ne consegue che la corretta formazione dell'elenco ISTAT (per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche tenute all'attuazione dell'equilibrio di bilancio) condiziona il rispetto degli obiettivi di convergenza delle politiche economiche ai sensi dell'articolo 121 TFUE;

– l'inserimento di un ente nell'elenco ISTAT, per l'ordinamento italiano (articoli 24, comma 1, e 113, comma 1, della Costituzione) è suscettibile di impugnazione innanzi all'autorità giurisdizionale. Sino al 2012 il «giudice naturale» per dette decisioni era il giudice amministrativo ma, a partire da quell'anno, la giurisdizione è stata attribuita alla Corte dei conti. Quest'ultima esercita un controllo giurisdizionale sull'osservanza del diritto del bilancio nazionale e dell'Unione e garantisce la verifica, dal punto di vista soggettivo, dell'affidabilità dei conti economici, pena le sanzioni di cui all'articolo 8 del regolamento (UE) n. 1173/2011 (16). In tal modo, garantisce l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica;
– a seguito della riforma attuata dall'articolo 23 quater del decreto-legge n. 137/2020, detto controllo non può più determinare (o negare) due effetti impliciti necessari che prima erano stati concentrati presso il giudice medesimo, ossia: l'accertamento (positivo o negativo) dell'obbligo di comunicare dati ed informazioni rilevanti in materia di finanza pubblica, in applicazione della legge n. 243/2012 e della legge n. 196/2009 (obbligo attuativo del regolamento n. 549/2013 e della direttiva 2011/85); e la conseguente applicazione (o non applicazione) delle disposizioni in materia di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche, conformemente agli articoli 3 e 4 della legge n. 243/2012 (attuativa anch'essa del regolamento n. 549/2013 e della direttiva 2011/85).

21. La modifica legislativa del 2020 avrebbe determinato un difetto assoluto di giurisdizione, e di conseguenza una mancanza di tutela, sull'esatta perimetrazione degli enti inclusi nel settore S.13 (amministrazioni pubbliche non territoriali) e conseguentemente sui saldi di finanza pubblica, impedendo al SEC 2010 ed alla direttiva 85/2011 di produrre i loro effetti. Mediante l'elenco ISTAT, lo Stato italiano determina l'ambito di applicazione del SEC 2010, anche ai sensi dell'articolo 126 TFUE e del Protocollo n. 12 sui disavanzi eccessivi.

22. A suo avviso, vi è stata una violazione del principio di leale cooperazione (articolo 4 TUE), negando agli enti classificati dall'ISTAT come pubblica amministrazione la possibilità di proporre ricorso contro detta classificazione, in violazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).

23. Inoltre, anche se si dovesse ritenere, come sostengono l'ISTAT e il Ministero dell'Economia, che la nuova normativa determini un'espansione della giurisdizione generale del giudice amministrativo, sussistono dei dubbi quanto al fatto che detta normativa:
– sia contraria ai principi di effettività della tutela giurisdizionale, dell'effetto utile e della certezza del diritto dell'Unione (17);
– violerebbe i principi dell'equivalenza dei rimedi giurisdizionali e dello Stato di diritto (articoli 2 TUE e 19 TUE), tenuto conto della correlazione tra quest'ultimo e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione sancita dal regolamento n. 2020/2092 (18).

24. In tale contesto, la Corte dei conti sottopone alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:
«1) Se la regola della diretta applicabilità del [Sistema europeo dei conti (SEC)] 2010 e il principio dell'effetto utile del [regolamento n. 549/2012] e della direttiva [2011/85] ostino ad una normativa nazionale che limita la giurisdizione del giudice nazionale competente sulla corretta applicazione del SEC 2010 soltanto ai fini della legislazione nazionale sul contenimento della spesa pubblica, precludendo il principale effetto utile della disciplina [di diritto dell'Unione], ossia la verifica di trasparenza ed affidabilità dei saldi di bilancio, tramite cui accertare la convergenza dell'Italia verso l'[Obiettivo di medio termine].
2) Se la regola della diretta applicabilità del SEC 2010 e il principio dell'effetto utile del [regolamento n. 549/2012] e della direttiva [2011/85], in punto di separazione organizzativa tra autorità di bilancio e organismi di controllo, ostino ad una normativa nazionale che limita gli effetti della pronunzia del giudice nazionale competente sulla corretta applicazione del [SEC] 2010 soltanto ai fini della legislazione nazionale sul contenimento della spesa pubblica, precludendo qualsiasi controllo indipendente sulla perimetrazione soggettiva dei conti della pubblica amministrazione

italiana (così come qualificata ai fini [del diritto dell'Unione]) tramite la quale verificare la convergenza dell'Italia verso l'[Obiettivo di medio termine].

3) Se il principio dello Stato di diritto, sub specie di effettività della tutela giurisdizionale e di equivalenza dei rimedi giurisdizionali osti ad una normativa nazionale che:

a) impedisce qualsiasi verifica giurisdizionale sull'esatta applicazione del SEC 2010 da parte dell'ISTAT ai fini della perimetrazione del settore S.13 e quindi sulla correttezza, trasparenza ed affidabilità dei saldi di bilancio, tramite cui verificare la convergenza dell'Italia verso l'[Obiettivo di medio termine] (violazione del principio di effettività delle tutele);

b) espone il ricorrente, qualora dovesse ritenersi esatta, anche tramite legge di interpretazione autentica, la lettura della norma proposta dalle amministrazioni resistenti, ad un doppio onere di impugnazione giudiziaria e a conseguenti rischi di contrasto di giudicato sulla sussistenza di uno status di diritto [dell'Unione], rendendo di fatto impossibile la tutela effettiva del suo diritto nel tempo utile richiesto per l'adempimento degli obblighi che ne conseguono (ossia l'esercizio finanziario) e vanificando la certezza del diritto in ordine alla sussistenza dello status di pubblica amministrazione;

c) sempre ove dovesse ritenersi esatta, anche tramite legge di interpretazione autentica, la lettura della norma proposta dalle amministrazioni resistenti, prevede che a pronunciarsi sulla correttezza della perimetrazione di bilancio sia un giudice diverso da quello al quale la Costituzione italiana riserva la giurisdizione sul diritto del bilancio».

III. **Procedimento dinanzi alla Corte**

25. Le domande di pronuncia pregiudiziale sono pervenute presso la cancelleria della Corte il 9 giugno 2021. Il beneficio del procedimento accelerato è stato loro negato.

26. Hanno presentato osservazioni scritte la Ferrovienord, la FITRI, la Procura generale della Corte dei conti, il governo italiano e la Commissione europea. Tutte le suddette parti hanno partecipato all'udienza tenutasi il 19 ottobre 2022.

IV. **Valutazione**

A. **Osservazioni preliminari**

27. Come indicato in precedenza, le questioni pregiudiziali vertono sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una sola norma (in prosieguo: la «norma controversa») del diritto italiano, vale a dire, l'articolo 23 quater, comma 2, del decreto-legge n. 137/2020.

28. In forza della suddetta norma, l'accertamento da parte della Corte dei conti sulle decisioni dell'ISTAT in merito alla classificazione delle «unità istituzionali» come amministrazioni pubbliche, avviene «*ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica*». La parte indicata in corsivo è stata aggiunta al CGC dal decreto legge n. 137/2020.

29. Il governo italiano ritiene che il giudice del rinvio abbia interpretato erroneamente la norma controversa, laddove sostiene che quest'ultima esclude la verifica giurisdizionale sulle decisioni dell'ISTAT relative all'inclusione degli enti nell'elenco delle amministrazioni pubbliche.

30. Al contrario, secondo il governo italiano, la suddetta norma si limiterebbe ad attribuire la verifica ai giudici amministrativi, mantenendo in capo alla Corte dei conti il controllo giurisdizionale per ciò che attiene alle conseguenze giuridiche derivanti dall'inserimento di tali unità istituzionali nell'elenco ISTAT.

31. Nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia non è competente ad interpretare le norme di diritto interno. Spetta unicamente al giudice nazionale determinare l'esatta portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali (19).

32. Tuttavia, la Corte di giustizia può interpretare le norme del diritto dell'Unione fornendo risposte sulla base dell'una o dell'altra interpretazione del diritto nazionale. Ciò si verifica, in particolare, quando lo stesso giudice del rinvio riprende, come avviene nel caso di specie, le argomentazioni delle «amministrazioni resistenti» (vale a dire, il governo italiano) a titolo di ipotesi che potrebbe essere accolta (20).

B. **Sulla ricevibilità**

1. ***Natura di giurisdizione***

33. È indispensabile esaminare innanzitutto se chi sottopone le due domande di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia sia una «giurisdizione di uno Stato membro», ai sensi dell'articolo 267 TFUE.
34. La Corte di giustizia ha dichiarato irricevibili le domande di pronuncia pregiudiziale sollevate dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti italiana che agivano in qualità di autorità amministrative (21), o dalla Corte dei conti in due procedure di controllo successivo della gestione finanziaria di vari enti pubblici (22).
35. Tuttavia, la Corte di giustizia ha risposto alle domande di pronuncia pregiudiziale presentate dalla Corte dei conti nella sentenza FIG e FISE (23), senza mettere in discussione la sua qualità di «giurisdizione» in situazioni simili alla presente.
36. Nella presente causa, tale giudice è chiamato a decidere su una controversia esercitando le funzioni giurisdizionali che gli sono attribuite dalla normativa italiana, e non le sue funzioni di controllo e di verifica a posteriori. L'oggetto della controversia è proprio legato alla portata delle sue funzioni giurisdizionali a seguito della limitazione imposta dall'articolo 23 quater del decreto-legge n. 137/2020.
37. Nel corso dell'udienza è stato chiarito che la modifica legislativa non elimina la competenza giurisdizionale della Corte dei conti, bensì la limita soltanto: se adesso non può più annullare gli elenchi ISTAT con effetti erga omnes, può però non applicarli in una particolare controversia, con efficacia solo per l'ente ricorrente per quanto riguarda la normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica.
38. In definitiva, la Corte dei conti esercita competenze giurisdizionali nell'ambito delle quali può sottoporre alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali qualora sia chiamata a risolvere controversie come quelle che hanno dato origine ai presenti rinvii.

2. ***Irricevibilità derivante da una possibile errata interpretazione del diritto nazionale?***

39. Sulla base delle considerazioni che esposte in precedenza (24), il governo italiano contesta la ricevibilità della prima e della seconda questione pregiudiziale nonché della lettera a) della terza questione, in quanto sarebbero fondate sull'«erroneo presupposto che, a seguito della modifica dell'articolo 11 del CGC, non sia possibile adire alcun giudice nazionale per contestare la corretta formazione dell'elenco S13 dell'ISTAT».
40. L'obiezione non può essere accolta:
– da un lato, se le questioni sollevate vertono, come nel presente caso, sull'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia è, in linea di principio, tenuta a pronunciarsi, in quanto esiste una presunzione di rilevanza del rinvio pregiudiziale (25);
– dall'altro lato, ho già illustrato come la risposta della Corte di giustizia ai dubbi del giudice del rinvio deve prendere le mosse dall'interpretazione delle norme nazionali da esso privilegiata, ferma restando la possibilità di fornirgli indicazioni ai fini di una diversa lettura di tali norme, tanto più quando lo stesso ammette la possibilità di adottare, ipoteticamente, tale lettura alternativa.
41. In definitiva, la Corte di giustizia può fornire una risposta utile al giudice del rinvio in base alle informazioni di cui dispone sul diritto interno italiano, interpretando il regolamento n. 549/2013, la direttiva 2011/85 e il regolamento n. 473/2013.

C. **Sulla prima questione pregiudiziale**

42. Il giudice del rinvio desidera sapere se la norma nazionale controversa sia compatibile con la diretta applicabilità del regolamento n. 549/2013 e con l'effetto utile di quest'ultimo e della direttiva 2011/85.
43. Per rispondere a detta questione, ritengo necessario analizzare preliminarmente: a) il carattere vincolante e l'eventuale effetto diretto degli obblighi di trasmissione dei dati contabili alla Commissione da parte degli Stati membri, previsti dal regolamento n. 549/2013; e b) se la direttiva 2011/85 imponga obblighi soltanto alle autorità statistiche e alle amministrazioni pubbliche, ma non ad altri enti pubblici, e se stabilisca diritti e obblighi per i singoli e possa avere effetto diretto.

44. Per quanto riguarda l'eventuale assenza di controllo giurisdizionale, che la Corte dei conti deduce anche in queste due questioni pregiudiziali, me ne occuperò in sede di analisi della terza questione.

1. ***Invocabilità del regolamento n. 549/2013***

45. L'applicazione della disciplina che vieta i disavanzi pubblici eccessivi (26) avviene secondo una procedura che coinvolge la Commissione e il Consiglio. In detta procedura si monitora la posizione di bilancio degli Stati membri e l'ammontare del loro debito pubblico.

46. Per eseguire tale sorveglianza, l'Unione necessita di dati statistici affidabili (27) sulla situazione economica degli Stati membri, in particolare sul loro disavanzo e debito pubblico.

47. I poteri della Commissione intesi alla verifica dei dati statistici sono stati rafforzati dal regolamento (CE) n. 479/2009 (28), che ha sancito l'obbligo degli Stati membri di trasmetterle l'ammontare del disavanzo e del debito (articolo 3 del protocollo n. 12 sui disavanzi eccessivi) e ha conferito a Eurostat alcuni poteri di controllo (29) sui dati statistici forniti dagli Stati membri.

48. L'attuazione dell'obbligo di trasmissione richiede, quale elemento essenziale di omogeneità, l'utilizzo di un'unica classificazione comune per tutta l'Unione. Attualmente, tale classificazione è il SEC 2010, al quale è stato adattato il regolamento n. 479/2009.

49. Il SEC 2010 si applica, in linea di principio, a tutti gli atti dell'Unione nei quali si fa riferimento al SEC o alle sue definizioni. Tuttavia, nessuno Stato membro è obbligato ad utilizzare il SEC 2010 per elaborare i conti sulla base delle proprie esigenze (articolo 1, paragrafi 3 e 4, del regolamento n. 549/2013).

50. Ai sensi del regolamento n. 549/2013, gli Stati membri sono tenuti a trasmettere alla Commissione (Eurostat) i conti e le tavole di cui all'allegato B entro i termini ivi specificati per ciascuna tavola (articolo 3, paragrafo 1) ed Eurostat valuta la qualità dei dati trasmessi (articolo 4, paragrafo 4).

51. Come indicato dalla Corte di giustizia, «il SEC 2010 istituisce un quadro di riferimento destinato, ai fini sia dei cittadini dell'Unione sia dell'Unione stessa, all'elaborazione dei conti degli Stati membri. Tale elaborazione deve essere effettuata sulla base di principi unici e non diversamente interpretabili, in modo da consentire di ottenere risultati comparabili» (30).

52. In particolare, gli Stati membri sono tenuti a perimetrare il settore S.13 (amministrazioni pubbliche) in conformità all'allegato A, punto 2.111, del SEC 2010 (31), suddividendolo in quattro sottosettori, nei quali sono ricomprese le unità istituzionali corrispondenti. Devono raccogliere i dati contabili di detti enti ed elaborarli secondo la metodologia del SEC 2010 per trasmetterli alla Commissione.

53. Al fine di garantire la corretta applicazione del SEC 2010 al settore S.13, le norme dell'Unione prevedono diversi meccanismi di controllo che operano nelle relazioni tra Eurostat e gli Stati membri (in particolare, i loro istituti nazionali di statistica):

– la procedura di consultazione tra la Commissione (Eurostat) e gli Stati membri (articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 549/2013 e articolo 10 del regolamento n. 479/2009);

– il meccanismo di dialogo permanente tra Eurostat e gli istituti nazionali di statistica (articoli 11, 11 bis e 11 ter del regolamento n. 479/2009);

– la pubblicazione dei dati statistici nazionali con riserva (articolo 15 del regolamento n. 479/2009). Se del caso, Eurostat può modificare i dati trasmessi dallo Stato membro e fornire i dati rettificati, se i primi non ottemperano alle disposizioni del regolamento;

– la procedura sanzionatoria in caso di manipolazione delle statistiche (articolo 8 del regolamento n. 1173/2011).

54. La Commissione sostiene (32) che la corretta classificazione delle unità istituzionali nel settore S.13 è garantita da detti meccanismi di controllo. Attraverso questi ultimi Eurostat garantisce che gli Stati membri rispettino l'obbligo di raccogliere e trasmettere i dati contabili conformemente al SEC 2010 e con qualità soddisfacente.

55. Di conseguenza, aggiunge la Commissione,

– in presenza di un'eventuale classificazione errata di un'unità istituzionale nel settore della pubblica amministrazione da parte delle autorità nazionali, Eurostat può correggere l'errore e pubblicare i dati corretti;
– il regolamento n. 549/2013 si limita a imporre obblighi di comunicazione dei dati statistici alle autorità nazionali, in particolare agli istituti nazionali di statistica, ma non ai singoli.

56. La Commissione deduce da dette premesse che il regolamento n. 549/2013 non può essere invocato direttamente dai singoli. Le unità istituzionali (come la Ferrovienord e la FITRI) che si ritengono erroneamente incluse dall'ISTAT nel settore S.13 non potrebbero pertanto impugnare le decisioni di quest'ultimo per incompatibilità con il regolamento n. 549/2013. Esse potrebbero far valere solo la violazione delle norme interne italiane.

57. La tesi della Commissione non mi convince.

58. In primo luogo, il regolamento n. 549/2013 è applicabile, in ogni caso, a controversie come quelle di cui trattasi, sia direttamente sia mediante rinvio incondizionato del diritto interno italiano. La Corte di giustizia è competente a interpretarlo, anche in situazioni puramente interne, quando «(…) le disposizioni di tale diritto [dell'Unione] sono state rese applicabili dalla normativa nazionale, la quale si è uniformata, per le soluzioni date a situazioni i cui elementi sono tutti collocati all'interno di un solo Stato membro, a quelle adottate dal diritto dell'Unione» (33).

59. Il giudice del rinvio spiega in modo soddisfacente l'applicazione della normativa statistica dell'Unione alle relazioni tra le autorità italiane e gli enti nazionali, a seguito del rinvio operato dal diritto italiano.

60. Nelle controversie che hanno dato origine alle due domande di pronuncia pregiudiziale, l'ISTAT classifica la Ferrovienord e la FITRI come amministrazioni pubbliche e le include nell'elenco ISTAT 2020. In tal modo, applica determinate norme del regolamento n. 549/2013 e da detta inclusione derivano conseguenze giuridiche per le stesse.

61. In secondo luogo, è necessario distinguere tra due ipotesi che conducono, tuttavia, alla medesima soluzione.

– Se la Ferrovienord e la FITRI fossero enti privati (singoli, per poter far valere il regolamento n. 549/2013), cosa che spetta al giudice del rinvio decidere, potrebbero far valere l'effetto diretto del citato regolamento nei confronti dell'ISTAT, che è chiaramente un'autorità dello Stato italiano. Si tratterebbe di una relazione verticale in cui un singolo fa valere un regolamento dell'Unione nei confronti di un ente pubblico.
– Se il giudice del rinvio dovesse ritenere che la Ferrovienord e la FITRI sono enti pubblici, poiché il regolamento n. 549/2013 è vincolante in tutti i suoi elementi per lo Stato italiano e tutti i suoi enti pubblici sono tenuti a osservarlo, un'unità istituzionale del settore pubblico legittimata a impugnare una decisione dell'ISTAT potrebbe farlo valere in una controversia nei confronti di quest'ultimo.

62. Quando l'ISTAT, in quanto autorità statistica italiana, determina quali enti devono essere inclusi nel settore S.13, sta applicando la classificazione del SEC 2010 e pertanto il regolamento n. 549/2013.

63. Gli enti destinatari di dette decisioni dell'ISTAT, alle quali si applica il regolamento n. 549/2013, possono, se il diritto interno li autorizza, impugnarle dinanzi ai giudici nazionali, se ritengono che l'ISTAT le abbia adottate in modo non corretto.

64. In altre parole, le unità istituzionali legittimate ad adire i giudici nazionali potranno invocare le norme del regolamento n. 549/2013 per sostenere che l'ISTAT ha applicato in modo inadeguato il SEC 2010.

65. In definitiva, quando saranno presentati i rispettivi ricorsi contro le decisioni dell'ISTAT, sarà possibile far valere il regolamento n. 549/2013 a prescindere dal fatto che il giudice del rinvio classifichi Ferrovienord e FITRI come enti privati o come enti pubblici.

66. La Corte di giustizia ha implicitamente ammesso l'applicabilità e l'effetto diretto del regolamento n. 549/2013 in controversie in cui era in discussione l'opportunità di classificare, in un modo o nell'altro, vari enti nei rispettivi capitoli dell'allegato A di detto regolamento:

– nella causa decisa dalla sentenza FIG e FISE (34) occorreva risolvere la questione se il Comitato Olimpico Italiano esercitasse un controllo pubblico sulle federazioni italiane del golf e degli sport equestri. Nessuno ha messo in dubbio la possibilità di far valere direttamente le disposizioni del regolamento n. 549/2013 né la loro imperatività ed entrambe le federazioni sportive hanno potuto contestare, nel procedimento principale, la loro classificazione come amministrazioni pubbliche nell'elenco ISTAT;
– nella causa decisa dalla sentenza Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale (35), tale fondo ha contestato la sua classificazione nel settore delle amministrazioni pubbliche ai sensi del SEC 2010 da parte dell'autorità contabile belga. Al fine di risolvere la controversia, la natura obbligatoria e l'effetto diretto del regolamento n. 549/2013 sono stati accettati implicitamente e senza discussione;
— lo stesso è avvenuto nella causa che è stata decisa dalla recente sentenza SeGEC e a. (36), nella quale associazioni nel settore dell'istruzione in Belgio contestavano la loro classificazione come amministrazioni pubbliche.

67. Le entità (unità istituzionali) di uno Stato membro, e non solo le loro autorità statistiche, sono interessate dall'applicazione delle norme del SEC 2010 da parte di queste ultime (37). Sia il giudice del rinvio che il governo italiano (38) riconoscono che l'inclusione nell'elenco ISTAT 2020 implica che la persona giuridica interessata dovrà rispettare le norme nazionali volte a limitare la spesa pubblica.

68. È vero che il SEC 2010 disciplina le statistiche delle amministrazioni pubbliche, ma prende in considerazione anche l'attività economica dei singoli, sulle cui situazioni giuridiche possono incidere le corrispondenti qualificazioni operate dall'ISTAT.

69. Pertanto, qualsiasi unità istituzionale privata può invocare direttamente i punti pertinenti della classificazione del SEC 2010 affinché un giudice nazionale decida se le autorità nazionali, nel qualificarla in un modo o nell'altro, li abbiano applicati correttamente. Allo stesso modo, un ente pubblico può invocare l'obbligatorietà delle disposizioni del regolamento n. 549/2013 in una controversia contro l'ISTAT, se il diritto interno gli consente di agire contro l'ISTAT (39).

70. A tutto quanto precede non osta il fatto che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, del regolamento n. 549/2013, gli Stati membri possono utilizzare una classificazione statistica diversa dal SEC 2010 per «i conti sulla base delle proprie esigenze». Se si avvalgono di questa possibilità, le loro autorità statistiche dovranno, poi, riformulare i dati raccolti per presentarli alla Commissione in conformità al SEC 2010.

71. L'ISTAT deve redigere l'elenco del settore S.13 utilizzando la classificazione del regolamento n. 549/2013. Se un'entità è classificata come unità istituzionale di quel settore, essa deve fornire all'ISTAT i propri dati economici secondo la classificazione stabilita dallo Stato. Come già detto, l'Italia ha esteso l'utilizzo della classificazione del SEC 2010 alle unità istituzionali della sua amministrazione pubblica (40). Questa estensione rende possibile l'applicazione diretta da parte dell'ISTAT del regolamento n. 549/2013 per classificare enti come Ferrovienord o la FITRI sotto la voce «pubblica amministrazione» (41).

2. ***Invocabilità della direttiva 2011/85***

72. Per quanto qui interessa, la direttiva 2011/85:
– «stabilisce regole dettagliate riguardanti le caratteristiche dei quadri di bilancio degli Stati membri. Tali regole sono necessarie perché sia garantita l'osservanza da parte degli Stati membri dell'obbligo, derivante dal TFUE, di evitare disavanzi pubblici eccessivi» (articolo 1);
– accoglie le definizioni del SEC 2010 sulla pubblica amministrazione e sui suoi diversi sottosettori affinché siano utilizzate nell'ambito dei quadri di bilancio degli Stati membri (articolo 2) (42);
– specifica che «(...) gli Stati membri si dotano di sistemi di contabilità pubblica che coprono in modo completo e uniforme tutti i sottosettori dell'amministrazione pubblica e contengono le informazioni necessarie per generare dati fondati sul principio di competenza al fine di predisporre i

dati basati [sul SEC 2010]. Detti sistemi di contabilità pubblica sono soggetti a controllo interno e audit indipendente» (articolo 3).

73. I quadri di bilancio a medio termine, così come le previsioni e le regole di bilancio numeriche disciplinate dalla direttiva 2011/85, sono stabiliti dalle autorità nazionali degli Stati membri per essere trasmessi alla Commissione e riguardano essenzialmente gli istituti di statistica e i ministeri dell'economia. Non trovo in questa direttiva norme rivolte ad altri enti pubblici o che possano avere un impatto diretto sulla situazione giuridica dei singoli.

74. Di conseguenza, la direttiva 2011/85 non contiene disposizioni in grado di produrre effetti diretti e di conferire diritti e obblighi ai singoli, né agli enti pubblici diversi dalle autorità statistiche o dai ministeri dell'economia.

75. Questa considerazione non è contraddetta dal fatto che le norme italiane elaborate per recepire nell'ordinamento nazionale gli obblighi imposti dalla direttiva 2011/85 abbiano previsto misure aggiuntive rispetto alle disposizioni della direttiva medesima. Spetta ai giudici nazionali interpretare e applicare, se del caso, tali norme aggiuntive contenute nelle disposizioni interne che attuano la direttiva 2011/85.

3. ***Conclusione intermedia***

76. In definitiva, sono del parere che:

– il regolamento n. 549/2013 può essere invocato da un'unità istituzionale (ente pubblico o privato) in relazione alla sua inclusione da parte dell'ISTAT nel settore S.13 (amministrazioni pubbliche) del SEC 2010;

– la direttiva 2011/85, nella misura in cui disciplina solo le relazioni fra le autorità nazionali di statistica e di programmazione economica e le istituzioni dell'Unione, senza contenere disposizioni applicabili ad altri tipi di enti pubblici o privati, non può essere invocata da questi ultimi.

D. **Sulla seconda questione pregiudiziale**

77. La Corte dei conti chiede se la limitazione del suo controllo giurisdizionale sull'elenco ISTAT 2020 sia compatibile con la direttiva 2011/85 e con il regolamento n. 473/2013. A suo avviso, la disposizione nazionale in questione smantellerebbe il monitoraggio indipendente sulle autorità di bilancio previsto da tali norme dell'Unione e le impedirebbe di procedere al controllo dell'applicazione delle norme di bilancio.

78. La direttiva 2011/85 impone agli Stati membri di:

– adottare quadri di bilancio che comprendano, tra l'altro, «dispositivi di monitoraggio e analisi indipendenti intesi a rafforzare la trasparenza degli elementi del processo di bilancio» [articolo 2, lettera f)];

– disporre di «sistemi di contabilità pubblica (...) soggetti a controllo interno e audit indipendente» (articolo 3, paragrafo 1, in fine);

– disporre di «regole di bilancio numeriche specifiche per paese [che] precisano (...) il controllo effettivo e tempestivo dell'osservanza delle regole, basato su un'analisi affidabile e indipendente, eseguita da organismi indipendenti od organismi dotati di autonomia funzionale rispetto alle autorità di bilancio degli Stati membri» [articolo 6, paragrafo 1, lettera b)].

79. Per quanto riguarda il regolamento n. 473/2013, l'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), e l'articolo 5 prevedono l'obbligo, per gli Stati membri, di disporre di enti indipendenti dall'autorità di bilancio per garantire un monitoraggio efficace dell'osservanza delle regole di bilancio dell'Unione. Detti enti nazionali indipendenti devono essere coinvolti anche nell'elaborazione del bilancio di previsione [articolo 2, paragrafo 1, lettera b)].

80. La direttiva 2011/85 e il regolamento n. 473/2013 lasciano agli Stati membri la libertà di stabilire quali enti indipendenti saranno incaricati di monitorare l'effettiva osservanza delle norme di bilancio dell'Unione.

81. Il considerando 3 della direttiva 2011/85 fa riferimento alla possibilità di effettuare audit contabili indipendenti da parte di istituzioni pubbliche quali le Corti dei conti (43). Tuttavia, nulla impedisce a uno Stato membro di optare per altri tipi di organi o di ripartire questo compito tra la

propria Corte dei conti e altri organi. Ciò risulta anche dal considerando 17 del regolamento n. 473/2013 (44).

82. Fatta salva l'interpretazione delle norme nazionali spettante ai rispettivi organi giurisdizionali, tutto sembra indicare che, in Italia, le funzioni contestate siano svolte dalla Corte dei conti e dall'Ufficio parlamentare di bilancio (45).

83. L'istituzione di enti di monitoraggio indipendenti è imposta dalla direttiva 2011/85 e dal regolamento n. 473/2013 solo in relazione al controllo dell'osservanza delle norme di bilancio dell'Unione.

84. Tuttavia, né queste norme dell'Unione né il regolamento n. 549/2013 impongono agli Stati membri l'obbligo di disporre di enti indipendenti per l'elaborazione dei dati statistici da trasmettere alla Commissione (Eurostat). Questo compito è svolto, come ho già spiegato, dagli istituti nazionali di statistica, la cui indipendenza non è richiesta da alcuna norma dell'Unione.

85. In sintesi, la direttiva 2011/85 e il regolamento n. 473/2013 lasciano agli Stati membri la facoltà di limitare l'intervento dei propri giudici contabili circa l'applicazione del SEC 2010 alle amministrazioni pubbliche e di affidare questo compito, in tutto o in parte, a un altro ente indipendente.

Sulla terza questione pregiudiziale

86. La Corte dei conti chiede se «il principio dello Stato di diritto, sub specie di effettività della tutela giurisdizionale e di equivalenza dei rimedi giurisdizionali», osta alla norma nazionale controversa.

87. Dalle informazioni contenute nel fascicolo, dalle osservazioni delle parti e dalle risposte ai quesiti posti in udienza, risulta che i tribunali amministrativi controllavano le decisioni dell'ISTAT relative alla ricognizione delle amministrazioni pubbliche in applicazione del SEC 95 (il predecessore del SEC 2010) fino a quando la legge n. 228/2012 (46) ha attribuito tale competenza alla Corte dei conti.

88. La legge n. 228/2012 ha aggiunto il comma 6 all'articolo 11 del CGC nei seguenti termini: «Le sezioni riunite [della Corte dei conti] in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi (...) in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT».

89. Una nuova norma (il decreto-legge n. 137/2020, confermato dalla legge n. 176 del 2020) ha inserito, alla fine di tale norma, la frase «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica».

90. La norma controversa, secondo il giudice del rinvio:

– «impedisce qualsiasi verifica giurisdizionale sull'esatta applicazione del SEC 2010 da parte dell'ISTAT ai fini della perimetrazione del settore S.13.»;

– espone il ricorrente ad un doppio onere di impugnazione giudiziaria, rendendo di fatto impossibile la tutela effettiva del suo diritto nel tempo utile richiesto e vanificando la certezza del diritto in ordine alla sussistenza dello status di pubblica amministrazione;

– il suo effetto (assumendo che la tesi sostenuta dall'ISTAT e dal Ministero dell'Economia sia corretta) è che «un giudice diverso da quello al quale la Costituzione italiana riserva la giurisdizione sul diritto del bilancio» si pronuncerà «sulla correttezza della perimetrazione di bilancio».

91. Al contrario, il governo italiano sostiene che la limitazione della giurisdizione della Corte dei conti a controllare le decisioni dell'ISTAT sulla ricognizione delle amministrazioni pubbliche comporta solo la sua attribuzione (spostamento) ai giudici amministrativi. Si torna quindi alla situazione precedente al 2012 e non mancherebbe una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dalle norme dell'Unione.

92. La Corte di giustizia non può intervenire nel dibattito sulla portata della modifica legislativa del 2020, il cui chiarimento spetta ai giudici italiani competenti. Tanto meno potrebbe entrare nella polemica sulla violazione o meno della Costituzione italiana. Tuttavia, essa può stabilire se una delle due interpretazioni viola il diritto dell'Unione.

93. L'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (47), tutelato dall'articolo 47 della Carta.
94. Naturalmente, questo articolo della Carta può essere applicato solo ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta. Nella presente causa, il diritto dell'Unione applicabile è costituito dal regolamento n. 549/2013, come ho già analizzato. Trattandosi di una situazione giuridica disciplinata, da un punto di vista sostanziale, dal diritto dell'Unione che le autorità italiane sono tenute ad applicare, trovano applicazione le disposizioni della Carta.
95. Orbene, né tale regolamento né alcuna altra norma dell'Unione precisano quali giudici nazionali dovrebbero, in particolare, fornire una tutela giurisdizionale effettiva. Le (libere) scelte di ogni Stato membro a questo proposito devono comunque rispettare i principi di equivalenza ed effettività (48).
96. In questo contesto, è necessario esaminare le due ipotesi contemplate dallo stesso giudice del rinvio.
97. Se la normativa nazionale avesse soltanto affidato a uno dei suoi organi giurisdizionali, in luogo di un altro, la competenza ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione, non avrebbe violato l'articolo 47 della Carta né l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE.
98. Infatti, quando uno Stato membro sceglie di affidare il controllo giurisdizionale delle decisioni di attuazione del SEC 2010 alla propria Corte dei conti o ai propri giudici amministrativi, esercita la propria autonomia procedurale in un ambito in cui il diritto dell'Unione non impone né vieta una soluzione o l'altra. Purché rispetti i principi di equivalenza e di effettività, questa scelta non viola il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.
99. Al contrario, se la modifica legislativa del 2020 dovesse comportare l'assoluta *scomparsa* del controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'ISTAT relative all'inclusione delle unità istituzionali nel settore S.13 del SEC 2010, si verificherebbe una lacuna nella tutela giurisdizionale effettiva in relazione all'applicazione del regolamento n. 549/2013. Queste unità istituzionali non potrebbero, in tale ipotesi, rivolgersi ad alcun giudice competente a sindacare l'operato dell'ISTAT nell'applicazione di tale regolamento.
100. Nel corso dell'udienza, la maggior parte delle parti e degli intervenienti ha sostenuto che la modifica legislativa si era limitata a modificare la forma di ricorso giurisdizionale di cui potevano avvalersi gli enti inclusi nell'elenco ISTAT 2020. A partire da tale ultimo anno, i giudici amministrativi sono competenti a pronunciarsi direttamente sulla validità delle decisioni dell'ISTAT che riguardano le unità istituzionali del settore S.13 (49).
101. Il giudice del rinvio resta comunque competente a pronunciarsi sulla ricognizione degli enti classificati dall'ISTAT, sebbene ai fini dell'applicazione delle norme nazionali sul contenimento della spesa pubblica. Il governo italiano sostiene che, nell'ambito di tale competenza, la Corte dei conti potrebbe, in via incidentale, pronunciarsi sulla validità delle decisioni dell'ISTAT, rendendole così inapplicabili al caso concreto (50).
102. Questa doppia possibilità di impugnazione è conforme ai principi di equivalenza ed effettività?
103. Il principio di equivalenza potrebbe essere pregiudicato se, in casi simili, il diritto processuale nazionale prevedesse esclusivamente rimedi diretti. Tuttavia, il governo italiano in udienza ha reso nota l'esistenza di analoghi ricorsi incidentali previsti dalla sua legislazione (ad esempio, in materia tributaria) (51). Il principio di equivalenza non sembra quindi essere intaccato.
104. Per quanto riguarda il principio di effettività, vorrei sottolineare che, secondo la Corte di giustizia,

– «(...) il diritto dell'Unione non obbliga, in linea di principio, gli Stati membri ad istituire, per salvaguardare i diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, mezzi di ricorso esperibili dinanzi ai giudici nazionali, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale (...)» (52);
– orbene, «la situazione è tuttavia diversa qualora dall'ordinamento giuridico nazionale in questione, considerato nel suo complesso, risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che

permetta, *anche solo in via incidentale*, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione o, ancora, se l'unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo è quello di commettere violazioni del diritto» (53).

105. Il giudice del rinvio critica la norma controversa in quanto imporrebbe un doppio onere di ricorso giurisdizionale (dinanzi ai giudici amministrativi e dinanzi alla Corte dei conti). La duplicazione potrebbe condurre a sentenze contraddittorie, con lesione del principio della certezza del diritto.

106. Come dichiarato dal governo italiano in udienza, gli enti inclusi nell'elenco ISTAT 2020 che intendono contestare la loro classificazione come pubbliche amministrazioni non sono tenuti a presentare un doppio ricorso. Essi hanno a disposizione il mezzo procedurale che preferiscono, a seconda dei loro interessi:

– davanti al giudice amministrativo possono chiedere e ottenere l'annullamento erga omnes della decisione dell'ISTAT;

– davanti alla Corte dei conti possono contestare le conseguenze (in termini di misure di contenimento della spesa pubblica) della loro classificazione come pubblica amministrazione nell'elenco ISTAT, ottenendo, se del caso, sia pure incidenter tantum, la non applicazione di tale classificazione.

107. Se la situazione così descritta corrisponde alla realtà (il che dovrà essere stabilito dal giudice del rinvio), non ritengo che essa privi di effettività il sistema di rimedi istituito dopo l'adozione della norma controversa. Le unità istituzionali interessate possono ottenere una tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito dell'ordinamento italiano, almeno in via incidentale, che appare compatibile con lo standard richiesto dal diritto dell'Unione, in quanto non è imposto loro di esperire in ogni caso un doppio ricorso giurisdizionale per soddisfare le loro domande.

108. È vero che il sistema così concepito non garantisce, in quanto tale, l'assenza di decisioni giudiziarie contrastanti, la cui coesistenza minerebbe la certezza del diritto. Spetta tuttavia al sistema processuale italiano prevedere, se non lo fa già, i meccanismi appropriati per risolvere eventuali conflitti tra giurisdizioni nazionali. La mera possibilità che tali conflitti possano sorgere non mi sembra tuttavia sufficiente per ritenere che questo sistema sia in contrasto con l'articolo 47 della Carta.

V. **Conclusione**

109. Alla luce di quanto precede, suggerisco alla Corte di giustizia di rispondere alla Corte dei conti (Italia) come segue:

«1) Il regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (SEC 2010) è obbligatorio e ha effetto diretto e può pertanto essere invocato da un'unità istituzionale (ente pubblico o privato) in relazione alla sua inclusione, da parte dell'Istituto nazionale di statistica, nel settore S.13 (amministrazioni pubbliche) del SEC 2010.

La direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, regola solo le relazioni fra le autorità nazionali di statistica e di programmazione di bilancio e le istituzioni dell'Unione e non contiene disposizioni applicabili ad altri tipi di enti pubblici o privati, e pertanto non ha effetto diretto per questi ultimi.

2) La direttiva 2011/85 e il regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro lasciano agli Stati membri la libertà di stabilire quali enti indipendenti debbano monitorare sull'effettiva osservanza delle regole di bilancio dell'Unione.

3) Una normativa nazionale che riduce a un rimedio incidentale il sindacato giurisdizionale del giudice contabile nazionale sull'elenco redatto da un istituto nazionale di statistica, il quale include le unità istituzionali classificate come amministrazioni pubbliche in applicazione del SEC 2010 e che attribuisce il controllo giurisdizionale diretto di tale decisione ai giudici amministrativi, non viola il diritto a un ricorso effettivo tutelato dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 La giurisprudenza della Corte di giustizia in questo settore è ancora scarsa e in una fase iniziale, e in essa viene in rilievo la sentenza dell'11 settembre 2019, FIG e FISE (C-612/17 e C-613/17, EU:C:2019:705); in prosieguo: la «sentenza FIG e FISE».

3 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (GU 2013, L 174, pag. 1).

4 Direttiva del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri (GU 2011, L 306, pag. 41).

5 In prosieguo: il «protocollo n. 12 sui disavanzi eccessivi».

6 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro (GU 2013, L 140, pag. 11).

7 Legge del 31 dicembre 2009, n. 196 – Legge di contabilità e finanza pubblica (GURI n. 303 del 31 dicembre 2009 – Suppl. Ordinario n. 245).

8 Legge del 24 dicembre 2012, n. 243 – Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione, (GURI n. 12 del 15 gennaio 2013).

9 Legge del 30 ottobre 2014, n. 161 – Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis (GURI n. 261 del 10 novembre 2014 – Suppl. Ordinario n. 83).

10 Decreto legislativo del 26 agosto 2016, n. 174 – Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (GURI n. 209 del 7 settembre 2016 – Suppl. Ordinario n. 41) (in prosieguo: il «CGC»).

11 Decreto-legge del 28 ottobre 2020, n. 137 – Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (GURI n. 269 del 28 ottobre 2020), convertito con modificazioni dalla legge del 18 dicembre 2020, n. 176 (GURI n. 319 del 24 dicembre 2020 – Suppl. Ordinario n. 43) (in prosieguo: il «decreto-legge n. 137/2020»).

12 Il corsivo è mio.

13 L'ISTAT elabora annualmente detto elenco ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge n. 196/2009, in applicazione del regolamento n. 549/2013.

14 La domanda non è stata accolta.

15 Il giudice del rinvio precisa che la stessa modifica era stata introdotta dall'articolo 5, comma 2, di un altro decreto-legge (del 23 novembre 2020, n. 154). Quest'ultimo articolo è stato abrogato

dalla legge n. 176/2020, di conversione del decreto-legge n. 137/20, che tuttavia ne ha inserito il contenuto all'articolo 23 quater del decreto legge n. 137/2020.

16 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro (GU 2011, L 306, pag. 1).

17 A suo avviso, atteso che entrambi i giudici (quello contabile e quello amministrativo) devono accertare la corretta applicazione del SEC 2010 nei confronti dello stesso ente, vi è il rischio di pronunce contraddittorie sulla stessa domanda e sulla corretta perimetrazione degli enti inclusi nel settore S.13, con il risultato di diminuire la vincolatività del diritto dell'Unione.

18 Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione (GU 2020, L 433 I, pag. 1).

19 Sentenze del 28 aprile 2022, SeGEC e a. (C-277/21, EU:C:2022:318), punto 21; e del 4 marzo 2020, Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157), punto 19 e giurisprudenza ivi citata.

20 Terza questione pregiudiziale, lettere b) e c).

21 Ordinanza del 4 ottobre 2021, Comune di Camerota (C-161/21, non pubblicata, EU:C:2021:833).

22 Ordinanze del 26 novembre 1999, RAI (C-440/98, EU:C:1999:590), punto 14; e ANAS (C-192/98, EU:C:1999:589), punto 23.

23 Le controversie di cui trattasi riguardavano allora l'iscrizione, per il 2017, di due enti (la Federazione Italiana Golf e la Federazione Italiana Sport Equestri) nell'elenco delle amministrazioni pubbliche incluse nel conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni, stabilito dall'ISTAT.

24 Paragrafi 30 e segg. delle presenti conclusioni.

25 Sentenze del 17 marzo 2022, Daimler (C-232/20, EU:C:2022:196), punto 44; e del 25 novembre 2021, job-medium (C-233/20, EU:C:2021:960), punto 17.

26 In sostanza, gli Stati membri non devono accumulare un disavanzo pubblico superiore al 3% del loro PIL, né un debito pubblico superiore al 60% del loro PIL (articolo 126 TFUE e protocollo n. 12 sui disavanzi eccessivi).

27 La norma generale dell'Unione in materia statistica è il regolamento (CE) n. 223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2009, relativo alle statistiche europee e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1101/2008 relativo alla trasmissione all'Istituto statistico delle Comunità europee di dati statistici protetti dal segreto, il regolamento (CE) n. 322/97 del Consiglio, relativo alle statistiche comunitarie, e la decisione n. 89/382/CEE, Euratom del Consiglio, che istituisce un comitato del programma statistico delle Comunità europee (GU 2009, L 87, pag. 164). Tale regolamento stabilisce che il sistema statistico europeo è il partenariato tra l'autorità statistica comunitaria, ovvero la Commissione (Eurostat), gli istituti nazionali di statistica e le altre autorità nazionali preposte in ciascuno Stato membro allo sviluppo, alla produzione e alla diffusione di statistiche europee.

28 Regolamento del Consiglio, del 25 maggio 2009, relativo all'applicazione del protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato al trattato che istituisce la Comunità europea (GU 2009, L 145, pag. 1).

29 Eurostat esercita, per conto della Commissione, il ruolo di autorità statistica ai sensi della decisione n. 97/281/CE della Commissione, del 21 aprile 1997, sul ruolo di Eurostat riguardo alla produzione di statistiche comunitarie (GU 1997, L 112, pag. 56). Eurostat è anche responsabile, per conto della Commissione, di valutare la qualità dei dati e di fornire quelli da utilizzare ai fini della procedura per i disavanzi eccessivi.

30 Sentenze FIG e FISE, punto 32; del 3 ottobre 2019, Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale (C-632/18, EU:C:2019:883), punto 32; e del 28 aprile 2022, SeGEC e a. (C-277/21, EU:C:2022:318), punto 23.

31 V. la relativa trascrizione al paragrafo 4 delle presenti conclusioni.

32 Osservazioni scritte della Commissione, punto 29.

33 V., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360), punti 36, 37 e 41; del 15 novembre 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), punto 53; e del 27 giugno 2018, SGI e Valériane (C-459/17 e C-460/17, EU:C:2018:501), punto 28.

34 In particolare, la metodologia di classificazione risulta dalla lettura combinata dei punti 1.35, 2.34, 2.130, 3.31, 20.05, 20.13 e 20.17 dell'allegato A del regolamento n. 549/2013. La nozione generale di «controllo» è definita in modo analogo ai punti 1.36, 20.15, 20.18, 20.306 e 20.309 dell'allegato A del medesimo regolamento.

35 Sentenza del 3 ottobre 2019 (C-632/18, EU:C:2019:883).

36 Sentenza del 28 aprile 2022 (C-277/21, EU:C:2022:318).

37 Sentenza FIG e FISE, punto 32: «[c]ome risulta dai considerando 1 e 3 nonché dall'allegato A, punti 1.01 e 1.19, del regolamento n. 549/2013, il SEC 2010 istituisce un quadro di riferimento destinato, ai fini sia *dei cittadini dell'Unione* sia dell'Unione stessa, all'elaborazione dei conti degli Stati membri» (il corsivo è mio).

38 Osservazioni scritte del governo italiano, paragrafi 13 e 14. Dette osservazioni sottolineano che l'entità iscritta nell'elenco ISTAT 2020 non può, ad esempio, concedere ai propri dipendenti determinati vantaggi previdenziali o sarà soggetta a restrizioni sull'acquisto e la vendita di determinati beni.

39 In alcuni Stati membri, le controversie tra amministrazioni o istituzioni pubbliche devono essere risolte, obbligatoriamente, attraverso canali diversi da quelli giurisdizionali.

40 La Commissione informa che ci sono Stati membri che hanno stabilito regole simili a quelle italiane, imponendo la classificazione del SEC 2010 nella fornitura di dati ai loro istituti di statistica, mentre altri utilizzano classificazione diverse.

41 V. paragrafi da 38 a 40 delle presenti conclusioni.

42 I quadri di bilancio includono, in particolare: i sistemi di contabilità di bilancio e segnalazione statistica; regole e procedure riguardanti la preparazione delle previsioni per la programmazione di bilancio; regole di bilancio numeriche specifiche per paese; le procedure di bilancio; i quadri di bilancio a medio termine; i dispositivi di monitoraggio e analisi indipendenti intesi a rafforzare la trasparenza degli elementi del processo di bilancio; e i meccanismi e le regole che disciplinano le relazioni in materia di bilancio tra le autorità pubbliche dei sottosettori dell'amministrazione pubblica.

43 «L'esistenza di pratiche complete e affidabili in materia di contabilità pubblica per tutti i settori dell'amministrazione pubblica è una condizione preliminare per la produzione di statistiche di elevata qualità che siano comparabili da uno Stato membro all'altro. Un controllo interno dovrebbe garantire che le norme in vigore siano applicate in tutto il sottosettore dell'amministrazione pubblica. Un audit indipendente eseguito da istituzioni pubbliche quali le Corti dei conti o da organismi privati di audit dovrebbe promuovere le migliori prassi internazionali».

44 «(...) alla luce dell'eterogeneità delle soluzioni esistenti e possibili in tal senso, pur non essendo la scelta migliore, è opportuno permettere la coesistenza di più organismi indipendenti incaricati di monitorare il rispetto di tali regole, a condizione che le responsabilità siano chiaramente ripartite e che non vi siano sovrapposizioni per quanto concerne la competenza relativa a specifici aspetti del controllo».

45 La legge 243/2012, al capo VII, disciplina le funzioni di questo organismo indipendente incaricato di analizzare e monitorare l'andamento delle finanze pubbliche e di valutare l'osservanza delle regole di bilancio.

46 Legge del 24 dicembre 2012, n. 228 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013), (GURI n. 302 del 29 dicembre 2012 – Suppl. Ordinario n. 212).

47 Sentenza del 26 marzo 2020, Miasto Łowicz e Prokurator Generalny (C-558/18 e C-563/18, EU:C:2020:234), punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

48 «(...) fatta salva l'esistenza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali (...), a condizione, tuttavia, che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione (principio di effettività)». Sentenze del 21 dicembre 2021, Randstad Italia (C-497/20, EU:C:2021:1037), punto 58; e del 10 marzo 2021, Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N. (C-949/19, EU:C:2021:186), punto 43.

49 Come rilevato in udienza, i giudici amministrativi hanno *riacquistato* la competenza generale conferita loro, a meno che non si applichi una norma speciale, dall'articolo 7 del Codice del processo amministrativo, decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 (GURI del 7 luglio 2010, n. 156 – Suppl. Ordinario n. 148) (Codice del processo amministrativo). Tale potere di annullamento è stato detenuto dalla Corte dei conti tra il 2012 e il 2020, come ho già indicato.

50 Si tratterebbe di un incidente processuale simile all'eccezione di illegittimità ai sensi dell'articolo 277 TFUE.

51 V. articolo 7, comma 5, del d.lgs. del 31 dicembre 1992, n. 546 – Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al governo contenuta nell'art. 30 della legge del 30 dicembre 1991, n. 413 (GURI n. 9 del 13 gennaio 1993 – Suppl. Ordinario n. 8).

52 Sentenze del 14 maggio 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367), punto 143; del 21 dicembre 2021, Randstad Italia (C-497/20, EU:C:2021:1037), punto 62; e del 7 luglio 2022, Hoffmann-La Roche e a. (C-261/21, EU:C:2022:534), punto 47.

53 Ibidem (il corsivo è mio).

Storia della dottrina

ALLE ORIGINI DEL DIBATTITO SUI PRINCIPI COSTITUZIONALI COME NORME GIURIDICHE. IL CONTRIBUTO DI PIERO CALAMANDREI

di Simone Pajno

professore di Diritto Costituzionale Università di Sassari

1. – La Rivista ripubblica in questo numero uno scritto di Piero Calamandrei intitolato *Chiarezza nella Costituzione*. Si tratta del testo di un discorso che il giurista e avvocato fiorentino pronunciò in Assemblea Costituente il 4 marzo 1947 a commento del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei Settantacinque[1], e successivamente oggetto di autonoma pubblicazione con tale titolo[2]. Il contributo riveste ancora oggi un grande interesse, perché sollecita la riflessione su temi che, nonostante la loro essenziale dimensione teorica, permangono comunque di stretta e attualità, con non pochi riflessi nella vita quotidiana del diritto costituzionale. Nelle pagine di cui qui si discorre il Maestro fiorentino propone alcune penetranti critiche a quelle disposizioni del Progetto di Costituzione – poi confluite, con poche modificazioni e secondo una diversa numerazione, nel testo costituzionale ancor oggi vigente – che incorporano quelli che oggi siamo soliti chiamare *principi*, ossia norme che individuano un fine da raggiungere, uno "stato di cose"[3] giuridicamente meritevole di essere realizzato, e prescrivono l'adozione di tutte quelle condotte e di quei comportamenti di volta in volta necessari a raggiungere tale obiettivo. Norme che ormai siamo usi a distinguere dalle *regole*, caratterizzate invece dalla struttura condizionale se-allora, in grado di individuare direttamente il comportamento prescritto nelle singole fattispecie, e che rimangono però "opache" rispetto al valore in ragione del quale le stesse sono state poste. Il celebre processualcivilista dirige la propria attenzione soprattutto su quelle norme a carattere sociale ed economico, che puntano a garantire agli individui quelli che allora già da un po' si solevano chiamare, anche sulla scorta dell'esperienza weimariana, *diritti sociali*.

Nelle parole di Calamandrei in Assemblea Costituente, e nel dibattito che suscitarono, sono in effetti già presenti tutti i principali temi che troveremo anni dopo nei discorsi sui principi costituzionali e sulla loro applicazione, messi a fuoco con una lucidità che altri non ebbero in quella circostanza, e in un modo tale che ha molto da dire anche allo studioso e all'operatore del diritto dei nostri giorni.

È peraltro bene notare come il dibattito scientifico italiano di quegli anni avesse già ritenuto di poter individuare alcune specificità delle norme costituzionali, che impedivano alle stesse di esser trattate e applicate come le "comuni" norme giuridiche. Già Lugi Rossi nel 1939 – sviluppando peraltro alcune precedenti osservazioni di Santi Romano[4] – discorreva di naturale "elasticità" delle costituzioni[5], non facendo differenza al riguardo tra costituzioni rigide e flessibili[6]: distinzione peraltro non così chiara e netta come potrebbe apparire a prima vista e come vorrebbe una certa vulgata che la lega semplicemente alle modalità della relativa

---

[1] *Assemblea Costituente. Atti. Discussioni*, Roma, Tipografia della Camera di deputati, 1947, vol. III, 1743 ss.

[2] …da ultimo, è reperibile in P. Calamandrei, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Firenze, La Nuova Italia, 1996, 79 ss.

[3] H. Ávila, *Teoria dei principi*, Torino, Giappichelli, 2014, 53.

[4] S. Romano, *Le prime carte costituzionali. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella Regia Università di Modena letto il 3 novembre 1906*, estratto dell'Annuario della Regia Università di Modena – Anno scolastico 1906-1907, Modena, Società tipografica modenese, 20-21.

[5] Cfr. L. Rossi, *L'«elasticità» dello Statuto italiano* (1939), reperibile anche in Id., *Scritti vari di diritto pubblico. VI*, Milano, Giuffrè, 1941, 1 ss. Qui si farà riferimento a questa seconda pubblicazione. In tema si veda, di recente, l'approfondito studio di L. Patruno, *L'elasticità della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2012, part. 27 ss.

[6] … distinzione sulla quale il riferimento classico è, come è noto, J. Brice, *Costituzioni flessibili e rigide*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1988.

revisione[7], e dallo stesso Rossi del resto reinterpretata e ritenuta per certi versi recessiva di fronte alla considerazione della *elasticità* delle norme costituzionali[8].

Ma cosa si deve intendere con "elasticità"? Per il giurista veronese si trattava di una caratteristica delle disposizioni costituzionali che dipendeva – oltre che dall'aspetto "quantitativo" della limitazione degli oggetti dalle medesime regolati «alle materie più essenziali» – dalla loro «indeterminatezza», tale da rendere possibile l'«emanarsi» di «susseguenti atti legislativi nelle stesse materie senza che questi intacchino la Carta costituzionale»[9], in virtù di diverse interpretazioni che delle medesime disposizioni era possibile offrire nel corso del tempo. La ragione di questa variabilità interpretativa era individuata da Rossi nell'ineliminabile contatto con la dimensione politica che caratterizzava le previsioni costituzionali: dimensione che si rifletteva su queste ultime orientandone l'interpretazione al mutare della sensibilità politica[10]. È peraltro opportuno notare che tali considerazioni venivano proposte anche per norme che oggi non esiteremmo a qualificare "regole". Calamandrei invece – lo vedremo tra un attimo – non solo non ha dubbi sulla piena giuridicità delle *regole* costituzionali, ma ritiene senz'altro di poterle assimilare alle comuni regole legislative. Tutte le sue perplessità sono riservati invece a quelle previsioni che individuano *fini* e *obiettivi* dell'azione dei pubblici poteri: soprattutto, come si è visto, in materia sociale ed economica. Di quelle previsioni ravvisa infatti una irriducibile diversità rispetto alle norme di diritto così come fino a quel momento conosciute, che gli impedisce di poterle considerare pienamente giuridiche, tanto da non meritare, a suo avviso, di essere incluse nel testo costituzionale vero e proprio.

Non si deve tuttavia pensare che le perplessità di Calamandrei nei confronti di tali previsioni dipendessero dal fatto che fosse tiepido, per così dire, nei confronti delle esigenze sottostanti sul piano politico. Tutt'altro. Per rendersene conto è sufficiente scorrere alcuni suoi contributi pubblicati prima dell'ingresso in Assemblea Costituente, come *Costituente e questione sociale*[11], e soprattutto *L'avvenire dei diritti di libertà*, scritto introduttivo della ripubblicazione del libro *Diritti di libertà* di Francesco Ruffini, già edito da Piero Gobetti nel 1926[12].

In quest'ultimo scritto, ad esempio, Calamandrei è esplicito nell'evidenziare come la nuova situazione costituzionale richiedesse di andar oltre le «libertà borghesi» ormai cadute in «discredito» in quanto idonee a tutelare solamente il mantenimento delle posizioni acquisite, e invece «insufficienti a garantire la partecipazione di tutti i cittadini alla vita della comunità»[13] e a offrire reali *chance* di riscatto alle classi subalterne. Per Calamandrei, a tali fini era invece necessario che le costituzioni contemplassero anche i diritti sociali, per garantire a tutti quella che non esita a chiamare – roosveltianamente, se così si può dire – la *libertà dal bisogno*[14]. Sul valore giuridico di queste enunciazioni, nel 1946 Calamandrei rimane in effetti ancora piuttosto vago: le ritiene destinate a segnare «una tendenza e un impegno» per i formidabili obiettivi posti allo

[7] Il tema, come è noto, in Italia è stato indagato soprattutto da Alessandro Pace, del quale si vedano A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Padova, Cedam, 1996; Id., *Presentazione* a J. Brice, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit. Con particolare riguardo allo Statuto albertino, ma con considerazioni estensibili a tutte le costituzioni "flessibili" del XIX secolo, si veda anche R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 91 ss.
[8] L. Rossi, *L'«elasticità» dello Statuto italiano*, 14-16.
[9] L. Rossi, *L'«elasticità» dello Statuto italiano*, 2.
[10] L. Rossi, *L'«elasticità» dello Statuto italiano*, 2.
[11] …ne *Il Ponte*, I, 1945, 368 ss. Alcuni passi sono reperibili in P. Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1980, 15 ss.
[12] …adesso reperibile in P. Calamandrei, *Costituzione e leggi di Antigone*, cit., 21 ss.
[13] P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, cit., 32.
[14] Così P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, cit., 39.

Stato, in modo tale che, «quando fosse in funzione un controllo sulla costituzionalità delle leggi», possano valere come «orientamento pratico per la legislazione futura»[15]. Oltre, però, non si spinge.

2. – In Assemblea Costituente il celebre processualcivilista ha invece modo di mettere a fuoco in maniera più approfondita gli aspetti tecnico-giuridici di simili previsioni, manifestando da subito robuste perplessità in merito, e divenendo «meno malleabile», come dirà poi Paolo Barile[16].

Sul punto è significativo, ad esempio, l'intervento in Commissione dei settantacinque nella seduta del 25 ottobre 1946[17], nel quale il Maestro fiorentino lamenta il carattere eccessivamente generico dei "programmi" economico-sociali, la irriducibile differenza delle disposizioni che li incorporano rispetto alle «norme precise di condotta», e la impossibilità di trarre "veri diritti" da tali previsioni, non essendo specificamente individuati dalle medesime i soggetti obbligati alle relative prestazioni. Da ciò la drastica conclusione – consegnata da Calamandrei anche a un ordine del giorno presentato nella seduta del 28 novembre 1946 – secondo la quale le enunciazioni linguistiche che prevedono i diritti sociali non sarebbero in realtà vere norme giuridiche, ma solo desideri e programmi, e in quanto tali andrebbero consegnati a un preambolo, piuttosto che inseriti nel testo della Costituzione.

Certo, in Assemblea costituente non mancarono repliche acute, quale quella di Togliatti, il quale osservò come la «forma che non corrisponda a quella di vecchi articoli dei codici civili» non poteva ostare al riconoscimento della giuridicità delle previsioni costituzionali, individuabile nella imposizione di una direttiva e di un vincolo negativo al legislatore, un vincolo «a non tornare indietro»[18]; o quella di Mortati, che evidenziò come i «principi» fossero anch'essi «normativi», perché in grado di vincolare l'applicazione della legge, nelle operazioni interpretative ed in quelle di «completamento delle lacune», nonché capaci di fondare l'invalidità delle leggi con i medesimi contrastanti[19]. L'interlocuzione fu senza dubbio di altissimo livello, animata dall'intento di perseguire, al meglio possibile – e sia pure da visioni politiche divergenti – l'interesse generale, e colpisce a rileggerla oggi, in un'epoca in cui troppo spesso si ha la sensazione che il dibattito politico assuma carattere pregiudizialmente contrappositivo al di là di un autentico confronto sui contenuti.

Ad ogni modo, Calamandrei si fece convincere da tali interlocutori, e dagli altri che intervenirono nel dibattito, a ritirare l'ordine del giorno con cui chiedeva la collocazione delle norme programmatiche e di principio in un preambolo, anche se non rinunciò a ribadire con forza i propri convincimenti, che anzi ebbe modo di affinare vieppiù proprio con le pagine che in questa sede si ripropongono.

3. – È questo, dunque, il contesto in cui viene pronunciato il discorso sulla *Chiarezza della Costituzione*, nel quale il Maestro fiorentino, oltre a considerazioni su temi vari, quali ad esempio le relazioni tra Stato e Chiesa, l'autogoverno della magistratura, la forma di governo e il ruolo dei partiti, rielabora e sistematizza i rilievi sin lì proposti nei confronti delle formulazioni costituzionali a carattere programmatico. Rinviando alla lettura del testo, del quale non si può non apprezzare anche l'efficacia retorica e l'ironia sottile e leggera, è qui sufficiente osservare come le critiche di Calamandrei possano essere in definitiva raccolte attorno due diversi nodi problematici, connessi tra loro ma dotati in effetti di una propria autonomia logica.

Il primo è quello che già era stato illustrato nei lavori precedenti, e sul quale ci si è soffermati più sopra: le disposizioni "programmatiche" non sarebbero "vere" norme giuridiche, poiché non sono comandi assistiti da sanzione. Non hanno dunque la struttura logico-giuridica della norma giuridica così come ricostruita da

[15] P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, cit., 43. In tema cfr. P. Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, cit. 19 ss.
[16] P. Barile, *La nascita della Costituzione*, cit., 27.
[17] …riportato da P. Barile, *La nascita della Costituzione*, cit., 26-27.
[18] Cfr. i brani riportati in P. Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, cit., 28-29.
[19] Si veda ancora P. Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, cit., 34.

giuspositivismo classico di matrice austiniana, né – del resto – sono inquadrabili nella sua rilettura di matrice kelseniana, non essendo in alcun modo riformulabili nella veste di precetti condizionali. A questo rilievo, come si è visto, vengono mosse numerose repliche, tra le quali le più autorevoli sono quelle di Togliatti e Mortati, secondo i quali le norme programmatiche rappresentano *indirizzi* per il legislatore, da svolgersi ad opera delle future generazioni. Qui – come ricorda lo stesso Calamandrei in *Chiarezza della Costituzione* – Togliatti evoca Dante, affermando che i costituenti avrebbero dovuto fare «*come quei che va di notte – che porta il lume dietro e a sé non giova –, ma dopo sé fa le persone dotte*»: volendo in tal modo alludere «ai posteri, ai nipoti», cui sarà affidato il compito di interpretare i principi costituzionali e tramutarli in leggi[20].

Nelle pagine che oggi si ripropongono all'attenzione del lettore, Calamandrei solleva però un secondo, cruciale, ordine di problemi, che in effetti non troverà adeguata risposta in quel dibattito se non questo rinvio di Togliatti alle generazioni future: il tema della diversità, ed anzi della divaricazione dei fini impressi dalle previsioni in parola allo sviluppo dell'ordinamento. Dunque, il tema del pluralismo dei principi e della impossibilità di ricondurli ad un *indirizzo politico* unitario e strutturato. Il Maestro fiorentino lo nota con tono lieve, e vagamente ironico, replicando alla osservazione "dantesca" del segretario del PCI come in «lumi» contraddittori come quelli che si stavano consegnando alle disposizioni costituzionali difficilmente «i posteri» avrebbero potuto «trovare un sicuro orientamento». E approfondisce il punto mettendo in scena un dialogo dal sapore quasi leopardiano tra un liberale e un progressista, che discutono sull'orientamento di quella che oggi si suole chiamate "costituzione economica": se cioè essa abbia tendenza conservatrice o progressista, individualista o socialista. Ebbene, il liberale e il progressista metteranno su un serrato confronto, ma senza riuscire ad addivenire a una soluzione condivisa, poiché ciascuno troverà solidi argomenti per sostenere che le disposizioni costituzionali accolgono il proprio punto di vista: queste disposizioni, chiosa infatti Calamandrei «figurano di andar d'accordo, ma (…) in realtà si elidono», e sarebbe stato addirittura meglio non scriverle.

Il problema, come si vede, è posto: ammesso che le norme programmatiche siano in grado di fornire indirizzi, e che questi indirizzi abbiano un proprio rilievo giuridico, come fare dinanzi a indirizzi non solo difformi, ma anzi radicalmente contrastanti? Se la Costituzione deve essere una norma giuridica, sarà mai possibile interpretare e applicare, con metodo giuridico, previsioni siffatte, che spingono in direzioni opposte? Al riguardo Paolo Barile è forse un po' troppo severo col Maestro, ritenendo che le sue critiche alle disposizioni programmatiche fossero originate da una visione giuridica «limitata» dalla provenienza dalla scuola chiovendiana[21]: ma in effetti un po' di anni prima critiche analoghe – seppur con toni ben più corrosivi – erano state proposte da Carl Schmitt nei confronti della Costituzione di Weimar, ritenuta dal giurista di Plettenberg portatrice di compromessi *fittizi* e *dilatori* proprio in ragione della compresenza di disposizioni programmatiche orientate da un lato verso gli ideali a sfondo sociale che, come si sa, per la prima volta in quella sede vengono accolti in disposizioni costituzionali, a fianco di norme ancora saldamente ancorate alla prospettiva liberale e borghese[22]. E del resto lo stesso Kelsen, nella nota polemica con Schmitt sul custode della Costituzione, aveva ritenuto problematico l'inserimento in Costituzione di previsioni a carattere vago e ambiguo, dotate di una indefettibile connotazione morale e tali da rendere necessario, per la loro attuazione e interpretazione, attingere alla dimensione politica[23]. In sintesi, Kelsen e Schmitt – divisi più o meno su tutto, e certo quest'ultimo non sospettabile di un atteggiamento eccessivamente formalista – concordavano però sulla difficoltà di trattare giuridicamente disposizioni a carattere programmatico e di principio, prive della struttura condizionale se-allora, e non di rado fortemente divergenti sul piano degli obiettivi di politici e morali cui le stesse tendevano[24].

[20] Questa l'interpretazione del pensiero di Togliatti che Calamandrei fornisce proprio in *Chiarezza nella Costituzione*.
[21] P. Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, cit., 28.
[22] C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. Milano, Giuffré, 48 ss.
[23] H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1981, 247 ss.
[24] Su questi temi si vedano O. Chessa, in *I giudici del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2014; M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, 29-30; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 150-151.

4. – I problemi posti da Calamandrei in Assemblea Costituente erano dunque tutt'altro che superficiali, e non dipendevano certo dalla sua "ascendenza chiovendiana", come voleva Barile. E bisogna riconoscere che, sullo stretto piano della teoria giuridica, in quella sede non perverranno risposte convincenti. Sul modo di interpretare e applicare i principi costituzionali come norme giuridiche e non come programmi politici – senza, cioè, limitarsi a rinviare alla discrezionalità politica – non verranno fornite infatti indicazioni non dico risolutive, ma almeno realmente produttive. Come è noto, la soluzione che i Padri costituenti misero a punto per questo nodo problematico è infatti, per così dire, di carattere istituzionale piuttosto che teorico. Essi affidarono il controllo di costituzionalità delle leggi sì a un giudice, ma a un giudice *sui generis*. Un giudice dotato, in ragione della sua peculiare conformazione, di una natura «ibrida», divisa tra un'anima giurisdizionale ed un'anima politica[25], dalla quale discenderebbe quell'esigenza di "legittimazione politica" magistralmente messa a fuoco da Carlo Mezzanotte nel 1984[26]. Natura ibrida che, anche di recente, è stata peraltro esplicitamente rivendicata[27], ma parimenti criticata[28]. E la critica è fondata proprio sull'assenza di legittimazione democratica delle giurisdizioni costituzionali e della loro sovrapposizione, nella concretizzazione delle generiche previsioni dei principi, ai circuiti rappresentativi ed alle assemblee elettive, ossia (se si vuole) ai "posteri" cui si riferiva Togliatti.

È noto, ad ogni modo, che nelle vicende costituzionali italiane concernenti i temi accennati saranno di cruciale importanza la elaborazione di Vezio Crisafulli[29] e l'approccio inaugurato dalla Corte costituzionale con la sua sentenza n. 1 del 1956. La prima approfondisce in modo pionieristico, per l'epoca, il tema delle poliedriche virtù normative delle disposizioni di principio, evidenziandone la vincolatività nei confronti dell'attività legislativa, dell'attività di indirizzo politico e di quella amministrativa, nonché nei confronti della stessa attività giurisdizionale, in relazione a tutti quei casi in cui il giudice trovi spazi di discrezionalità nel cui

---

[25] Di "ibridazione" discorre ad esempio E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, il Mulino, 1996, 30.
Non è possibile qui ripercorrere le tappe del percorso di riflessione sulle "due anime" della Corte costituzionale, che si snoda nell'esperienza repubblicana sin dall'inizio, ben prima che quest'ultima cominciasse ad operare, risalendo anzi ad alcune posizioni manifestate in Assemblea costituente proprio in connessione con il tema della "politicità" dei principi costituzionali "programmatici" su cui nel testo ci si è soffermati (cfr. al riguardo C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, 1979, 180 ss.). In tema si rinvia, per tutti, a R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id. (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss., nel quale sono peraltro accuratamente "censiti" i diversi modi nei quali la distinzione tra le due "anime" viene tematizzata (cfr. part. 6 ss.).

[26] Il riferimento è ovviamente al notissimo *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984. Nella elaborazione di Carlo Mezzanotte l'esigenza di legittimazione politica discende dalla circostanza secondo la quale il Giudice costituzionale si trova a offrire una prestazione di unità in base al valore, inevitabilmente caratterizzata da astrattezza e non priva di venature puramente simboliche, che però – proprio in ragione dei compiti istituzionali della Corte – non può limitarsi a questa sola dimensione. La Corte non può infatti offrire una prestazione "meramente trascendente", dovendo viceversa tale prestazione «orientarsi verso la realtà» ed assumere una dimensione di concretezza, senza però cadere nel rischio che il singolo intervento tradisca una «scelta definitiva tra aspettative diverse che godono tutte di eguale legittimazione formale». Tale attività, tuttavia, secondo Mezzanotte rifugge da qualunque automatismo, e si connota come inevitabilmente *politica* – anche se in senso necessariamente diverso rispetto a Parlamento e Governo – e necessita di una valutazione orientata al *risultato*, nella quale assume particolare importanza la congruenza rispetto al fatto, in relazione alla quale il Giudice costituzionale gioca – in una misura non indifferente, e secondo Mezzanotte probabilmente destinato a crescere nel tempo – la partita della propria legittimazione (C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 131 ss.).

[27] Cfr. ad es. G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020; A. Spadaro, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in R. Romboli, (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cit., 117 ss., part. 121.

[28] Cfr., ad es., A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 250 ss.

[29] Cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, adesso in Id., Prima e dopo la Costituzione, Napoli, Esi, 123 ss., part. 192 ss.; Id, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, cit., 60 ss.

ambito valutare «interessi in conflitto»[30]. La seconda, invece, vale a superare definitivamente la tesi della non immediata precettività delle c.d. "norme programmatiche", maturata come è noto nella giurisprudenza comune nel periodo immediatamente successivo alla entrata in vigore della Costituzione. E del resto proprio nel 1956 lo stesso Calamandrei invocherà la poliedrica forza normativa dei principi nel celebre discorso *In difesa di Danilo Dolci*, per sostenere una interpretazione costituzionalmente orientata – diremmo oggi – delle norme del codice penale e del testo unico di pubblica sicurezza e invocare così l'assoluzione del suo assistito, e proprio con specifico riferimento a quel "diritto al lavoro" oggetto invece di vaga irrisione nei discorsi alla Costituente[31].

La svolta nel modo di formalizzare il *quid novum* presente nei princìpi costituzionali proverrà tuttavia, come è risaputo, soprattutto da tutt'altro ambito culturale rispetto a quello cui sin qui si è fatto riferimento. È noto infatti il debito che la riflessione e la pratica costituzionalistica contemporanea hanno, al riguardo, nei confronti di Ronald Dworkin, il quale – per vero senza riferirsi in particolare alla dimensione costituzionale – negli anni sessanta del Novecento ha abbozzato quella distinzione tra *rules* e *principles* nella quale per grandi linee ci si ritrova ampiamente ancora oggi[32], e alla quale si è fatto più sopra riferimento: distinzione che comporta anche la necessità di prender consapevolezza delle differenti tecniche di applicazione delle prime e dei secondi. In particolare, come è noto, per l'applicazione dei principi Dworkin rinvia alle operazioni di bilanciamento, tacendo però sulla tecnica per procedere alle stesse, anche se risulta evidente un rinvio all'opinabilità dei loro esiti, su cui «uomini ragionevoli possono discordare»[33]. Negli anni successivi non sono certo mancati importanti sforzi teorici vòlti a razionalizzare le operazioni di ponderazione. Ed è noto che il contributo di maggior rilievo in tal senso si deve alla imponente riflessione di Alexy, che al riguardo recupera e rielabora l'esperienza dell'ordinamento tedesco concernente il principio di proporzionalità, la cui applicazione transita attraverso lo svolgimento dei tre noti *test* di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto[34].

Il poderoso sforzo ricostruttivo di Alexy – che qui non è possibile illustrare neanche per cenni – persegue dunque l'obiettivo di chiarire la struttura del processo di ponderazione, individuando le sue scansioni procedurali e l'organizzazione logica dei giudizi sui quali è basato. Com'è stato notato, tuttavia, i risultati di tale sforzo non sono in grado di garantire l'assenza, in alcuni snodi essenziali del procedimento di bilanciamento, di importanti giudizi di moralità politica dal cui orientamento dipende la soluzione giurisdizionale prescelta[35]. E sul punto si deve inoltre evidenziare come i margini di "opinabilità valutativa" delle operazioni di bilanciamento tra princìpi siano, peraltro, fortemente amplificati dalla circostanza del profondo disaccordo sulla portata degli stessi[36]. Le diverse concezioni dei princìpi che possono essere legittimamente sviluppate nel contesto costituzionale non solo orientano l'individuazione della soluzione del caso in occasione dei nodi problematici sopra segnalati, ma – a monte – guidano la stessa configurazione della

---

[30] V. Crisafulli, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, cit., 85.

[31] P. Calamandrei, *In difesa di Danilo Dolci*, in Id., *Costituzione e leggi di Antigone*, cit., 53 ss. Al riguardo si veda anche D. Dolci, *Processo all'art. 4*, Palermo, Sellerio, 2011.

[32] R. Dworkin, *Il modello delle regole (I)* [1967], in R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 79 ss. Sul contributo del giurista e filosofo di Worcester la letteratura è ormai sterminata. Tra i primi che nella letteratura italiana si occuparono del tema, si vedano S. Bartole, *In margine a "Taking Rights Seriously" di Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1980, 185 ss.; A. Pintore, *Norme e principi*, Milano, Giuffré, 1982.

[33] R. Dworkin, *Il modello delle regole*, cit. 109.

[34] Cfr. ad es. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 2012, 102 ss.; Id., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 27 ss.; Id., *Ragionevolezza nel diritto costituzionale*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 151 ss.

[35] Cfr. ad es. G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3953 ss., part. 3959 ss.; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010, 236 ss.; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, 208 ss.

[36] Il tema è stato di recente teorizzato con efficacia da V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi*, Torino, Giappichelli, 2017.

«topografia del conflitto»[37] tra i princìpi in gioco, potendo portare anche a negare o a configurare in un certo modo un conflitto che per chi adotta concezioni diverse è ben evidente o, comunque, ha caratteristiche significativamente differenti. Quei forti margini di discrezionalità valutativa che già Dworkin evidenziava nel suo pioneristico contributo appaiono forse ridotti, ma non certo eliminati: da qui la persistente attualità della domanda su come sia possibile per un giudice (e sia pure per il Giudice costituzionale) decidere i casi concreti senza sovrapporsi al legislatore, e in assenza della legittimazione democratica di cui quest'ultimo gode.

In sintesi, da *Chiarezza nella Costituzione* molta acqua è passata sotto i ponti, ma sono ancora parecchi i temi ivi sollevati e ancora oggi attuali: non solo la differenza strutturale tra regole e principi, la connotazione essenzialmente finalistica di questi ultimi, e la individuazione della loro sfaccettata portata normativa, volta ad esplicarsi tramite molteplici vie. Ma ancora, e soprattutto, il ruolo dei giudizi di moralità politica nella interpretazione e attuazione dei principi costituzionali, e dunque il rapporto dialettico della giurisdizione costituzionale con le assemblee elettive, e più in generale con le generazioni successive chiamate a concretizzare i "programmi" delle norme costituzionali. Nodo, quest'ultimo, che echeggia nel richiamo a Dante di Togliatti menzionato più sopra, e che oggi è, ad esempio, nel cuore della riflessione sul *living originalism* di un autore quale Jack M. Balkin[38]. La sede per affrontare questi temi, ovviamente, non è questa. E ora non si può far altro che rinviare alla lettura di Piero Calamandrei.

[37] R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffré, 1992, 62.
[38] J. M. Balkin, *Living originalism*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Pietro Calamandrei
CHIAREZZA NELLA COSTITUZIONE
Dal verbale della Seduta dell'Assemblea Costituente del 4 marzo 1947
Presidente Terracini

Presidente. È iscritto a parlare l'onorevole Calamandrei. Ne ha facoltà.
Calamandrei. Onorevoli colleghi, parlare in quest'aula con quei banchi vuoti dà un senso di disagio. Non c'è il Governo; non si può dir male del Governo...
Una voce. È quello che manca.
Calamandrei. Pare quindi che ci manchino i temi di conversazione...
Ma, d'altra parte, questo dà anche un certo senso di serenità, e direi quasi di raccoglimento familiare.
D'ora in avanti le invettive, le polemiche, le contumelie saranno riservate alle sedute antimeridiane. Nelle sedute pomeridiane potremo parlare tranquillamente, in una atmosfera in cui non si tratterà di criticare un progetto presentato dal Governo e di votargli contro per arrivare a farlo respingere; ma saremo, invece, qui a fare una specie di esame di coscienza, poiché, in sostanza questo progetto di costituzione, sul quale siamo chiamati a discutere, esce da noi, è creato da noi, non dal Governo. Le critiche che noi rivolgeremo ad esso saranno critiche rivolto a noi stessi; dovranno dunque essere, critiche costruttive. È una specie di esame di maturità, che la democrazia deve dare attraverso questa Costituzione. Dobbiamo tutti quanti industriarci a far sì che questo esame, se non con pieni voti e lode, sia almeno approvato con pieni voti legali. Ora, onorevoli colleghi, se noi leggiamo questo progetto con quest'animo di critica positiva, di critica costruttiva, di critica accompagnata sempre dalla proposta che tende a suggerire il meglio, dobbiamo, alla prima lettura riconoscere che esso non è un esempio di bello scrivere: manca di stile omogeneo, direi quasi che manca di qualsiasi stile.
Voi ricorderete certamente che nel 1801 Ugo Foscolo, il capitano Ugo Foscolo, fu incaricato dal Ministero della guerra della Repubblica Cisalpina di preparare un progetto di Codice penale militare; e di questo progetto egli fece la relazione introduttiva col titolo di «Idee generali del lavoro», nella quale egli si proponeva, testualmente, di compilare tutta l'opera «in uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all'interpretazione delle parole, osservando che assai giureconsulti grandi anni e assai tomi spesero per commentare leggi confusamente scritte. Si baderà ancora a una religiosa esattezza della lingua italiana»
Ecco: questo progetto di Costituzione si sente che non è stato scritto da Ugo Foscolo...
Ma questa è una questione di secondaria importanza.
Si troverà sempre qui e fuori di qui — e probabilmente il nostro Presidente Ruini ci avrà già pensato — chi riesca a dare una forma più «pulita e finita a questo progetto ancora grezzo. Noi abbiamo già nei lavori preparatori della Costituzione esempi di equilibrio e di armonia stilistica. Basti ricordare la bella, equilibrata, armoniosa relazione scritta dal nostro Presidente Ruini; e non bisogna dimenticare — proprio è doveroso in questa prima seduta di discussioni sulla Costituzione — non bisogna dimenticare anche, tra i precedenti di questo progetto, i vari volumi, e specialmente il primo, dei lavori della Commissione di studio costituita dal Ministero della Costituente, che sono veramente un esempio di chiarezza e di compitezza, il cui merito risale principalmente a quel grande giurista, a quel grande maestro di diritto pubblico, a cui mando un saluto in questo momento, che è il professor Ugo Forti, Presidente di quella Commissione. Ma, vedete, questa mancanza di stile, questa eterogeneità di favelle che si ravvisa in molte disposizioni di questo progetto, non è soltanto una questione di forma: è anche una questione di sostanza. Deriva dal modo con cui questo progetto è nato; questo progetto, come voi sapete, non è nato di getto, tutto insieme; non è stato concepito in maniera armonica, unitaria. Il lavoro di questo progetto si è dovuto svolgere necessariamente nell'interno di diverse Sottocommissioni e delle sezioni di esse, e di più ristretti Comitati; in tante piccole officine, in tanti piccoli laboratori, ciascuno dei quali ha preparato uno o più pezzi di questo progetto.
Questi vari pezzi sono stati portati poi al Comitato di coordinamento e lì la macchina è stata rimontata nel suo insieme, soprattutto per le intelligenti cure del Presidente Ruini; e solamente oggi qui per la

prima volta la possiamo vedere messa in ordine e valutarla nella sua interezza e coglierne certe disarmonie ed accorgerci che i vari pezzi non hanno tutti lo stesso stile. Ci sono in questi ingranaggi ruote di legno e ruote di ferro, pezzi di veicoli ottocenteschi e congegni di motore da aeroplano. C'è confusione di stili e di tempi: e sta a noi qui, in questa discussione introduttiva e in quelle che continueranno sulle varie parti del progetto, di ridare a questo meccanismo, correggendone i difetti, le contraddizioni e le disformità, quell'armonia che oggi esso sembra non presentare in maniera uniforme.

Le osservazioni che io farò avranno tutte quante carattere generale. Esse cercheranno appunto di contribuire a tale riesame complessivo del meccanismo costituzionale, che oggi si presenta tutto insieme. E se mi avverrà, in questa disamina dei suoi caratteri generali e del metodo con cui esso è stato concepito, di citare qualche articolo, e di ricordare qualche questione concreta, sui quali poi si dovrà tornare nella discussione speciale, ciò avverrà soltanto a scopo di esempio, per illustrare certi caratteri generali del progetto, dei quali cercherò qui di cogliere gli aspetti più tipici e più rilevanti.

Le ragioni fondamentali di questa impressione di eterogeneità che il progetto dà in qualche sua parte derivano, come voi sapete, da due cause storiche, che sono state ripetutamente citate durante le nostre discussioni.

La prima è questa: che questo progetto di Costituzione non è l'epilogo di una rivoluzione già fatta; ma è il preludio, l'introduzione, l'annuncio di una rivoluzione, nel senso giuridico e legalitario, ancora da fare. E la seconda ragione è quest'altra: che sugli scopi, sulle mete, sul ritmo di questa rivoluzione ancora da fare, i componenti di questa Assemblea, i componenti della Commissione dei 75, i componenti delle singole Sottocommissioni, non erano e non sono d'accordo. Vedete, io ho sentito ricordare anche poco fa da un collega di questa Assemblea, col quale conversavo, lo Statuto albertino. Lo Statuto albertino fu fatto in un mese, dal 3 febbraio ai 4 marzo 1848. Diceva quel collega: «Guardate come era semplice e sobrio; ed ha servito a governare l'Italia per quasi un secolo. E qui è tra poco un anno che lavoriamo e ancora non siamo riusciti, come appare da questa apparenza ancora confusa e grezza del progetto, a preparare qualche cosa che si avvicini per concisione a quello Statuto». Ma l'esempio non calza; perché lo Statuto albertino fu una carta elargita da un sovrano il quale sapeva fino a che punto voleva arrivare; i suoi collaboratori, coloro che furono incaricati da lui di redigere quello Statuto, sapevano perfettamente quello che il sovrano voleva: non avevano da far altro che tradurre in articoli di legge le istruzioni già dosate da quell'unica volontà di cui lo Statuto doveva essere espressione.

Per questo il paragone non calza; perché invece qui, in questa Assemblea, non c'è una sola volontà, ma centinaia di libere volontà, raggruppate in diecine di tendenze, le quali non sono d'accordo su quello che debba essere in molti punti il contenuto di questa nostra Carta costituzionale; sicché essere riusciti, nonostante questo, a mettere insieme, dopo otto mesi di lavoro assiduo e diligente, questo progetto, è già una grande prova, molto superiore a quella che fu data dai collaboratori di Carlo Alberto, in quel mese di lavoro semplice e tranquillo che essi poterono agevolmente compiere sulla guida data loro dal sovrano al quale obbedivano.

Un altro esempio che si è citato è quello della Costituzione russa, specialmente della Costituzione staliniana del 1936. Si dice: «Vedete come in quella Costituzione tutto è preciso; quei diritti sociali che sono affermati in quella Costituzione, trovano in ogni articolo, in un apposito comma, la specifica indicazione dei mezzi pratici che ogni cittadino può esperimentare per ottenere la soddisfazione concreta di quei diritti».

Ma anche qui il paragone non calza; perché la Costituzione russa del 1936 ha dietro di sé una rivoluzione già fatta. È molto semplice, quando è avvenuto un rinnovamento fondamentale, una rivoluzione, insomma, di carattere sociale, in cui le nuove istituzioni sociali vivono già nella realtà, in cui la nuova classe dirigente è già al suo posto, prendere atto di questa realtà e tradurre in formule giuridiche questa realtà. I giuristi vengono, buoni ultimi, a mettere i loro cartellini, le loro definizioni su una realtà sociale che vive già per suo conto.

È molto facile trovarsi d'accordo nel dare, a cose fatte, queste definizioni e queste formule. Noi invece ci troviamo qui non ad un epilogo, ma ad un inizio. La nostra rivoluzione ha fatto una sola tappa, che è quella della Repubblica; ma il resto è tutto da fare, è tutto nell'avvenire.
Proprio per questo, noi ci siamo trovati ad avere una Costituzione che ha gli stessi caratteri del Governo, quantunque il Governo in questo momento sia assente in quest'aula. È una Costituzione tripartitica, di compromesso, molto aderente alle contingenze politiche dell'oggi e del prossimo domani: e quindi poco lungimirante.
Indubbiamente, nel progetto di Costituzione vi è una parte positiva. Ma è inutile che io vi parli di essa: è inutile che stiamo qui a farci complimenti fra noi, compiacendoci di quella parte buona e proficua di lavoro che abbiamo compiuto.
La parte positiva della nuova Costituzione, voi lo sapete, si chiama Repubblica, si chiama sovranità popolare, si chiama sistema bicamerale, si chiama autonomia regionale, si chiama Corte costituzionale. Tutto questo è chiaro. Sono istituti che potranno essere perfezionati nei particolari, ma insomma, su questi punti, in cui i tre partiti che costituiscono il nucleo di questa Assemblea si sono trovati d'accordo, il lavoro è stato facile ed è stato fecondo. Vi è però la parte negativa, quella in cui i partiti non sono riusciti a trovarsi d'accordo con sincerità nella sostanza: ed è questa la parte che, secondo me, pecca di genericità, di oscurità, di sottintesi. Molte volte si sente che si è cercato di girare le difficoltà, anziché affrontarle, di mascherare il vuoto con frasi messe per figura. Ognuno ha cercato insomma, nella discussione degli articoli, di togliere la paroletta altrui che gli dava noia. Chi ha partecipato alla discussione delle Commissioni sa che molte volte, per una parola, si è discusso intere giornate; e che in questa contesa di correnti diverse, più che cercare di far prevalere la propria tesi, tutti hanno cercato d'impedire che prevalessero le tesi degli avversari.
È un po' successo, agli articoli di questa Costituzione, quello che si dice avvenisse a quel libertino di mezza età, che aveva i capelli grigi ed aveva due amanti, una giovane e una vecchia: la giovane gli strappava i capelli bianchi e la vecchia gli strappava i capelli neri; e lui rimase calvo. Nella Costituzione ci sono purtroppo alcuni articoli che sono rimasti calvi. (*Ilarità*).
Ora, vedete, colleghi, io credo che in questo nostro lavoro sopratutto ad una meta, noi dobbiamo, in questo spirito di familiarità e di collaborazione cercare di ispirarci di avvicinarci. Ricordate il famoso motto di Silvio Spaventa, da cui nacquero le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato: «giustizia nell'Amministrazione». Il nostro motto dovrebbe esser questo: «chiarezza nella Costituzione».
Varie parti di questo progetto non hanno quella chiarezza cristallina che dovrebbe riescire a far capire esattamente che cosa si è voluto dire con questi articoli, quali sono le mete verso le quali si è voluto muovere con quelle disposizioni. Si riaffaccia qui la questione che è stata già sollevata oggi dai due precedenti oratori, e che si può chiamare la questione del preambolo, già sorta davanti alla Commissione dei settantacinque. Voi sapete che nella nostra Costituzione, ad articoli che consacrano veri e propri diritti azionabili, coercibili, accompagnati da sanzioni, articoli che disciplinano e distribuiscono poteri e fondano organi per esercitare questi poteri, si trova commista una quantità di altre disposizioni vaghe, che si annidano specialmente fra l'articolo 23 e l'articolo 44 (rapporti etico-sociali e rapporti economici), le quali non sono vere e proprie norme giuridiche nel senso preciso e pratico della parola, ma sono precetti morali, definizioni, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni: che tutti sono camuffati da norme giuridiche, ma norme giuridiche non sono.
Allora, davanti ai Settantacinque già si sollevò questa questione. E si ricordò allora che in altre costituzioni sorte dopo l'altra guerra, in quella di Weimar, in quella
della Repubblica spagnola, furono inseriti accanto ai diritti politici di libertà risalenti alla rivoluzione francese, questi nuovi diritti che si sogliono ormai denominare «diritti sociali» ma ci si accorse, poi che essi lasciarono inalterata la realtà sociale, nella quale essi non avevano rispondenza.
L'enunciazione dei cosiddetti «diritti sociali» non ebbe nessun risultato pratico, come la storia di questo ventennio ha dimostrato: sicché parrebbe per noi più prudente, invece di travestire questi desideri e questi programmi in apparenze normative, collocarli tutti quanti in un preambolo nel quale

sia detto chiaramente che queste proposizioni non sono ancora, purtroppo, norme obbligatorie, ma sono propositi che la Repubblica pone a sé stessa, per trovare in essi la guida della legislazione futura. Quando io feci questa infelice proposta (dico infelice perché dei Settantacinque mi pare che ricevesse soltanto il voto dei rappresentanti del Partito d'Azione che, come sapete, non sono molti) (*Ilarità*), quando io feci questa proposta, mi furono fatte due obiezioni: una di carattere strettamente giuridico, dal collega e amico Mortati, il quale mi disse che anche queste norme di carattere programmatico possono avere il loro significato giuridico, perché rappresentano impegni che il legislatore prende per l'avvenire, direttive e limiti alla legislazione futura; e quindi non si può dire che si tratti di disposizioni giuridicamente irrilevanti, perché anche esse hanno la loro efficacia giuridica.

Questo argomento del collega Mortati non mi convinse molto, almeno per certe disposizioni, troppo vaghe e generiche per costituire un qualsiasi impegno. Ma, allora, chi seppe trovare le vie del mio cuore fu l'onorevole Togliatti, il quale capì che il miglior modo per convincere un fiorentino è quello di citargli qualche verso di Dante. Togliatti mi disse che noi preparatori della Costituzione, dobbiamo fare «come quei che va di notte, — che porta il lume dietro e a sé non giova, — ma dopo sé fa le persone dotte».

Non dobbiamo curarci della attuazione immediata di queste pseudo norme giuridiche contenute in questo progetto: dobbiamo pensare ai posteri, ai nipoti, e consacrare quei principî che saranno oggi soltanto velleità e desideri, ma che tra venti, trenta, cinquanta anni diventeranno leggi. Dobbiamo così illuminare la strada a quelli che verranno.

Ho ripensato molto a questi versi di Dante e mi sono pentito di essermi lasciato troppo sedurre dalla poesia, non solo perché — come mi suggerisce un collega che mi interrompe — anche Stalin, citato dal presidente Ruini nella sua relazione, afferma che le costituzioni non possono essere programmi per il futuro; non solo perché non è stato felice l'esperimento fatto dalla «carta del lavoro» e dalla «carta della scuola» che, anch'esse, non erano leggi, ma direttive per le leggi future — ma soprattutto per un'altra ragione, che è la seguente. Ammettiamo, cioè che in una Costituzione si possano utilmente inserire principî precisi per la legislazione futura, che siano veramente lumi, capaci di rivelare un sentiero verso l'avvenire. Ma se io leggo nel progetto di Costituzione il testo di queste norme che dovrebbero avere una siffatta efficacia illuminante mi accorgo che in molte di esse è assai difficile rendersi conto esattamente della direzione verso la quale esse tendono; è assai difficile che in questi lumi i nostri posteri possano trovare un sicuro orientamento.

Prendo l'articolo 1 che dice questa bellissima cosa: «La Repubblica italiana ha per fondamento il lavoro». È una bellissima frase; ma io che sono giurista — questa d'altronde è la mia professione ed ognuno di noi bisogna che porti qui la sua esperienza e le sue attitudini, perché è proprio da questa varietà di attitudini e di esperienze che deriva la ricchezza e la pienezza di questa Assemblea — io come giurista mi domando: quando dovrò spiegare ai miei studenti che cosa significa giuridicamente che la Repubblica italiana ha per fondamento il lavoro, che cosa potrò dire?

Dovrò forse dire che in Italia la massima parte degli uomini continueranno a lavorare come lavorano ora, che ci saranno coloro che lavorano di più e coloro che lavorano di meno, coloro che guadagnano di più e coloro che guadagnano di meno, coloro che non lavorano affatto e che guadagnano più di quelli che lavorano? Oppure questo articolo vorrà dire qualche cosa di nuovo, vorrà essere un avviamento che ci porti verso qualche cosa di nuovo? Mi accorgo allora che c'è un altro articolo, il 31, il quale dice che la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni per rendere effettivo questo diritto. Ma c'è anche un dovere del lavoro, e infatti il capoverso dice che ogni cittadino ha il dovere ai svolgere un'attività: dunque diritto di lavorare ma anche dovere di lavorare. Debbo pensare che si voglia con ciò imitare quell'articolo della costituzione russa, nel quale è scritto il principio che chi non lavora non mangia? Ma se leggo più attentamente questo capoverso dell'articolo 31, vedo che esso dice precisamente così: «ogni cittadino ha il dovere di svolgere un'attività (e fin qui si intende che parla di lavoro) o una funzione che concorra allo sviluppo materiale o spirituale della società, conformemente alle proprie possibilità e alla propria scelta...» Dunque c'è chi svolge un'attività e c'è chi svolge una funzione. Questa funzione può essere anche una funzione spirituale; sta bene: ammetto che quella dei religiosi sia effettivamente una funzione sociale.

Ma io penso a qualche altra cosa; penso agli oziosi, penso a coloro che vivono di rendita, a coloro che vivono sul lavoro altrui. Nella Repubblica italiana, dove c'è il dovere di compiere un'attività o una funzione, coloro che vivono senza lavorare o vivono alle spalle altrui, saranno ammessi come soggetti politici? Ho paura di sì: ho paura che saranno ammessi e che essi diranno che il vivere senza lavorare, il vivere di rendita, non sarà un'attività, ma è certamente una funzione. (*Si ride*). E siccome ognuno può dedicarsi, dice l'articolo, alla funzione che meglio corrisponde alle proprie possibilità e alla propria scelta, essi hanno preferito la funzione di non lavorare, e quindi hanno pieno diritto di cittadinanza nella Repubblica Italiana... Si noti che in quest'articolo c'è un ultimo capoverso il quale dice che «l'adempimento di questo dovere è condizione per l'esercizio dei diritti politici»; ora questo è un capoverso che non corrisponde a verità: quale è infatti la sanzione di questo capoverso? Per l'esercizio dei diritti politici non è detto affatto in nessun altro articolo, né in nessuna legge elettorale, che sia condizione l'esercizio di un'attività o di una funzione. Ecco intanto qui una di quelle disposizioni in cui a ben guardare si annida una... (come la devo chiamare?) sì, una bugia; perché non è vero che l'adempimento di questo dovere sia condizione per l'esercizio dei diritti politici.

Ma vi è di più. Quando si va a vedere, in materia economica, quali siano queste direttive le quali dovrebbero servire di guida e di lume per coloro che verranno dopo di noi, si incontrano numerosi articoli in cui sono commiste tendenze diverse e contraddittorie.

Se uno che non avesse partecipato ai lavori di questo progetto domandasse: la Costituzione della Repubblica italiana, sotto l'aspetto sociale, quale tendenza ha? È a tendenza conservatrice o a tendenza progressiva? Individualista o socialista? La risposta non sarebbe facile.

Io leggo qui un articolo 37, che dice cose sensatissime: «Ogni attività economica privata o pubblica deve tendere a provvedere i mezzi necessari ai bisogni individuali ed al benessere collettivo». Sagge parole; ma mi domando: come questa disposizione può rappresentare, non dico un articolo di legge, ma semplicemente una indicazione di una qualsiasi tendenza politica o sociale? È una frase innocua, come se si fosse dichiarato, nello stesso articolo 37, che il sole risplende; ma non è una direttiva politica per l'avvenire.

Ci sono poi articoli come il 38, 39, 41, in cui si rintraccia alla superficie questo lavoro di compromesso, che ha portato a costruire queste formule ad intarsio in modo da dar ragione a tutte le tendenze.

Mi immagino, a proposito degli articoli 38 e 41, un dialogo fra un conservatore e un progressista: l'uno e l'altro vi troverà argomenti per sostenere che la Costituzione dà ragione a lui. Il conservatore dirà: «Vedi, la proprietà privata è riconosciuta e garantita». Il progressista risponderà: «Sì, ma i beni possono appartenere allo Stato o ad enti pubblici».

Il conservatore, o liberale che sia, dirà: «L'iniziativa economica privata è libera». Il progressista risponderà: «Sì, ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». (*Si ride*).

E così vi è tutta una quantità di articoli che figurano di andar d'accordo, ma che in realtà si elidono; sicché sarebbe stato meglio non scriverli.

Ce ne sono poi altri anche più gravi; ed è su questo che vorrei richiamare la vostra attenzione, perché ho l'impressione che lasciarveli in quella forma screditerebbe la nostra Costituzione; mentre noi dobbiamo volere che questa Costituzione sia una Costituzione seria, e che sia presa sul serio dagli italiani.

Ora quando io leggo nel progetto un articolo come l'articolo 23 che dice in un suo capoverso: «La Repubblica assicura (dico assicura: verbo assicurare, tempo presente) alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo con speciale riguardo alle famiglie numerose»; quando leggo all'articolo 26 che «la Repubblica tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce le cure gratuite agli indigenti»; quando nell'articolo 28 leggo che «la Repubblica assicura l'esercizio del diritto dell'istruzione con borse di studio, assegni alle famiglie, ed altre provvidenze, da conferirsi per concorso agli alunni di scuole statali e parificate»; quando io leggo questi articoli e penso che in Italia in questo momento, e chi sa per quanti anni ancora, negli ospedali — parlo degli ospedali di Firenze — gli ammalati nelle cliniche operatorie muoiono perché mancano

i mezzi per riscaldare le sale, e gli operati, guariti dal chirurgo, muoiono di polmonite; quando io penso che in Italia oggi, e chi sa per quanti anni ancora, le Università sono sull'orlo della chiusura per mancanza dei mezzi necessari per pagare gli insegnanti, quando io penso tutto questo e penso insieme che fra due o tre mesi entrerà in vigore questa Costituzione in cui l'uomo del popolo leggerà che la Repubblica garantisce la felicità alle famiglie, che la Repubblica garantisce salute ed istruzione gratuita a tutti, e questo non è vero, e noi sappiamo che questo non potrà essere vero per molte decine di anni — allora io penso che scrivere articoli con questa forma grammaticale possa costituire, senza che noi lo vogliamo, senza che noi ce ne accorgiamo, una forma di sabotaggio della nostra Costituzione! (*Approvazioni*).

Guardate, una delle più gravi malattie, una delle più gravi eredità patologiche lasciate dal fascismo all'Italia è stata quella del discredito delle leggi: gli italiani hanno sempre avuto assai scarso, ma lo hanno quasi assolutamente perduto dopo il fascismo, il senso della legalità, quel senso che ogni cittadino dovrebbe avere del suo dovere morale, indipendente dalle sanzioni giuridiche, di rispettare la legge, di prenderla sul serio; e questa perdita del senso della legalità è stata determinata dalla slealtà del legislatore fascista, che faceva leggi fittizie, truccate, meramente figurative, colle quali si industriava di far apparir come vero attraverso l'autorità del legislatore ciò che in realtà tutti sapevano che non era vero e non poteva esserlo.

Vi è un esempio caratteristico nella legislazione fascista, che bisognerebbe mettere in una cornice: voi ricorderete (perché tutti abbiamo fatto questa trista esperienza) come era regolata nell'Italia fascista, quando si temeva che cominciasse la folle guerra che poi cominciò, la difesa antiaerea e la difesa antigas. Ricorderete la faccenda delle maschere antigas; se ne vedeva ogni tanto una per modello, ma in commercio non c'erano, e nessuna autorità ne aveva per distribuirle: orbene, il 27 luglio 1938 fu pubblicato in Italia un decreto che porta il numero 1429, il cui articolo primo diceva così: «Entro i limiti stabiliti dall'articolo 3 del presente decreto (notate che in Italia, lo ripeto, non esistevano maschere) la distribuzione delle maschere al personale della industria, a qualunque ramo esso appartenga, deve essere totalitaria». (*Si ride*).

Queste sono le leggi, onorevoli colleghi, che distruggono nei cittadini il senso della legalità. Bisogna evitare che nella nostra Costituzione ci siano articoli che abbiano questo stesso suono falso! Fra i ricordi più amari dell'altra guerra, in questa Italia, che accanto alle sue grandi virtù ha avuto sempre tra i suoi difetti quello fondamentale dello scetticismo, del cinismo, della mancanza di fede e di convinzioni profonde, rammento che una volta ero tornato in licenza a Firenze, in quel periodo in cui di mese in mese i nostri soldati riuscivano a strappare qualche centinaio di metri di quelle terre, che purtroppo ora ci sono state ritolte. Non c'erano grandi vittorie: c'era soltanto la consunzione quotidiana di quella battaglia di logoramento che durò quattro anni. Ora, tornando in licenza — io abitavo allora in una piccola strada al centro di Firenze — una sera quando stavo per andare a letto, sentii passare uno strillone che gridava l'ultima edizione di un giornale cittadino. Allora i giornalai avevano l'uso di gridare per le strade le notizie più importanti; quello nel silenzio della strada deserta gridava a voce altissima: «Terza edizione! La grande vittoria degli italiani!...»; ma poi aggiungeva, in tono più basso: «...non è vero nulla...»

Bisogna evitare che nel leggere questa nostra Costituzione gli italiani dicano anch'essi: «Non è vero nulla». (*Si ride*).

Per questo io ritengo che sia necessario, per debito di lealtà, che queste disposizioni che io vi ho letto, ed altre che via via potranno affiorare nel seguito della discussione, siano collocate in un preambolo, con una dichiarazione esplicita del loro carattere non attuale, ma preparatore del futuro; in modo che anche l'uomo semplice che leggerà, avverta che non si tratta di concessione di diritti attuali, che si tratta di propositi, di programmi e che bisogna tutti duramente lavorare per riuscire a far sì che questi programmi si trasformino in realtà.

Per questo, io depositerò alla fine di questo mio discorso un ordine del giorno che dice così:

«L'Assemblea Costituente, mentre ritiene opportuno che nella nuova Costituzione italiana gli articoli che riconoscono veri e propri diritti o che disciplinano organi e poteri siano preceduti da un preambolo preliminare nel quale possano essere riassunti in forma di propositi programmatici le direttive sociali

e politiche alle quali dovrà ispirarsi la futura legislazione della Repubblica italiana, rimanda alla discussione degli articoli lo stabilire caso per caso quali di essi debbano essere trasferiti in una parte preliminare».
Sempre per questa esigenza di chiarezza nella Costituzione, nella quale non devono esistere sottintesi o rinvii, o riserve mentali, vi dirò ora qualche cosa sulle relazioni tra Stato e Chiesa.
Presidente. Onorevole Calamandrei, penso che lei non vorrà entrare nel merito di questa questione.
Calamandrei. So perfettamente quali sono i limiti di questa discussione e parlerò unicamente sotto l'aspetto del metodo, senza entrare nel merito.
Quello che dirò ora, e che specialmente colpisce la sensibilità dei colleghi ed amici della democrazia cristiana, vorrei che fosse ascoltato da loro non soltanto con sopportazione — di questo sono sicuro — ma anche, direi, con cordialità; vorrei insomma che quello che dirò non attirasse necessariamente su di me l'epiteto, grossolano, e pesante di anticlericale.
È un momento questo, in cui delle parole «clericale» e «anticlericale» si fa molesto abuso.
Se avviene che qualcuno, che ha il massimo ossequio della religione (la quale è una cosa seria, anche perché la cosa più seria della vita è la morte) ma che ha anche il massimo ossequio per la libertà, espone onestamente sul tema delle relazioni tra Stato e Chiesa, tra libertà di religione e libertà di pensiero un'opinione che non coincide colla vostra, o amici democristiani, voi non dovete perder per questo, come spesso avviene, la vostra serenità, e guastar per questo l'amicizia...
Se poi, domani, qualche resoconto di giornale che si vorrà occupare di queste modeste cose che dico, vorrà a tutti i costi dire che un deputato ha fatto una tirata anticlericale, bene! non crediate che per questo io morirò di crepacuore. (*Ilarità*). Ormai siamo abituati a raccogliere sulla stampa avversaria tali epiteti, che questo, di anticlericale sarebbe, in fondo, un fiorellino, una mammoletta...
Per quel che si riferisce, dunque, alle relazioni tra Stato e Chiesa, io ho l'impressione che il metodo adoperato nella formulazione dell'articolo 5 manchi di chiarezza, sia contrario a quella esigenza di chiarezza che, secondo me, è indispensabile perché possa venir fuori dai nostri lavori una Costituzione seria.
Intanto si potrebbe fare qualche osservazione, sempre di metodo, sulla prima parte dell'articolo 5, la quale dice che «lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani». Qui viene spontanea al giurista questa domanda: — Ma, insomma, in questa Costituzione chi è che parla? Chi parla in prima persona? È lo Stato italiano?
Questa Costituzione è un monologo o è un dialogo? C'è una persona sola che parla o ci sono due interlocutori?
Si capisce che l'articolo 5 dica che lo Stato italiano — il soggetto della Costituzione
— riconosce, se la vuol riconoscere, la sovranità della Chiesa nel suo ordine.
Ma non si capisce che la Chiesa riconosca la sovranità dello Stato, la quale sovranità è il presupposto di questa Costituzione: se non ci fosse la sovranità, neanche potremmo darci la Costituzione.
Il fatto che venga introdotto qui a riconoscere la sovranità dello Stato, del nostro Stato, un altro, sia pure augusto, personaggio; un altro, sia pure altissimo, ordinamento giuridico, questo per un giurista è una incongruenza.
Questo è un articolo che potrebbe andare bene in un trattato internazionale, non in una Costituzione.
Ma è principalmente contro il secondo comma che si appunta la mia osservazione:
«I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Qualsiasi modificazione dei Patti bilateralmente accettata, non richiede procedimento di revisione costituzionale».
Qui, intanto, si potrà osservare, quando si parlerà dei modi di revisione della Costituzione, che vi sarebbero in essa, se l'articolo restasse così, norme costituzionali che non potrebbero essere più modificate per volontà unilaterale dello Stato che ha fatto questa Costituzione. Vi sarebbero norme modificabili soltanto se vi sarà il consenso di quest'altro contraente che è la Chiesa; ma questa sarebbe una vera e propria rinunzia ad una parte della nostra sovranità.
Ma queste sono questioni che si tratteranno al momento opportuno. Io invece mi domando, qui, che cosa significa questa disposizione: «I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi». Sono inseriti, questi Patti Lateranensi, nella Costituzione? Vengono essi a far parte, per rinvio, della nostra

Costituzione? La relazione del Presidente Ruini par che risponda di sì; essa ci dice che, in questo modo, i Patti Lateranensi diventano parti dell'ordinamento della Repubblica, che avranno una speciale posizione di natura costituzionale. Ora, io potrò anche essere d'accordo,
quando si tratterà del merito, nel dire che la nostra Costituzione debba ripetere espressamente tutti gli articoli dei Patti Lateranensi; io potrò anche essere d'accordo, per ipotesi, nel lasciare che la Repubblica italiana si proclami apertamente una Repubblica confessionale: ma se questo è, bisogna dirlo chiaramente; questa esigenza di chiarezza impone che non si facciano cose di tanta importanza alla chetichella con un rinvio sibillino, che sarà letto senza intenderne la portata dall'uomo che non si intende di leggi, il quale ignora quale sia con precisione il contenuto di questi patti sottintesi e non sa che molte norme di questi Patti Lateranensi sono in contrasto con altre norme apertamente scritte in questa Costituzione. Un giornale di New York, il *New York Times*, secondo un comunicato dell'Associated Press (non so se la notizia sia vera) riferiva che il 21 gennaio 1947, mentre il Presidente De Gasperi era in America, i delegati di 25 gruppi religiosi protestanti, rappresentanti di 27 milioni di credenti, andarono a domandargli se fosse vero che il testo dei Patti Lateranensi sarebbe stato inserito nella Costituzione, e il Presidente De Gasperi avrebbe risposto che non credeva che i Patti Lateranensi vi sarebbero stati inseriti. Diceva la verità, perché i Patti Lateranensi non vi sono stati inseriti in maniera espressa; vi sono stati soltanto richiamati per implicito. Ma, attraverso questo richiamo, attraverso questo rinvio, attraverso questo assorbimento dei Patti Lateranensi nella Costituzione, che lo stesso Presidente Ruini ha ammesso, si arriverà a questa conseguenza: che per potere intendere quale sarà la vera portata della nostra Costituzione bisognerà che il lettore avvertito vi inserisca al punto giusto, come se fossero scritte nella Costituzione stessa, molte disposizioni prese dal Trattato o dal Concordato. Non saranno scritte sulle righe, ma fra le righe; e bisognerà leggerle, diciamo così, per trasparenza. E allora, ad esempio, prendiamo l'articolo 5: «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani»: qui, per trasparenza, bisogna aggiungere l'articolo 1° del Trattato, il quale dice: «L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'articolo 1° dello Statuto del Regno 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato». Questo articolo sarà trasfuso per rinvio nella nostra Costituzione. Sarà bene, sarà male? Io magari, sempre per ipotesi, sarò d'accordo con voi nel dire che sarà bene; ma occorre parlarci chiaro, questo articolo ci sarà.
E poi: «I cittadini, senza distinzione di sesso, di razza e lingua (questo dice l'articolo 7 del progetto di Costituzione) di condizioni sociali, di opinioni religiose e politiche, sono eguali di fronte alla legge». Ma qui bisognerà aggiungere nel capoverso, per trasparenza, l'articolo 5 del Concordato: «In ogni caso i sacerdoti apostati o irretiti da censura non potranno essere assunti né conservati in un insegnamento, in un ufficio od in un impiego, nei quali siano a contatto immediato col pubblico».
E poi c'è l'articolo 27 della Costituzione, il quale dice: «L'arte e la scienza sono libere; e libero è il loro insegnamento». Ma c'e, in trasparenza, l'articolo 36 del Concordato, il quale dice: «L'Italia considera fondamento e coronamento dell'istruzione pubblica l'insegnamento della dottrina cristiana, secondo la forma ricevuta dalla tradizione cattolica».
E poi c'è l'articolo 94 della Costituzione, il quale dice che «la funzione giurisdizionale, espressione della sovranità della Repubblica, è esercitata in nome del popolo». Ma c'è, per trasparenza, l'articolo 34 del Concordato, il quale dice invece che
«le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici».
Tutto questo — voglio tenermi nei limiti di questa discussione — sarà bene o sarà male? Quando ne riparleremo si vedrà. Ma ora, sotto l'aspetto del metodo, io dico che non è in questo modo che si fa una Costituzione chiara. Bisogna intenderci lealmente, mettere sul tavolino le nostre divergenze, non giuocare a mosca cieca.
Ma qui io sento suggerimenti provenienti specialmente di là (*accenna a sinistra*), che mi dicono: «Ma questo non è un discorso politico; questo è un discorso ingenuo: chiarezza e politica non vanno d'accordo. Anche Napoleone diceva che le Costituzioni è bene siano brevi ed oscure».

Sì, in verità la nostra, molto breve non è; ma in quanto ad oscura, riesce ad esserlo in più di un punto! (*Ilarità*).
Questi stessi amici aggiungono: «Anche la Costituzione è il risultato di un compromesso politico. La politica è l'arte dei compromessi, delle transazioni. Per ora, formule elastiche: e poi si vedrà chi tirerà di più».
Ora io devo prima di tutto riconoscere (già me l'hanno osservato varie volte gli amici comunisti) che io non sono un politico. A me piace di dire le cose chiare. Questo può essere contrario alla politica, ma d'altra parte ognuno porta il contributo che può in queste discussioni. Io mi permetterei però di domandare a questi amici che mi danno siffatti suggerimenti: «Credete, voi che vi intendete di politica, che sia proprio una buona politica quella consistente, quando si discute una Costituzione, nel presupporre sempre che in avvenire il proprio partito avrà la maggioranza, e nel disinteressarsi, in tale presupposto, della precisione e della chiarezza tecnica dei congegni costituzionali? Voi mi dite che l'essenziale è che vi siano nella costituzione i congegni per far prevalere sempre la volontà del popolo: ma siete proprio sicuri che il popolo, ossia gli elettori, daranno la maggioranza a voi, e che quindi, poiché voi avrete la maggioranza, la Costituzione sarà sempre interpretata a modo vostro?»
Contro questo stato d'animo, che chiamerei calcolo o spirito di maggioranza, io mi sono trovato in amichevoli contrasti in diverse occasioni durante la discussione del progetto, tutte le volte che è venuta in questione l'opportunità di inserire nella Costituzione, come freno e controllo degli organi legislativi, che sono espressione politica della sovranità del popolo, organi imparziali di garanzia, che non derivino immediatamente i loro poteri da una diretta elezione popolare.
L'amico Laconi sorride, forse perché ricorda anche lui le nostre discussioni, in tema di giurisdizioni speciali, e sul modo di nomina dei consiglieri di Stato, o dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura o della Corte Costituzionale. Nel discutere di questi argomenti io ho sempre sostenuto che, per preparare il testo di una nuova costituzione democratica, sia più opportuno e più prudente muovere dal punto di vista della minoranza (non mi è difficile, dato il partito al quale appartengo!), di quella che potrà essere domani la minoranza, in modo che le garanzie costituzionali siano soprattutto studiate per difendere domani i diritti di questa minoranza. Il carattere essenziale della democrazia consiste non solo nel permettere che prevalga e si trasformi in legge la volontà della maggioranza, ma anche nel difendere i diritti delle minoranze, cioè dell'opposizione che si prepara a diventare legalmente la maggioranza di domani.
Ma queste, mi è stato detto, sono astrattezze da giuristi; e questo voler introdurre negli organi di controllo e di garanzia elementi tecnici invece che politici, è contrario ad una costituzione democratica in cui la politica deve penetrare tutti i congegni. Non sono di questa opinione: io ritengo invece, e avrò occasione di tornar su questo argomento nella discussione speciale, che proprio la salvaguardia di certi diritti contro le inframmettenze politiche sia uno dei requisiti fondamentali di un ordinamento democratico: e che sia quindi necessario in chi prepara questo ordinamento uno spirito, direi, di umiltà minoritaria.
Lo stesso spirito credo che debba esser portato nell'esaminare il problema dell'autogoverno della Magistratura. Io sono stato uno dei sostenitori di questo autogoverno, che il progetto ha accolto soltanto in parte. Il Consiglio Superiore della Magistratura, che secondo il progetto proposto da me, avrebbe dovuto esser composto unicamente da magistrati eletti dalla stessa Magistratura, sarà invece composto, per metà, di elementi politici eletti dagli organi legislativi.
In realtà chi ha impedito all'autogoverno della Magistratura di affermarsi in pieno nel nostro progetto, non sono stati tanto gli argomenti dei colleghi sostenitori della opinione contraria, quanto è stato Sua Eccellenza il Procuratore Generale Pilotti, che proprio nei giorni in cui si stava discutendo nella seconda Sottocommissione il problema dell'autogoverno della Magistratura, ed io mi trovavo a dover sostener la mia tesi contro la tesi contraria, ha fornito agli oppositori un argomento lì per lì inconfutabile. A un certo momento, infatti, essi mi hanno obiettato: «Tu vuoi dare l'autogoverno alla Magistratura? eccoti qui, coll'esempio, quello che accadrebbe: eccoti l'istruttivo episodio avvenuto in questi giorni all'inaugurazione dell'anno giudiziario in Cassazione...» Ed io non ho saputo che cosa rispondere: perché veramente si è trattato di un caso assai grave, intorno al quale questa Assemblea

ancora non sa quali provvedimenti il Governo abbia preso e non riesce a convincersi che il Governo possa ancora rimanere in silenzio. In verità, l'atteggiamento del Procuratore Generale Pilotti, offensivo per la Repubblica e per il suo Capo, non è stato una distrazione o una svista, derivante da un momentaneo disorientamento, come quello da cui fu preso, molti anni fa, quel Presidente di Corte di appello, che nell'inaugurazione dell'anno giudiziario si confuse, e dichiarò aperto l'anno giudiziario «in nome di Sua maestà il re Vittorio Emanuele re d'Italia e imperatore delle Indie». (*Ilarità*). Quello fu un *lapsus*.

Ma il caso del Procuratore generale Pilotti non è stato un *lapsus*. Il Pilotti è un magistrato eminente ed assai colto, un letterato, un umanista; ma sopratutto è un uomo abituato alla vita di società, alla diplomazia, al cerimoniale, al galateo. Per aver mancato così apertamente alla buona creanza, egli ha dovuto farlo deliberatamente: nel suo caso la indipendenza alla Magistratura non ha nulla a che vedere, perché essa viene in giuoco quando il magistrato giudica, e non quando nelle relazioni sociali si comporta come un maleducato. (*Applausi*).

Il caso è grave, ma in sostanza, non deve troppo essere sopravalutato. Lo sgarbo del Procuratore Generale Pilotti è stato fatto non al Presidente della Repubblica, ma proprio alla Magistratura: e la Magistratura deve ringraziar proprio lui, il Procuratore Generale Pilotti, della ostilità con cui è stata accolta nel progetto della Costituzione l'idea dell'autogoverno: proprio lui, col suo gesto, è riuscito a impedire che la Magistratura possa aver fin da ora quella assoluta indipendenza di cui la grandissima maggioranza dei magistrati, esclusi alcuni pochi Pilotti, sono degni.

Ma lasciamo andare il caso Pilotti e ritorniamo al nostro discorso. Secondo me è un errore formulare gli articoli della Costituzione collo sguardo fisso agli eventi vicini, agli eventi appassionanti, alle amarezze, agli urti, alle preoccupazioni elettorali dell'immediato avvenire in mezzo alle quali molti dei componenti di questa Assemblea già vivono. La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope. Il caso del magistrato Pilotti, anche se il Governo lo lasciasse ancora al posto che egli occupa, tra qualche diecina d'anni (pigliamola lunga, per augurargli lunga vita) sarà liquidato e dimenticato; ma tra qualche diecina d'anni vi sarà ancora la Magistratura, degna dell'Italia rinnovata e degna di quel pieno autogoverno, senza il quale essa non può garantire con imparzialità la vita di una vera democrazia.

Cerchiamo dunque di esaminare i problemi costituzionali con spirito lungimirante: quel senso storico di cui parlano spesso gli amici comunisti, che tanto hanno imparato da Benedetto Croce (*si ride*), non si deve trasformare in un gretto compromesso di partito, che restringa il nostro campo visivo alle previsioni elettorali dell'immediato domani.

Questo spirito di compromesso, che spesso ha portato i preparatori del progetto a girare i problemi piuttosto che affrontarli, ha d'altra parte dato a molti istituti della nostra Costituzione un certo carattere di approssimazione e di genericità. Su molti problemi vivi, dei quali pareva che si dovesse trovare nella Costituzione una chiara soluzione, si è preferito di chiuder gli occhi. Enumero rapidissimamente alcuni di questi problemi.

C'è quello dei decreti di urgenza. Se ho visto bene, dei decreti di urgenza non vi è accenno nella Costituzione. Il fatto che se ne sia taciuto richiama il ricordo di quelle madri ottocentesche che facevano uscire i figliuoli dal salotto quando la conversazione minacciava di cadere su certi argomenti scabrosi. Nella Costituzione non si deve parlare dei decreti-legge perché questo è un argomento pericoloso. Ma, insomma, potrà avvenire che si verifichi la necessità e l'urgenza, di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l'eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti? Se non si può mettere un articolo di questa natura, bisognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla.

Secondo: il funzionamento dei Ministeri. Recentemente è stata fatta da una rivista una inchiesta, rivolta a vari ex ministri su questo quesito: «Perché i Ministeri non funzionano?». Gli ex ministri sanno i vari perché: ed hanno dato diverse spiegazioni e suggerimenti per cambiare la struttura e l'ordinamento di questi ordigni di Governo, costruiti per servire all'amministrazione degli Stati quali

erano cento o centocinquanta anni fa, ma che non possono più rispondere alle moltiplicate esigenze di Stati tanto più complessi e macchinosi, come sono quelli di oggi. Orbene, nella Costituzione il problema di dare una struttura nuova, di snellire, di semplificare il funzionamento dei Ministeri non è stato neanche visto: di esso non è stata fatta neanche una parola.
Terzo: il problema del tripartitismo e dei governi di coalizione. Se dovrà continuare un pezzo, come mi pare di aver sentito dire dall'onorevole Togliatti, il sistema del tripartitismo, credete voi che si possa continuare a governare l'Italia con una struttura di governo parlamentare, come sarà quella proposta dal progetto di costituzione? Il Governo parlamentare come è stato accolto nel progetto, è un vecchio sistema che ha avuto sempre, come presupposto, l'esistenza di una maggioranza omogenea o la possibilità di formarla, la quale possa costituire il fondamento di un gabinetto, che possa governare stabilmente. Ma se invece si suppone che, per molti anni, forse per decenni non vi potrà essere un partito che riesca a conquistare la maggioranza da sé solo e che per un pezzo si dovrà andare avanti con governi di coalizione, allora bisognerà cercare strumenti costituzionali i quali corrispondano a questo diverso presupposto che è, in luogo della maggioranza, la coalizione. Per questo noi avevamo sostenuto durante la discussione alla Seconda Sottocommissione (in verità però senza insistervi molto, perché ci trovammo subito isolati), qualche cosa che somigliasse ad una repubblica presidenziale o per lo meno a un governo presidenziale, in cui si riuscisse, con appositi espedienti costituzionali, a rendere più stabili e più durature le coalizioni, fondandole sull'approvazione di un programma particolareggiato sul quale possano lealmente accordarsi in anticipo i vari partiti coalizzati. Ma di questo, che è il fondamentale problema della democrazia, cioè il problema della stabilità del Governo, nel progetto non c'è quasi nulla.
E infine c'è il problema dei partiti, del quale già vi ha parlato il collega Bozzi. Ricordo che nel grande discorso di chiusura della Consulta fatto da Vittorio Emanuele Orlando, non mancò un acutissimo accenno a questo fondamentale carattere delle società contemporanee che è il passaggio di gran parte della vita politica nei partiti ed il loro inserirsi nella vita costituzionale: quando si uscì da quella memorabile seduta, eravamo tutti pieni di ammirazione per il grande maestro, che con sensibilità giovanile aveva subito colto quella che è la novità più profonda della situazione costituzionale italiana: i partiti. Avrebbe dovuto esser vanto della nuova Costituzione italiana riuscire ad inquadrar questa realtà nei congegni giuridici: i partiti, in realtà, come voi sapete, sono le fucine in cui si forma l'opinione politica, e in cui si elaborano le leggi: i programmi dei partiti sono già progetti di legge. I partiti hanno cambiato profondamente la natura degli istituti parlamentari. Vedete: qui, mentre io vi parlo (e vi ringrazio della indulgenza con cui mi ascoltate), so benissimo che anche se arrivassi a convincervi cogli argomenti che vi espongo, essi non varranno, se non corrispondono alle istruzioni del vostro partito, a far sì che, quando si tratterà di votare, voi, pure avendomi benevolmente ascoltato, possiate votare con me. E allora io mi domando: se le discussioni si fanno nell'intento di persuadersi, a che giova continuare qui a perdere il tempo nel parlare e nell'ascoltare, quando le persone qui riunite sono già persuase in anticipo su tutti i punti? Questa è la conseguenza dell'esistenza dei partiti: dei quali non si può dire se sia bene o male che ci siano; ci sono, e questa è la realtà. E allora si sarebbe desiderato che nella nostra Costituzione si fosse cercato di disciplinarli, di regolare la loro vita interna, di dare ad essi precise funzioni costituzionali. Voi capite che una democrazia non può esser tale se non sono democratici anche i partiti in cui si formano i programmi e in cui si scelgono gli uomini che poi vengono esteriormente eletti coi sistemi democratici.
L'organizzazione democratica dei partiti è un presupposto indispensabile perché si abbia anche fuori di essi vera democrazia. Se è così, non basta dire, come è detto nella Costituzione all'articolo 47, che «tutti i cittadini hanno diritto di organizzarsi liberamente per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Non basta. Che cosa vuol dire, infatti, metodo democratico? Quali sono i partiti che rispondono alle esigenze del metodo democratico, e quindi sono degni di esser riconosciuti in un ordinamento democratico?
Era stato suggerito che nel nostro ordinamento la Suprema Corte costituzionale avesse fra gli altri compiti anche il controllo, sui partiti: che essa avesse il potere di giudicare se una associazione a fini politici abbia quei caratteri di metodo democratico alla cui osservanza sembra che la formula

dell'articolo 47 voglia condizionare il riconoscimento dei partiti. Ma se non la Corte costituzionale a dar tale giudizio, chi lo darà?
Una voce a sinistra. Pilotti.
Calamandrei. Sì, Pilotti; se non vi sarà un altro organo più sereno, fornito di quella sensibilità e di quelle garanzie che Pilotti ha dimostrato di non avere.
C'è nelle disposizioni transitorie, del progetto, un articolo che proibisce «la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del partito fascista».
Non so perché questa disposizione sia stata messa fra le transitorie: evidentemente può essere transitorio il nome «fascismo», ma voi capite che non si troveranno certamente partiti che siano così ingenui da adottare di nuovo pubblicamente il nome fascista per farsi sciogliere dalla polizia. Se questa disposizione deve avere un significato, essa deve esser collocata non tra le disposizioni transitorie, e non deve limitarsi a proibire un nome, ma deve definire che cosa c'è sotto quel nome, quali sono i caratteri che un partito deve avere per non cadere sotto quella denominazione e per corrispondere invece ai requisiti che i partiti devono avere in una Costituzione democratica. Sarà la organizzazione militare o paramilitare; sarà il programma di violenze contrario ai diritti di libertà; sarà il totalitarismo e la negazione dei diritti delle minoranze: questi od altri saranno i caratteri che la nostra Costituzione deve bandire dai partiti, se veramente vuol bandire il fascismo. E per controllare la giusta repressione di questi caratteri, bisognerà creare un organo apposito, fornito di adeguate garanzie giuridiche e politiche; in mancanza di che accadrà che il partito fascista, di fatto se non di nome, sarà vietato o permesso secondo quel che parrà alle autorità politiche locali, sotto l'influsso delle correnti prevalenti; e magari si troveranno autorità politiche che si varranno dell'articolo 47 per impedire la vita di un partito in sé sinceramente democratico. Allora contro il provvedimento il partito ingiustamente soppresso ricorrerà al Consiglio di Stato; ma il Consiglio di Stato vi dirà che questo è un atto compiuto nell'esercizio di un potere politico che si sottrae al suo controllo. Quando invece si avesse una sezione della Corte costituzionale per verificare quali sono i partiti che corrispondono, per la loro organizzazione e per i loro metodi, alla definizione data dalla Costituzione, vi sarebbero garanzie molto più sicure per poter impedire ai partiti antidemocratici di risorgere ed ai partiti democratici di non essere soppressi e perseguitati da soprusi ed arbitri di polizia.
Un'ultima osservazione, e avrò finalmente terminato. Onorevoli colleghi, c'è nella Costituzione un articolo 131 che dice: «La forma repubblicana è definitiva per l'Italia e non può essere oggetto di revisione costituzionale».
Voi sapete che il progetto ha adottato il sistema della Costituzione rigida, cioè della Costituzione che non potrà essere variata se non attraverso speciali procedimenti legislativi, più complicati e più meditati di quelli propri della legislazione ordinaria: in modo che le leggi si potranno distinguere d'ora in avanti in leggi ordinarie, cioè in leggi che si possono abrogare e modificare con un'altra legge ordinaria, ed in leggi costituzionali che sono leggi per così dire più resistenti, leggi modificabili soltanto cogli speciali procedimenti di revisione stabiliti dalla Costituzione. Ma con questo articolo 131 par che si introduca una terza categoria di leggi: quelle che non si potranno giuridicamente modificare nemmeno attraverso i metodi più complicati che la Costituzione stessa stabilisce per la revisione.
Dunque, la forma repubblicana non si potrà cambiare: è eterna, è immutabile. Che cosa vuol dire questa che può parere una ingenuità illuministica in urto colle incognite della storia futura? Vuol dire semplicemente questo: che, se domani l'Assemblea nazionale nella sua maggioranza, magari nella sua unanimità, abolisse la forma repubblicana, la Costituzione non sarebbe semplicemente modificata, ma sarebbe distrutta; si ritornerebbe, cioè, allo stato di fatto, allo stato meramente politico in cui le forze politiche sarebbero di nuovo in libertà senza avere più nessuna costrizione di carattere legalitario, e in cui quindi i cittadini, anche se ridotti ad una esigua minoranza di ribelli alle deliberazioni quasi unanimi della Assemblea nazionale, potrebbero valersi di quel diritto di resistenza che l'articolo 30 del progetto riconosce come arma estrema contro le infrazioni alla Costituzione.
Sennonché io mi domando, e con questa domanda termino, questo mio lungo discorso: se si è adottato questo sistema per le norme che riguardano la forma repubblicana, dichiarando queste norme

immutabili, non credete che questo sistema si sarebbe dovuto adoperare *a fortiori* per quelle norme che consacrano i diritti di libertà? Era tradizionale nelle Costituzioni nate alla fine del secolo XVIII che i diritti di libertà, i diritti dell'uomo e del cittadino, venissero affermati come una realtà preesistente alla stessa Costituzione, come esigenze basate sul diritto naturale; diritti, cioè, che nemmeno la Costituzione poteva negare, diritti che nessuna volontà umana, neanche la maggioranza e neanche l'unanimità dei consociati poteva sopprimere, perché si ritenevano derivanti da una ragione profonda che è inerente alla natura spirituale dell'uomo.

Ora, se la nostra Costituzione ha adottato questa misura di immutabilità per la forma repubblicana, credo che dovrà adottare questa stessa misura (e mi riservo a suo tempo di fare proposte in questo senso) anche per le norme relative ai diritti di libertà.

Ho finito così, onorevoli colleghi, le mie osservazioni di carattere generale sulla nuova Costituzione. Vi ringrazio di avermi ascoltato con tanta benevolenza e così a lungo.

Vedete, colleghi, bisogna cercare di considerare questo nostro lavoro non come un lavoro di ordinaria amministrazione, come un lavoro provvisorio del quale ci si possa sbrigare alla meglio. Qui c'è l'impegno di tutto un popolo. Questo è veramente un momento solenne. Sento un certo ritegno, un certo pudore a pronunziare queste grandi parole: si fa presto a scivolare nella retorica. Eppure qui veramente c'è nelle cose questa solennità, e non si può non sentirla; questa solennità che non è fatta di frasi adorne, ma di semplicità, di serietà e di lealtà: sopratutto di lealtà.

Questo che noi facciamo è il lavoro che un popolo di lavoratori ci ha affidato, e bisogna sforzarci di portarlo a compimento meglio che si può, lealmente e seriamente. Non bisogna dire, come da qualcuno ho udito anche qui, che questa è una Costituzione provvisoria che durerà poco e che, di qui a poco, si dovrà rifare. No: questa dev'essere una Costituzione destinata a durare.

Dobbiamo volere che duri; metterci dentro la nostra volontà. In questa democrazia nascente dobbiamo crederci, e salvarla così con la nostra fede e non disperderla in schermaglie di politica spicciola e avvelenata.

Se noi siamo qui a parlare liberamente in quest'aula, in cui una sciagurata voce irrise e vilipese venticinque anni fa le istituzioni parlamentari, è perché per venti anni qualcuno ha continuato a credere nella democrazia, e questa sua religione ha testimoniato con la prigionia, l'esilio e la morte.

Io mi domando, onorevoli colleghi, come i nostri posteri tra cento anni giudicheranno questa nostra Assemblea Costituente: se la sentiranno alta e solenne come noi sentiamo oggi alta e solenne la Costituente Romana, dove un secolo fa sedeva e parlava Giuseppe Mazzini. Io credo di sì: credo che i nostri posteri sentiranno più di noi, tra un secolo, che da questa nostra Costituente è nata veramente una nuova storia: e si immagineranno, come sempre avviene che con l'andar dei secoli la storia si trasfiguri nella leggenda, che in questa nostra Assemblea, mentre si discuteva della nuova Costituzione Repubblicana, seduti su questi scranni non siamo stati noi, uomini effimeri di cui i nomi saranno cancellati e dimenticati, ma sia stato tutto un popolo di morti, di quei morti, che noi conosciamo ad uno ad uno, caduti nelle nostre file, nelle prigioni e sui patiboli, sui monti e nelle pianure, nelle steppe russe e nelle sabbie africane, nei mari e nei deserti, da Matteotti a Rosselli, da Amendola a Gramsci, fino ai giovinetti partigiani, fino al sacrificio di Anna-Maria Enriquez e di Tina Lorenzoni, nelle quali l'eroismo è giunto alla soglia della santità.

Essi sono morti senza retorica, senza grandi frasi, con semplicità, come se si trattasse di un lavoro quotidiano da compiere: il grande lavoro che occorreva per restituire all'Italia libertà e dignità. Di questo lavoro si sono riservata la parte più dura e più difficile; quella di morire, di testimoniare con la resistenza e la morte la fede nella giustizia. A noi è rimasto un compito cento volte più agevole; quello di tradurre in leggi chiare, stabili e oneste il loro sogno: di una società più giusta e più umana, di una solidarietà di tutti gli uomini, alleati a debellare il dolore.

Assai poco, in verità, chiedono a noi i nostri morti.

Non dobbiamo tradirli. (*Vivissimi, generali applausi — Moltissime congratulazioni*).