

**PRIMA LETTURA DEL D.L. N. 76/2020 TRA FORMANTE LEGISLATIVO
E INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA**

di *Alessandro Benigni*

Abstract: La finalità dell'articolo è quella di inserire il testo della recente riforma dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa nel complessivo quadro ordinamentale. Dopo avere precisato la necessità di valutare la possibilità di giungere ad una interpretazione conforme a Costituzione, si procede ad una comparazione con gli istituti del dolo aquiliano e di quello penale, per giungere ad una unica omnicomprendente nozione di dolo. Si analizza poi la questione relativa alla esclusione della colpa grave negli illeciti erariali commissivi, ritenuta costituzionalmente legittima solo per la sua temporaneità, per poi approfondire i diversi concetti di inerzia e di omissione che vanno a toccare diversi ambiti applicativi, dando necessariamente luogo alla costruzione sistematica di due diverse categorie di illeciti erariali omissivi, entrambi noti alla giurisprudenza contabile. La conclusione è nel senso che, al di là della sua temporaneità, una attenta ricostruzione degli istituti e una maggiore attenzione al profilo omissivo prodromico ad ogni condotta commissiva possa comunque consentire una tutela delle risorse pubbliche in linea con l'art. 97 Cost.

The purpose of the article is to insert the recent reform of the subjective element of administrative responsibility in the overall legal framework. After specifying the need to evaluate the possibility of an interpretation in accordance with the Constitution, a comparison is made within non-contractual liability and criminal fraud, to arrive at a comprehensive notion of fraud. The exclusion of gross negligence in damages to the treasury is considered constitutionally legitimate only as provisional. The different concepts of inertia and omission, that affect different areas, give rise to the systematic construction of two different categories of omissive losses, both known to accounting jurisprudence. The conclusion is that, beyond its temporariness, a careful reconstruction of the institutions and greater attention to the omissive profile prodromal to any commissive conduct can still allow for the protection of public resources in line with art. 97 of the Constitution.

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *La necessità di verificare soluzioni ermeneutiche orientate prima di accedere alla Corte costituzionale.* – 3. *Il supposto nuovo oggetto del dolo erariale. La volontà dell'evento dannoso. La sufficienza dell'avvenuta accettazione del rischio.* – 4. *La natura sostanziale o processuale del primo comma dell'art. 21. Un falso problema.* – 5. *I nuovi limiti della colpa grave. Gli illeciti erariali di pura omissione e gli illeciti commissivi mediante omissione.* – 6. *Conclusioni.*

1. *Premessa*

Con la conversione nella l. 11 settembre 2020, n. 120, il Parlamento ha ratificato la scelta governativa, operata con l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, di prevedere una nuova disciplina dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Come è noto, l'intervento legislativo non solo ha inciso direttamente sull'art. 1, c. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, stabilendo che "la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso", ma ha delimitato anche l'ambito della responsabilità ai soli fatti dolosi e fatti omissivi gravemente colposi, seppure per un periodo temporale di circa diciassette mesi (e precisamente dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021).

Nel presente saggio si intende proseguire la riflessione già iniziata in dottrina (1) sugli effetti applicativi della riforma all'interno dell'attuale quadro costituzionale. Si analizzeranno, quindi, la *ratio* ispiratrice dell'art. 21 d.l. cit., la sua costituzionalità, la nuova individuazione del dolo erariale e della colpa grave, la natura processuale o sostanziale delle disposizioni che ne specificano l'oggetto.

2. *La necessità di verificare soluzioni ermeneutiche orientate prima di accedere alla Corte costituzionale*

È ormai principio consolidato quello per cui il primo requisito di ammissibilità di eventuali ordinanze di deferimento alla Consulta per sospetto vizio di incostituzionalità di una norma presuppone l'impossibilità di fornirne un'interpretazione conforme a Costituzione (2) in quanto, altrimenti, la scelta dell'autorità giudiziaria remittente rappresenterebbe una rinuncia alla propria indeclinabile funzione ermeneutica. Non a caso, le Sezioni unite penali della

(1) Il primo contributo in materia è quello di M. Perin, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, in <www.lexitalia.it>, 25 agosto 2020.

(2) Il *leading case* è costituito da Corte cost. 30 luglio 1984, n. 240, cui poi si è uniformata, con il tempo, la successiva giurisprudenza, a partire dall'ord. 10 dicembre 1987, n. 515. In dottrina, v. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, Giuffrè, 1994, 182-187; C. Pettinari, *Corte, giudici e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2005, 115.

Corte di cassazione, nella sentenza *Mariotti* (3), non accogliendo la richiesta della Procura generale di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590-*sexies* c.p., per contrasto con l'art. 3 Cost., hanno sottolineato come, dalla lettura dell'art. 12, c. 1, disp. prel. c.c. (4) «*si evince un solo vincolante divieto per l'interprete che è quello di andare "contro" il significato delle espressioni utilizzate, non essendogli vietato andare "oltre" la letteralità del testo, quando l'espressione ermeneutica prescelta sia il frutto dello sforzo necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato*». Ciò in aderenza con la precedente sentenza *Passarelli* (5), in cui era stato affermato che l'interpretazione di una nuova legge non possa non tenere presente, necessariamente, le conseguenze derivanti dall'una o dall'altra opzione ermeneutica «*non essendoci dubbi che la valutazione di tali conseguenze costituisca una sorta di controprova della correttezza dell'interpretazione*». Pertanto, per evitare una sentenza di inammissibilità per non avere vagliato possibili significati compatibili con la fonte superprimaria, occorre verificare preliminarmente se il testo della riforma possa essere interpretato *secundum Constitutionem*, prima di ritenere necessitato l'accesso alla giustizia costituzionale.

3. Il supposto nuovo oggetto del dolo erariale. La volontà dell'evento dannoso. La sufficienza dell'avvenuta accettazione del rischio

L'art. 21 d.l. n. 76/2020 richiede espressamente «*la volontà dell'evento dannoso*». La formula non costituisce una novità, in quanto già la dottrina prevalente, aderendo ad una impostazione già accolta in passato dalle Sezioni riunite della Corte dei conti (6), aveva identificato il dolo erariale «*con la nozione penalistica delineata dall'art. 43 c.p. [...] configurandosi dunque, a fronte di danni previsti e voluti come conseguenza della propria azione*» (7), abbracciando quindi tutte le forme del dolo penalistico e civilistico, compreso quello eventuale (8). In senso contrario, però si era posta la giurisprudenza prevalente, la quale, anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 20/1994, aveva ritenuto sufficiente la sola consapevolezza di violare un'obbligazione di servizio (c.d. *dolo contrattuale* o *in adimplendo*), non ritenendo necessaria la volontà consapevole di ledere diritti altrui (9). Ciò ha causato lo spostamento dell'onere probatorio dalla pubblica accusa al privato convenuto, creando così una presunzione generale di colpevolezza, connotata dalla sola dimostrazione, da parte dell'attore pubblico, della sussistenza dell'elemento oggettivo e da una sostanziale inversione dell'onere della prova di quello soggettivo in capo al privato citato in giudizio (10). Si tratta, altresì, dello schema tipico dell'art. 1218 c.c. che chiede al creditore (nella responsabilità amministrativa il pubblico ministero) la sola allegazione del titolo e del danno, ponendo a carico del debitore – convenuto la prova che «*l'inadempimento o ritardo [in tali fattispecie la violazione degli obblighi di servizio] è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*» (11). Tale schema, indubbiamente confacente alla responsabilità amministrativa come in passato disciplinata dall'art. 82 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, e dall'art. 18 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, disposizioni che prevedono – tra l'altro – la prescrizione decennale, si pone in oggettiva tensione con l'art. 1 della l. n. 20/1994, che ha confermato tale responsabilità al modello aquiliano, assai più rigoroso sotto il profilo della prova

(3) Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8870, in *Giur.it.*, 2018, 948, con nota di L. Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia lieve del medico*. Cfr., sulla specifica questione, anche P. Piras, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in <www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 18 gennaio 2019.

(4) Art. 12 disp. prel. c.c.: «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

(5) Cass. pen., S.U., 27 maggio 2016, n. 22474, *ivi*, con commento di F. Mucciarelli, *Le Sezioni unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e ars interpretandi*, annotata da R. Bricchetti, *Superato il rischio di sterilizzazione dei bilanci societari*, in *Guida dir.*, 2016, n. 28, 55.

(6) Corte conti, Sez. riun., 10 giugno 1997, n. 56, seguita da Sez. II centr. app., 26 ottobre 2011, n. 549; 18 marzo 2015, n. 127; 10 giugno 2015, n. 314, che, da ultimo, ha stigmatizzato «*il comportamento degli appellati connotato da dolo eventuale, in una accezione prettamente giuscontabilista come accettazione del rischio del previsto verificarsi dell'illecito pregiudizio alle casse della regione*»; Sez. giur. reg. Veneto, 7 giugno 2013, n. 175; 22 giugno 2015, n. 107; Sez. giur. reg. Lombardia, 11 novembre 2015, n. 193.

(7) Così, espressamente, V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018, 4^a ed., 367; V. Tenore, A. Napoli, *Studi sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti*, Napoli, Esi, 2019, 43.

(8) Specificamente, sul punto, A. Vacca, *Il fondamento gnoseologico del dolo eventuale e la responsabilità contabile: una possibile estensione applicativa*, in <www.lexitalia.it>, 2 maggio 2012.

(9) Corte conti, Sez. riun., 18 settembre 1996. *Ex multis*, tra le più recenti, Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 27 novembre 2014, n. 461; Sez. giur. reg. Toscana, 30 marzo 2017, n. 60; Sez. III centr. app., 9 febbraio 2017, n. 74; Sez. giur. reg. Piemonte, 16 aprile 2018, n. 34; Sez. giur. reg. Liguria, 18 novembre 2019, n. 195, in questa *Rivista*, 2019, fasc. 6, 180 (m); 27 dicembre 2019, n. 232, *ibidem*, con note di M. Nunziata, *Danno all'immagine e reato prescritto: la giurisprudenza si rassegna alla legge*, e di A. Napoli, *Atti interruttivi della prescrizione e presupposti per il risarcimento del danno all'immagine: recenti approdi ermeneutici anche alla luce del codice della giustizia contabile*; 9 marzo 2020, n. 8. In dottrina, A. Vetro, *Il dolo contrattuale civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, in <www.contabilita-pubblica.it>, 10 dicembre 2011.

(10) Icasticamente, P. Della Ventura, *La colpa grave e il dolo*, in E.F. Schlitzer, G. Mirabelli (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, Esi, 2018, 189, ha sottolineato come, utilizzando la nozione di dolo contrattuale, sia più agevole ricostruire i fatti dannosi in termini di dolo piuttosto che di colpa grave.

(11) Come è noto, per molti anni la lettera della disposizione ha fatto ritenere a dottrina e giurisprudenza di trovarsi di fronte ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Lo scritto fondamentale in materia, che dà conto della successiva evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, rimane quello di L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1072.

dell'elemento soggettivo e della durata della prescrizione (solo cinque anni decorrenti dalla data di verifica del fatto dannoso, ovvero dalla sua scoperta in caso di occultamento doloso). Non a caso, per contemperare tale antinomia, brillante dottrina (12) ha configurato la responsabilità amministrativo-contabile come un *tertium genus* avente peculiarità del tutto proprie, in modo da consentire la compresenza di un elemento proprio della responsabilità contrattuale in un perimetro aquiliano.

La finalità dell'intervento legislativo, espressa nella relazione governativa al d.l. n. 76/2020, è proprio quella di superare definitivamente tale antinomia (13).

La novella svolge, quindi, una mera funzione di interpretazione autentica tra i due orientamenti precedentemente esposti, optando per la soluzione che consente di informare la nozione di dolo nei diversi settori della responsabilità civile aquiliana, penale e amministrativa, superando le perplessità che indubbiamente suscitava l'opposta impostazione, fino ad oggi invece prevalente in giurisprudenza e che aveva comportato la presenza di un dolo "semplificato" nella responsabilità amministrativa, diverso da quello previsto dagli artt. 2043 c.c. e 43 c.p. (14). Deve quindi ritenersi pacifica la configurabilità del dolo eventuale nel diritto contabile, a meno di ipotizzare una irragionevole divaricazione ermeneutica rispetto al dolo penalistico e a quello aquiliano e che non trova corrispondenza nel dato normativo. Alla luce di ciò sarà sufficiente, per l'attore pubblico, dimostrare che il convenuto abbia trasgredito i doveri di ufficio rappresentandosi almeno la possibilità di uno sviamento delle risorse pubbliche dalla loro corretta utilizzazione, accettandone, conseguentemente il rischio (15).

L'interpretazione proposta trova peraltro conferma nelle osservazioni formulate dalle Sezioni riunite in sede di controllo nel corso dell'audizione tenuta nello scorso mese di luglio avanti alla Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica (16); la circostanza che, a seguito di tale audizione, il Parlamento non abbia ritenuto di modificare il testo normativo al fine di evitare che quella proposta fosse la probabile evoluzione giurisprudenziale della norma che si andava approvando, non può non significare un implicito accoglimento della soluzione ermeneutica proposta dal massimo consesso contabile.

Sotto questo profilo, non si può non osservare ulteriormente che il legislatore, quando ha inteso delimitare il dolo entro gli stretti confini dell'intenzionalità, lo ha espressamente previsto, come è successo nel caso del delitto di abuso

(12) M. Smiroldo, *Le tecniche di protezione delle risorse patrimoniali erariali*, in A. Canale et al. (a cura di), *La Corte dei conti, Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2019, 30, parla espressamente di «responsabilità sui generis affidata alla giurisdizione della Corte dei conti, in nessun modo ritagliabile a perfezione sull'una (responsabilità aquiliana) o sull'altra (responsabilità contrattuale), modello teorico astratto ma quasi copia di un "tertium genus" connotato da fondamenti ed elementi di oggettiva peculiarità»; Questa impostazione era già stata fatta propria da F. Garri et al., *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2007, 4ª ed., 159 ss.

(13) Relazione governativa al d.l. n. 76/2020: «la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto».

(14) L. Bigliazzi Geri et al., *Diritto civile, vol. 3: Obbligazioni e contratti*, Torino, Utet, 1991, 700-706, dopo avere sottolineato l'unitarietà del concetto di dolo nel diritto civile e nel diritto penale, chiariscono come non sia necessaria, accanto all'imprescindibile coscienza e volontà della condotta, una precisa volontà dell'evento, essendo però «imprescindibile la consapevolezza (o anche la semplice previsione: c.d. dolo eventuale) di provocare il verificarsi di un evento dannoso e la scienza dell'ingiustizia del danno conseguente».

Anche A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di C. Granelli, F. Anelli, Milano, Giuffrè, 2007, 18ª ed., 807, ritengono sufficiente il dolo eventuale per imputare all'agente il fatto illecito.

(15) Non ha trovato adesione la ricostruzione proposta da Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343 (sentenza *Thyssengroup*), che intendeva sbarrare la strada proprio al dolo eventuale come accettazione del rischio. La giurisprudenza, infatti, sin dal mese successivo al deposito della sentenza, è tornata ad affermare la sufficienza, per la sussistenza del dolo eventuale, della «concreta possibilità che [un determinato evento] accada come conseguenza del proprio comportamento [...] accettando il rischio di verifica dell'evento e quindi con volizione, sia pure indiretta o eventuale, di esso» (Cass. pen., Sez. I, 28 ottobre 2014, n. 52530, in <www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, con nota di M. Dova, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*, ovvero «della previsione dell'evento morte e la sua accettazione» (Cass. pen., Sez. I, 23 aprile 2015) o, ancora, «che l'agente abbia previsto come probabile l'evento lesivo, accettandone il rischio della concreta verifica» (Cass. pen., Sez. I, 13 maggio 2015, n. 19777). Non a caso, proprio utilizzando il criterio della «accettazione dell'evento lesivo», si ritiene compatibile il dolo eventuale con il dolo specifico (da ultimo, Cass. pen. 22 aprile 2020, n. 12680, in questa *Rivista*, 2020, fasc. 3, 240, annotata da G.P. Demuro, *Sul dolo eventuale nel dolo specifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1329).

(16) Corte conti, Sez. riun. contr., Audizione della Corte dei conti sul disegno di legge n. 1883 (Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), 8-9: «l'art. 21, primo comma, introduce la locuzione «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso». La norma, così come attualmente proposta, si limita quindi a riecheggiare l'art. 43 c.p., che prevede l'espressa volontà dell'evento dannoso o pericoloso. La giurisprudenza, compresa quella delle Sezioni unite, non ha mai dubitato che nella volontà dell'evento dannoso rientri anche l'accettazione del rischio di provocare l'evento dannoso, proprio perché risultato di una condotta consapevole, volutamente distinguendo tra dolo intenzionale, diretto ed eventuale. Certamente la dottrina ha sovente criticato tale costruzione, ma nulla vieta di ripercorrere la stessa strada: la violazione delle regole di servizio comporta la prevedibilità dell'evento dannoso».

in atti di ufficio, anch'esso peraltro riformato con lo stesso provvedimento legislativo (17), che richiede l'intenzionalità dell'altrui vantaggio patrimoniale o dell'altrui danno ingiusto.

Non è condivisibile l'opinione di ritenere che, comunque, il testo riformato imponga un particolare ampliamento dell'onere probatorio del pubblico ministero. Infatti, per determinare se il convenuto in giudizio abbia effettivamente voluto e previsto un possibile risultato della sua azione, sarà sufficiente affidarsi a massime di esperienza, espressamente previste come elemento di valutazione dall'art. 95 c.g.c. (18): la conformità del comportamento tenuto alle medesime sarà sufficiente per ritenere dimostrato il fatto psicologico da provare.

Infine, non può non osservarsi come lo stato di dubbio non possa escludere il dolo. Finché l'agente si rappresenta la possibilità positiva della produzione di un danno erariale, il rimprovero non è sicuramente limitabile alla circostanza di avere agito con leggerezza, bensì di essersi volontariamente determinato ad una condotta nonostante la previsione di realizzare un danno erariale (19).

4. La natura sostanziale o processuale del primo comma dell'art. 21. Un falso problema

Nei primi giudizi successivi all'entrata in vigore del d.l. n. 76/2020 sono state presentate numerose eccezioni difensive aventi per oggetto l'immediata applicazione dell'art. 21, c. 1, ai giudizi in corso, data la sua natura processuale, in quanto chiaramente finalizzata ad una diversa allegazione e istruzione probatoria, senza toccare in alcun modo la struttura del dolo a differenza di quanto si è previsto per la colpa grave. Ne deve conseguire logicamente la sua immediata vincolatività per il noto principio *tempus regit actum*.

Si può condividere l'affermazione dell'immediata applicabilità dell'art. 21, c. 1, ma partendo da un presupposto diverso. Infatti, la natura di interpretazione autentica del primo comma, che non può essere messa in discussione in quanto affermata espressamente dal legislatore, implica l'efficacia retroattiva della norma comportando, necessariamente, la dimostrazione della sussistenza di almeno il dolo eventuale, e non più di quello semplicemente contrattuale, anche ai giudizi in corso.

Ad una risposta opposta, ma ciò è espressamente stabilito dalla legge, si deve arrivare per quanto riguarda la colpa grave commissiva, che si andrà ora ad esaminare.

5. I nuovi limiti della colpa grave. Gli illeciti erariali di pura omissione e gli illeciti commissivi mediante omissione

L'art. 21, c. 2, del d.l. cit. prevede che per i fatti posti in essere tra il 17 luglio 2020 e il 31 dicembre 2021 la responsabilità amministrativa sia limitata, per le fattispecie commissive, ai soli fatti dolosi, a differenza delle condotte omissive o inerti, per cui è rimasta immutata la precedente disciplina.

Nonostante alcuni precedenti possano fare propendere per la sua incostituzionalità (20), la natura chiaramente eccezionale e transitoria della norma consente di ritenere assente, nella specie, tale vizio. Senza contare che una eventuale sentenza di accoglimento della relativa questione di costituzionalità sarebbe emessa successivamente alla data del 31 dicembre 2021, con forti dubbi sulla sua applicabilità ai giudizi in corso, laddove il convenuto dovesse eccepire di avere operato conformemente ad una norma all'epoca in vigore. Diversa riflessione, naturalmente, dovrebbe farsi qualora lo stesso precetto dovesse assumere carattere di definitività.

I due diversi concetti di inerzia e di omissione, lungi dal rappresentare una ripetizione tautologica, identificano diverse condotte riconducibili, rispettivamente, alla categoria degli illeciti erariali di pura omissione, in cui dalla semplice assenza della condotta dovuta scaturisce un evento dannoso per la p.a. (come avviene per la mancata riscossione dei tributi erariali locali, ovvero per il colpevole ritardo nel deposito delle sentenze, fattore causale del diritto all'indennizzo previsto dall'art. 2 della l. 24 marzo 2001, n. 89 (21)) e degli illeciti erariali commissivi cagionati causalmente da precedenti omissioni di pubblici funzionari, tenuti a espletare compiti di verifica, vigilanza e controllo. Alcune fattispecie rientranti in quest'ultima categoria, senza pretesa di completezza, possono essere i seguenti:

- danno indiretto derivante da una sentenza di condanna risarcitoria nei confronti degli eredi subita dalla Asl per la morte di uno o più pazienti, cagionata dal mancato sufficiente acquisto di dispositivi di protezione medica;

(17) Per un primo commento sulla riforma dell'abuso in atti d'ufficio, G.L. Gatta, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge?)*, in <www.sistemapenale.it>, 17 luglio 2020.

(18) Art. 95 c.g.c.: "Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza".

(19) In ambito penalistico è del tutto pacifica l'equivalenza tra dubbio e dolo. Cfr. M. Gallo, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 792; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1999, 3^a ed. (rist.), 311.

(20) Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371, in *Corriere giur.*, 1999, 116, ha affermato che la discrezionalità legislativa non può espandersi fino al punto di eliminare la responsabilità amministrativo-contabile anche nei casi di comprovata irragionevolezza o arbitrarietà. Corte cost. 24 ottobre 2001, n. 340, in *Foro it.*, 2002, I, 327, con *Osservazioni* di G. D'Auria, ha precisato che l'individuazione del limite minimo di imputazione della responsabilità amministrativa nella colpa grave costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico, con impossibilità di un'ulteriore attenuazione.

(21) Corte conti, Sez. giur. giur. Siciliana, 3 luglio 2013, n. 2583; Sez. giur. reg. Lombardia, 10 giugno 2016, n. 95, in questa *Rivista*, 2016, fasc. 3-4, 252, con nota di richiami.

- colpevole inerzia nella prenotazione di vaccini influenzali da acquistare, comportante un prezzo di acquisto superiore rispetto a quello ottenibile qualora si fosse agito con tempestività;
- lesioni fisiche permanenti cagionate da un intervento chirurgico demolitorio effettuato senza svolgere i necessari esami preventivi (22);
- omessa attività endoprocedimentale – istruttoria o di controllo interno – che abbia comportato l'emissione di un provvedimento illegittimo con conseguente esborso di denaro pubblico (quale ad esempio un provvedimento di sovvenzione erogato senza la verifica dei presupposti per ottenerlo).

Anche questo paradigma non è estraneo alla giurisprudenza contabile, che si è espressa più volte in questo senso, configurando una *culpa in vigilando* dei dirigenti e degli organi di controllo quali, ad esempio, quella del capogruppo dei consiglieri regionali che non verifica l'inerenza delle spese soggette a rimborso sostenute dai singoli consiglieri (23), l'omessa vigilanza del segretario comunale sulle deliberazioni giuntali illegittime (24), l'omessa vigilanza sulla presenza in servizio dei dipendenti assenteisti, l'omessa vigilanza sugli alunni da parte di insegnanti e dirigenti scolastici (25), ovvero del capo del servizio amministrativo per mancata vigilanza su irregolarità contabili commesse dal cassiere (26).

Per evitare un'eccessiva dilatazione della responsabilità amministrativa, si ritiene, pur in consapevole contrasto con i risultati cui è approdata la giurisprudenza civilistica (27), che il presupposto giuridico dell'imputazione omissiva concorrente con la successiva azione positiva foriera di danno debba individuarsi nella sussistenza di una norma giuridica che preveda un obbligo giuridico di condotta o di controllo (28). Tale norma, invero, può essere rinvenuta, con riferimento ai principi di legalità e di buon andamento dell'azione amministrativa, nell'art. 97 Cost., la cui precettività è stata più volte affermata dalla Corte di cassazione, anche a Sezioni unite, allorché si è dovuta pronunciare sulla sussistenza del fatto tipico del delitto di abuso in atti di ufficio previsto dall'art. 323 c.p. (29).

Per quanto attiene alla prova del rapporto di causalità omissiva, si renderà necessario un giudizio controfattuale che consenta di verificare, secondo il principio della equivalenza delle cause, se la singola omissione abbia determinato una situazione tale per cui, senza le medesima, non si sarebbe verificato l'evento dannoso (30).

6. Conclusioni

Al termine di questa disamina, si può giungere all'affermazione che la riforma dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa posta in essere con l'art. 21 d.l. n. 76/2020 sia stata molto più apparente che reale.

La medesima, infatti, in tema di dolo, si limita a interpretare autenticamente la nozione di dolo, espungendo dall'ordinamento il c.d. *dolo contrattuale*, ormai incompatibile in un sistema definitivamente delineato secondo la responsabilità extracontrattuale, in favore del dolo aquiliano. La pacifica compatibilità dell'istituto del dolo eventuale con la lettera del c. 1 dell'art. 21 d.l. cit. consente di ritenere presente, per quanto riguarda gli illeciti dolosi, una copertura di tutela in linea con i principi costituzionali.

L'esonero da responsabilità per colpa grave commissiva si pone, sotto un profilo teorico, in oggettivo contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, ma può prestarsi ad un giudizio di non irragionevolezza fondato sulla stretta temporaneità della sua applicazione (diciotto mesi) e sulla ritenuta necessità di addivenire ad un discrezionale bilanciamento di interessi, ragionevole solo nella misura in cui sia temporalmente delimitato, che

(22) Per una fattispecie concreta di questo tipo, recentissima, Corte conti, Sez. giur. reg. Liguria, 14 settembre 2020, n. 59.

(23) Il *leading case* in materia è Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 28 luglio 2014, n. 163, in <www.contabilita-pubblica.it>, con nota di A. Vetro, *Nuove riflessioni sui finanziamenti dei gruppi politici presenti nei consigli regionali alla luce della più recente giurisprudenza, con particolare riferimento alla sentenza n. 163/2014 della Sezione giurisdizionale per la Lombardia della Corte dei conti*.

(24) Corte conti, Sez. III centr. app., 18 gennaio 2013, n. 40; Sez. II centr. app., 1 febbraio 2013, n. 41.

(25) Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 9 maggio 2012, n. 53; Sez. giur. reg. Lombardia, 19 marzo 2015, n. 41. Nella giurisprudenza civile, sulla responsabilità omissiva dell'istituto scolastico, Cass. 12 maggio 2020, n. 8811, in *Danno e resp.*, 2020, 603, con nota di L. Cannata, *La responsabilità degli educatori per danni provocati da un alunno nei confronti di altro alunno*. In dottrina, V. Tenore, *La responsabilità civile delle Istituzioni scolastiche e del relativo personale*, in *Scienza amm. scolastica*, 2017, fasc. 2, 35.

(26) Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 12 febbraio 1997, n. 9.

(27) Cass. 23 maggio 2006, n. 12111, afferma che "l'obbligo giuridico di impedire il verificarsi di un evento dannoso può sorgere in capo ad un soggetto non soltanto quando una norma o specifici rapporti gli impongano di attivarsi per impedire l'evento, ma anche quando tale obbligo possa derivare in base a principi desumibili dall'ordinamento positivo, non espresso, quindi, in forma specifica, con conseguente dovere di agire e di comportamento attivo".

(28) Convengono con tale affermazione Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 11 gennaio 2012, n. 24; Sez. giur. reg. Lazio, 13 novembre 2015, n. 449. Un'elencazione di fonti che prevedano doveri di vigilanza e di controllo si rinviene in V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 382-389.

(29) Il *leading case* è Cass. pen. 9 febbraio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1761, con nota di M.N. Masullo, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: la violazione di norme di legge*, seguita, tra le altre, da Cass. pen. 9 maggio 2000; 12 febbraio 2008. Cass. pen., S.U., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, 2140, ha ritenuto che, proprio prendendo come parametro di riferimento l'art. 97 Cost., sussista il vizio di violazione di legge anche in caso di c.d. sviamento di potere. Non ritengono, invece, che la violazione delle circolari ministeriali possa rientrare nell'alveo della c.d. violazione di legge Cass. pen. 13 maggio 2005, n. 27007; 21 aprile 2010, n. 15272.

(30) Tale principio è già stato affermato da Corte conti, Sez. giur. reg. Liguria, 30 marzo 1999, n. 361.

consenta una tempestiva ripresa degli investimenti pubblici ritenuti necessari in questo periodo di particolare contingenza economica, senza che i funzionari competenti possano accampare necessità di approfondimenti e di plurime valutazioni al fine di evitare di incorrere nella responsabilità amministrativa.

Tale aspetto è stato espressamente evidenziato nella conferenza stampa del Presidente del Consiglio dei ministri del 7 luglio 2020, nella quale si è sottolineata la natura eccezionale di tale disposizione, strettamente connessa all'emergenza Covid-19, volendo espressamente prevedere *“più rischi per il funzionario che tiene fermi procedimenti e opere non per quello che li sblocca”*.

Sotto un profilo applicativo, peraltro, l'impatto dovrebbe risultare meno incisivo di quanto si possa ritenere ad una lettura superficiale, in considerazione del fatto che gran parte delle condotte commissive presuppone comunque la presenza di inerzie procedimentali, piuttosto che il mancato approfondimento sulle singole clausole negoziali dei contratti pubblici stipulati, ovvero un'omessa vigilanza da parte degli organi di controllo interno o esterno, tutti fattori che possono incidere sul perfezionamento delle fattispecie dannose in base al principio della *conditio sine qua non*.

Spetterà in primo luogo alle procure regionali – e successivamente alle singole sezioni giurisdizionali – la capacità di superare gli antichi schemi su cui si è imperniato, negli ultimi anni, il giudizio di responsabilità amministrativa, compito cui sarà chiamata la magistratura contabile.

* * *