



ANTONIO RIVIEZZO *

L'ART. 28 DELLA COSTITUZIONE E LO SCUDO ERARIALE **

Abstract [It]: L'A. ripropone una lettura minoritaria dell'art. 28 della Costituzione repubblicana che oggi sembra rispondere meglio di quella tradizionale alle esigenze della democrazia contemporanea alla luce delle modifiche al testo originario della Carta intervenute *medio tempore*. In particolare, il microsystema che ruota attorno all'art. 28 Cost. reinterpretato viene utilizzato per valutare le ipotesi di riforma della giustizia contabile attualmente in discussione al Senato.

Abstract [En]: The author proposes a minority interpretation of Article 28 of the Italian Constitution, which today seems to respond better than traditional interpretation to needs of contemporary democracy, in light of the amendments *medio tempore* made to the original text. In particular, the microsystem that revolves around the reinterpreted Article 28 is used to evaluate the accounting justice reform proposals currently under consideration by the Senate of the Italian Republic.

Parole chiave: Responsabilità giuridica, Responsabilità dei funzionari pubblici, Responsabilità dei dipendenti pubblici, Responsabilità erariale, Responsabilità contabile.

Keywords: Legal Responsibility, Responsibility of Public Officers, Responsibility of Civil Servants, Erarial Liability, Accountancy.

SOMMARIO: 1. La responsabilità erariale: struttura e funzione. – 2. La responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici nell'art. 28 della Costituzione. – 3. La responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici nelle fonti primarie. – 4. Lo scudo erariale in contesto emergenziale e il progetto di sua stabilizzazione. – 5. La responsabilità erariale nel sistema costituzionale.

* Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Siena.

** Contributo sottoposto a *peer review*. Il saggio costituisce il nucleo di una riflessione più distesa che confluirà in un volume di Scritti in onore di Giovanni Minnucci, di prossima pubblicazione per i tipi Mimesis

1. La responsabilità erariale: struttura e funzione

Costantino Mortati non è stato solo un insigne studioso ma anche un ascoltato uomo delle istituzioni, un giurista che ha coperto tanto il versante speculativo quanto quello operativo della disciplina; sembra perciò appropriato ricordarlo, nel quarantennale della sua scomparsa, con una breve riflessione attorno all'art. 28 Cost., dato che la riforma dell'ordinamento della Corte dei conti (*in itinere* al momento della stesura di queste note) si iscrive in quella cornice costituzionale e interessa proprio l'apparato presso cui ha servito all'alba della sua parabola¹.

Il controllo delle finanze e del patrimonio pubblici ha da sempre rappresentato un imperativo per qualsiasi organizzazione statale, preoccupata innanzitutto di non restare con le casse esangui a causa di sprechi derivanti da scelte errate o da condotte predatorie e incaute di funzionari incapaci o infedeli.

Nello Stato italiano l'istituzione della responsabilità dell'amministratore per lesioni arrecate all'Erario risale al periodo monarchico, quando la giurisdizione contabile venne attribuita a un giudice *ad hoc*, la Corte dei conti (legge 14 agosto 1862, n. 800).

La c.d. responsabilità erariale ha quindi una matrice liberale e nasce per preservare il valore politico-economico del pareggio di bilancio dello Stato, e dei suoi enti territoriali e funzionali, rispetto a impegni di spesa illegittimi o inopportuni.

Se, in termini generali, 'responsabilità' significa infatti 'capacità di un soggetto di rispondere' – nel senso di: 'accettare le conseguenze' – delle sue azioni², quella erariale si atteggia a forma particolare di tale capacità di risposta: giuridica e secondaria.

'Giuridica', in quanto attiene al c.d. foro esterno ed è precostituita tramite regole ufficiali dettate da un'autorità competente³; 'secondaria', in quanto implica la certazione di un pregiudizio per le casse pubbliche a seguito di una qualche azione od omissione del soggetto preposto, il quale dovrà poi riparare al danno cagionato in forza del legame con l'ente di appartenenza.

Date tali caratteristiche, la responsabilità erariale si differenzia tanto dalla responsabilità *morale*, che attiene al c.d. foro interno, quanto da quella schiettamente *politica*, in cui difetta un chiaro collegamento tra fatto antiggiuridico esterno e sua sanzione⁴.

¹ Notizie dettagliate sulla biografia intellettuale del Nostro in F. LANCHESTER, *Mortati, Costantino*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto* (2012), consultabile *ad vocem* nel portale www.treccani.it

² G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1341-1369.

³ N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, Utet, 1965, 330-339.

⁴ L'amministratore che non sia dipendente (cioè che ricopra una carica onoraria) incorre certamente in responsabilità *politica* quanto agli atti liberi nel fine che ponga in essere, mentre incrocia la responsabilità *giuridica* ogni qual volta compia atti discrezionali o vincolati; le norme sulla responsabilità politica, pur collegate a contegni esteriori, sembrano dunque appartenere al più ampio *genus* delle norme sociali; *contra* v. però A. PACE, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 2003, 385-404.

Soggettivamente, poi, tale responsabilità investe indistintamente tutti coloro che, *de iure* o anche solo *de facto*, si ritrovino a svolgere mansioni di servizio: politici, dirigenti, funzionari e dipendenti pubblici⁵.

2. La responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici nell'art. 28 della Costituzione

Dopo tale contesto – e fatta eccezione per alcuni contributi immediatamente successivi alla promulgazione della Carta del 1947 – il tema *de quo*, curiosamente, non è stato però tra i più frequentati dai costituzionalisti repubblicani, nonostante la questione coinvolga, a ben vedere, la forma stessa dello Stato⁶.

L'impressione è che l'atteggiamento dottrinale sia stato per lo più consonante col tono del dibattito tenutosi in Assemblea costituente – e prima ancora nella Commissione dei 75 e nella I Sottocommissione – a proposito dell'attuale art. 28 Cost., che su quella responsabilità dispone; un tono, per molti versi, pigro ed erratico⁷.

La formulazione della prima frase della disposizione (secondo cui i funzionari e i dipendenti pubblici sono «*direttamente* responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti», corsivo aggiunto), a dispetto delle apparenze, non brilla per chiarezza; così come dà da pensare il secondo periodo («la responsabilità civile *si estende* allo Stato e agli enti pubblici», corsivo aggiunto).

A dire il vero, se ci si concentrasse soltanto sulle parole enfaticizzate, si sarebbe tentati di concludere che l'art. 28 Cost. sia chiarissimo nel proporre un assetto rinnovato del rapporto tra pubblico potere e cittadinanza: altro che 'pigrizia'!

Bisogna in effetti ricordare che la legislazione statutaria mandava esente da responsabilità verso i terzi il funzionario/dipendente infedele o malaccorto: le sue condotte illecite venivano imputate in via diretta ed esclusiva all'ente presso cui serviva, in forza del postulato di immedesimazione organica (*Organschaft*)⁸.

⁵ Per il vero, si discute se quella di 'funzionario' sia un'accezione normativa ampia, comprendente cioè qualsiasi persona fisica che risulti in qualche modo collegata allo svolgimento della funzione pubblica, oppure ristretta, riferibile ai soli organi politici, contrapposta quindi a quella di 'pubblico dipendente'. Il dilemma può essere qui accantonato poiché gli organi politici risultano formalmente assoggettati al medesimo regime di responsabilità del pubblico impiegato (*i.e.*: giuridica) quando la loro azione non si sostanzia nell'adozione di atti politici ma di atti esecutivi di quelli politici, ossia amministrativi: sul tema v. ampiamente L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2001, part. 165 ss.

⁶ Mi riferisco in particolare a C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1951, 1-33.

⁷ F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986, 41-75. Fabio Merusi (e prima di lui Carlo Esposito, citato *supra*) attribuisce l'oscurità dell'enunciato dell'art. 28 Cost. alla confusione sul tema che regnava in Assemblea.

⁸ In argomento v. almeno le sintesi di S. FODERARO, *Organo (teoria dell')*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, Utet, 1965, 214-216, e, più analiticamente, M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 37-60.

La teoria dell'organo assicurava in tal modo al privato il sicuro ristoro del danno patito, vista la scontata capacità di adempiere delle persone giuridiche pubbliche, salvaguardando le fondamenta economiche su cui lo Stato italiano era stato edificato (libertà di impresa e tutela della proprietà privata).

La soluzione liberale, tuttavia, lasciava potenzialmente indenne dalle conseguenze delle sue azioni colui che avesse mal eseguito i suoi compiti, qualora questi non fosse stato chiamato dalle autorità competenti alla rifusione delle spese sostenute dall'ente cui faceva capo.

Il che può essere razionalizzabile in un ordinamento come il Regno d'Italia, in cui difetta per definizione l'identità tra governanti e governati, ma risulta poco coerente con l'idea di democrazia rappresentativa propria della Repubblica italiana.

Oggidi l'istituto della responsabilità erariale, infatti, non si rivolge più soltanto ai terzi danneggiati e, in seconda battuta, all'amministrazione di appartenenza, ma anche alla società civile nel suo insieme⁹.

Affermare in una costituzione liberal-democratica una responsabilità diretta dell'amministratore assumeva perciò un senso prima sconosciuto: significava dire che chi usa in concreto del potere legale deve rispondere in prima persona di un suo esercizio distorto *innanzitutto* verso il titolare della sovranità, che non è più lo Stato-apparato ma lo Stato-comunità, ossia il popolo (art. 1 cpv. Cost.)¹⁰.

Naturalmente occorre anche che la giuridificazione di un tale alto principio non dimidiasse le garanzie risarcitorie del singolo, come sarebbe avvenuto qualora alla responsabilità diretta ed esclusiva dell'ente si fosse sostituita *de plano* quella diretta ed esclusiva dell'amministratore; e il secondo periodo dell'art. 28 Cost. – assicurando che l'imputazione della responsabilità alla persona fisica in posizione di servizio non escluda quella dell'ente di appartenenza (cui la prima «si estende») – appunto a questo mira.

La versatilità del paradigma dell'organo consente una tale operazione, in teoria¹¹; sfortunatamente il diavolo si nasconde nei dettagli e – nella fattispecie – nell'incidentale del primo periodo «secondo le leggi penali, civili e amministrative», che plasma il principio di responsabilità diretta della persona fisica in posizione di servizio.

Non è chiaro in particolare se con tale formula la Costituzione abbia sancito una norma di riserva o disposto un mero rinvio al diritto oggettivo già esistente; e solo nel primo caso si sarebbe al cospetto di un'istanza conformativa rivolta dal legislatore costituzionale a quello ordinario.

È qui che si concluderebbe – animato da estensori, applicatori e commentatori – lo snodo pigro ed erratico di cui si diceva sopra.

⁹ G. BERTI, *La responsabilità pubblica: costituzione e amministrazione*, Padova, Cedam, 1994.

¹⁰ Restano fondamentali, all'uopo, le pagine – pur incompiute – del Nostro: C. MORTATI, *Art. 1 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1975, 1 ss.

¹¹ Per tale rilievo v. ad es. G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, Treccani, 1990, 1-8 (*ad vocem*).

La maggior parte degli addetti ai lavori infatti ha visto nel riferimento *de quo* un rimando alla disciplina già in vigore; in più, condizionate forse dal secondo periodo della disposizione, dottrina e giurisprudenza maggioritarie hanno letto l'intero art. 28 Cost. in chiave prettamente civilistica, ponendo minore attenzione al suo significato penale e amministrativo¹².

L'esito ultimo è stato quello di circoscrivere la portata innovativa dell'art. 28 Cost. alla creazione di una responsabilità purchessia, civile e diretta, del funzionario e del dipendente pubblico verso i terzi danneggiati.

Tale interpretazione, alquanto riduttiva, risultava peraltro molto pratica, poiché faceva salva la gran parte del diritto oggettivo pregresso e degli studi sull'azione amministrativa elaborati fino a quel momento.

Il depotenziamento dell'art. 28 Cost., insomma, racconta di un approccio conservativo, tanto più che, pur assunta nel suddetto significato civilistico, la norma avrebbe comunque potuto avere un'incidenza maggiore sul rapporto tra governanti e governati se solo, come pure era stato proposto, si fosse riferito il (presunto) rinvio al diritto comune, e quindi se ne fosse estratto un divieto costituzionale di leggi speciali in materia¹³.

Ma anche tale esegesi ebbe scarsissima fortuna e la giurisprudenza costituzionale ha infine chiuso la questione affermando che l'art. 28 Cost. avrebbe semplicemente imposto al legislatore ordinario di prevedere una qualche forma di responsabilità diretta del funzionario e del dipendente, non necessariamente agganciata al diritto comune¹⁴.

3. La responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici nelle fonti primarie

disciplina generale di rango primario, che si ritrova soprattutto negli artt. 18 ss. del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e s. m. i. e nell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e s. m. i. poggia silenziosamente sulla suddetta lettura minima dell'art. 28 Cost.¹⁵.

¹² Per un'autorevole posizione minoritaria v. però F. MERUSI e M. CLARICH, *Art. 28 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1991, 356-393.

¹³ E. CASETTA, *L'illecito degli impiegati civili dello Stato, secondo il loro nuovo statuto giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, 423-455; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*³, Padova, Cedam, 2003, 267 ss.

¹⁴ In particolare, risulta legittimo, in deroga a quanto prescritto in via generale dall'art. 2043 c.c., prevedere un'esenzione da responsabilità per le ipotesi di *colpa lieve*, mentre appaiono sicuramente illegittimi istituti come la c.d. garanzia amministrativa, consistente nella necessità di un'autorizzazione concessa discrezionalmente dall'ente di appartenenza affinché si possa procedere contro un suo funzionario: cfr. Corte cost., sent. n. 64 del 1992, spec. il punto 2 del considerato in diritto, ove si legge: «l'art. 28 della Costituzione stabilisce la responsabilità diretta per violazione di diritti tanto dei pubblici dipendenti per gli atti da essi compiuti, quanto dello Stato o degli enti pubblici, rimettendone la disciplina dei presupposti al legislatore ordinario (cfr. in proposito le sentenze n. 18 del 1989, n. 26 del 1987, n. 148 del 1983, n. 123 del 1972)». Ciò non vuol dire che il legislatore non possa emanare norme limitative della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti, anche escludendola in relazione a determinate situazioni oggettive o soggettive (in tal senso v. già le sentenze n. 18 del 1989 e n. 2 del 1968).

¹⁵ L'unica forma di responsabilità diretta degli amministratori pubblici che potrebbe vantare un fondamento costituzionale diverso dall'art. 28 Cost. è quella *disciplinare*, qualora il riferimento dell'art. 98, 1° comma, Cost. al

Un profilo interessante della normativa in vigore è che anche l'amministratore pubblico che dipendente non sia soggiace a responsabilità diretta, con l'unica significativa differenza che la sua condotta potrà essere valutata in base a parametri parzialmente diversi da quelli applicabili al semplice impiegato (v. rispettivamente l'art. 21 e l'art. 55 del d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165 e s.m.i.), restando peraltro identiche le conseguenze sanzionatorie.

Verso i terzi, la responsabilità che viene regolata è fondamentalmente quella civile extracontrattuale, con la peculiarità che mentre l'ente pubblico risponde dei danni cagionati dal proprio dipendente o funzionario *ex artt.* 2043 ss. c.c. (se non addirittura oggettivamente)¹⁶, l'amministratore risponde solo per lesione antigiuridica cagionata con dolo o colpa grave (art. 23, 1° comma, d.P.R. n. 3 del 1957 e art. 1, comma 1, legge n. 20 del 1994).

Oltre che esternamente, però, gli amministratori sono responsabili internamente, verso il datore di lavoro (c.d. responsabilità amministrativa), pur se in base a moduli sostanziali e processuali diversificati.

Occorre infatti distinguere una responsabilità amministrativa generale (o *patrimoniale*), e tre speciali (*contabile*, *disciplinare* e *dirigenziale*).

La responsabilità patrimoniale riguarda tutti gli amministratori pubblici ed è disciplinata dagli artt. 81 ss. del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e dall'art. 52 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, entrambi modificati a più riprese. Tale forma generale di responsabilità sorge dalla condotta illecita del funzionario o dipendente che abbia cagionato all'amministrazione di appartenenza o ad altro ente pubblico il danno c.d. erariale.

Particolare interesse riveste l'esistenza di un potere riduttivo dell'addebito accordato al giudice contabile, il quale può decidere, valutate le circostanze del caso, di non porre a carico dell'incolpato l'intero ammontare del risarcimento (art. 83, 1° comma, R.D. n. 2440 del 1923)¹⁷.

In responsabilità *contabile* incorrono invece solo gli agenti contabili, ossia le persone fisiche autorizzate al maneggio di denaro o altri valori e tenute al rendiconto, nonché coloro che *di fatto* svolgano tali funzioni (c.d. contabili di fatto); rispetto alla responsabilità patrimoniale generale, quella degli agenti contabili (*de iure* e *de facto*) si caratterizza processualmente per l'inversione dell'onere probatorio: sarà dunque l'incolpato a dover dimostrare la propria diligenza se vorrà andare esente da condanna.

La responsabilità *disciplinare*, da parte sua, riguarda solo i dipendenti (non i funzionari) che incorrano in violazioni dei doveri di servizio, individuati dal datore di lavoro

«servizio esclusivo della Nazione» venisse inteso come una declinazione più specifica del generale dovere di adempimento delle funzioni pubbliche con «disciplina e onore» incombente su tutti gli affidatari *ex art.* 54 Cost.: v. C. PINELLI, *Art. 98, 1° comma*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione, La Pubblica amministrazione. Art. 97-98*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1994, 412-428, spec. 419.

¹⁶ Cfr. R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 884-902, spec. 891 ss.

¹⁷ Tale circostanza, unitamente al termine prescrizione breve di cinque anni, induce a ritenere quella patrimoniale una responsabilità *sanzionatoria di diritto pubblico* e non ripristinatoria di diritto privato: v. F. GARRI, *Responsabilità civile dei dipendenti pubblici*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, 1-7 (*ad vocem*), spec. 3.

nell'esercizio del suo potere direttivo *ex art.* 2106 c.c., mentre per le figure apicali è prevista (dal 1993) una responsabilità *dirigenziale*, consistente nel «mancato raggiungimento degli obiettivi» e/o nella «inosservanza delle direttive imputabili al dirigente» (art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001)¹⁸.

4. Lo scudo erariale in contesto emergenziale e il progetto di sua stabilizzazione.

L'art. 28 Cost. nella *vulgata* sarebbe quindi una clausola orientata al risarcimento e di minimo impatto sulla legislazione statutaria, fatta eccezione per l'effetto caducatorio delle c.d. garanzie amministrative discendente *de plano* dall'avverbio 'direttamente'.

L'aver inteso riduttivamente il riferimento alle «leggi penali, civili e amministrative», in particolare, ha comportato che il rapporto tra i vari tipi di responsabilità (civile, penale, amministrativa) sia stato ricostruito nei termini di un cumulo *eventuale*, e non (come sarebbe sembrato più logico) *necessario*¹⁹.

La Costituzione si sarebbe limitata a dire che gli amministratori sono sempre responsabili delle loro azioni, ma solo nei termini e nei limiti in cui la legge ordinaria vuole che lo siano; gli unici punti fermi sarebbero che una responsabilità per danno erariale debba esserci, che debba essere accertata da un giudice *ad hoc* (la Corte dei conti *ex art.* 103 Cost.) e che debba riguardare tanto i soggetti politici, quanto i dirigenti, funzionari e dipendenti pubblici.

Oltre non si riesce ad andare e da qui in avanti si schiuderebbero spazi sconfinati per le libere determinazioni del legislatore ordinario.

In prospettiva democratica una simile costruzione presenta però almeno due inconvenienti che rendono farraginoso e poco coerente il funzionamento dell'istituto.

In primo luogo, benché la formulazione letterale dell'art. 28 Cost. facesse chiaramente intendere che la responsabilità diretta fosse *solo* quella del preposto (intervenendo l'ente in via sussidiaria), dato che tale soluzione finiva col rappresentare un passo indietro rispetto alle preesistenti garanzie risarcitorie si è sostenuto che la responsabilità del funzionario/dipendente per fatto illecito andasse a sommarsi a quella, *anch'essa diretta*, dell'istituzione.

In tal modo si genera però quella risposta asimmetrica del sistema per cui la persona giuridica pubblica risponde anche per fatti lievemente colposi e il funzionario/dipendente no; che le due responsabilità fossero soggette a regimi giuridici diversi viene ancora oggi

¹⁸ Nell'ultima fattispecie balza all'occhio la vaghezza dei parametri da valutarsi, che sembra collocare quella dirigenziale nel campo delle responsabilità politiche più che giuridiche: la regola giuridica precostituita cui rapportare il comportamento concreto è infatti meramente processuale (non sostanziale), precostituito essendo soltanto l'organo chiamato a effettuare la valutazione. La responsabilità del dirigente appare dunque di collocazione problematica poichè il parametro normativo in base al quale valutarne la condotta viene precisato solo in sede di contestazione dell'addebito. Nondimeno, siccome anche il «mancato raggiungimento degli obiettivi» e la «inosservanza delle direttive» risultano astrattamente idonei a prefigurare un danno (e quindi una responsabilità) erariale, il rilievo non inibisce una trattazione unitaria delle posizioni in discorso.

¹⁹ Per il cumulo necessario pendevano invece Carlo Esposito e Fabio Merusi, citati *supra*.

generalmente spiegato come un'epifania della discrezionalità del legislatore, all'ombra di una non dichiarata logica protettiva del preposto.

In secondo luogo, a seguire sino in fondo tale modello esplicativo vi è il rischio concreto che il nesso di immedesimazione organica venga meno proprio in presenza dell'atteggiamento psichico *doloso* del funzionario/dipendente, lasciando paradossalmente prive di tutela le fattispecie lesive più gravi, soprattutto ove estrinsecantesi in contegni omissivi²⁰.

Il titolo costituzionale istitutivo di una responsabilità civile autonoma dell'ente fu allora rinvenuto all'interno del sistema binario composto dagli artt. 113 e 24 Cost., ove si combinavano il diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi (24) e di ricorrere contro gli atti della Pubblica amministrazione (113)²¹.

Ora, è senz'altro apprezzabile che l'apparato di potere subentri al danneggiante per non lasciare il cittadino danneggiato privo di reali prospettive risarcitorie; salvo che subito dopo l'ente o altra autorità si attivi per recuperare quanto anticipato.

Gli uffici pubblici sono infatti finanziati dai contribuenti (*ex art. 53 Cost.*) e se si omettesse di esercitare il regresso si finirebbe per scaricare sulla collettività i costi imputabili al funzionario/dipendente infedele o incapace.

Al contrario, il potere di azione è già oggi costruito come sostanzialmente discrezionale²² e, quand'anche l'amministrazione o l'autorità di controllo si risolvesse ad agire, la previsione di un potere giudiziario di riduzione dell'addebito mette in crisi la logica d'istituto a vantaggio, di nuovo, di quella protettiva.

E, come detto, se questo può essere compatibile con la forma di Stato liberale, non corrisponde punto alla struttura democratica del potere legale, in cui la sovranità appartiene al popolo e non all'apparato di governo.

La logica protettiva che – *repetita iuvant* – si radica nella suesposta dequotazione dell'art. 28 Cost., ha raggiunto il suo culmine in costanza della pandemia da Covid-19, allorquando le contingenze economico-sanitarie hanno indotto il Parlamento a limitare l'area della responsabilità erariale alle sole fattispecie dolose, escludendo quindi anche le gravemente colpose (inizialmente sino al 30 aprile 2025 *ex art. 21, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*; termine successivamente esteso al 31 dicembre 2025 dall'art. 1, comma 1, del d.l. 12 maggio 2025, n. 68).

Il problema democratico si concluderebbe se una tale misura (c.d. scudo erariale) da congiunturale divenisse strutturale, come peraltro il legislatore avrebbe in animo di disporre:

²⁰ La teoria organica, infatti, spiega molto bene gli atti del funzionario/dipendente infedele ma non i suoi comportamenti, soprattutto se si tratti di condotte maliziosamente omissive o dilatorie; per ovviare al problema è servita una giurisprudenza pretoria che ha costruito una responsabilità indiretta della persona giuridica pubblica per le condotte materiali non culminanti in atti (v., tra le più recenti, Cass. civ., III, ordd. n. 35020 del 19 novembre 2022, n. 35419 del 1° dicembre 2022, n. 35872 del 6 dicembre 2022, n. 36902 del 16 dicembre 2022, n. 365 del 10 gennaio 2023 e, da ultimo, n. 865 del 9 gennaio 2024), richiamantesi all'art. 2049 c.c.

²¹ R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1955, 27 ss.

²² A fronte dell'obbligo formale di denuncia gravante su dirigenti e autorità di controllo, gli adempimenti istruttori sono infatti onerosi e soggetti a valutazioni preliminari aleatorie, tanto da rimettere sostanzialmente il tutto alla risolutezza del denunciante e della Procura contabile.

il 10 aprile 2025 la Camera dei deputati ha infatti approvato il d.d.l. AC1621, noto ‘Foti’, trasmettendolo al Senato ove è attualmente all’esame delle Commissioni competenti col numero AS1457.

Tra le moltissime cose, il progettato intervento riformatore prevede la stabilizzazione dell’impianto esclusivamente doloso della responsabilità erariale, l’inversione dell’onere probatorio per i funzionari (non per i dipendenti) e l’assimilazione del dolo erariale a quello penalistico (dolo di evento) anziché civilistico (dolo *in adimplendo*)²³.

Non solo: quello che prima era un potere discrezionale del giudice contabile (la riduzione del risarcimento in base alla valutazione delle circostanze del caso) diverrebbe un precetto tassativo di legge; l’entità del danno da risarcire, per il pubblico amministratore, non potrebbe cioè superare in nessun caso il trenta per cento del danno effettivamente arrecato e comunque il doppio della retribuzione annua del responsabile.

La pur comprensibile esigenza di evitare la paralisi amministrativa (“panico da firma” o “burocrazia difensiva”) però non può essere contrastata sottraendo *per legem* al vaglio giurisdizionale un’intera categoria di atti e comportamenti: fare ciò sottintende infatti una concezione del potere pubblico che non appartiene alla dimensione democratica della convivenza ma – a tutto concedere – alla visione vetero-liberale della sovranità²⁴.

In altre parole, come ha implicitamente ammesso la stessa Consulta nella non del tutto compresa sentenza n. 132 del 2024, la distanza tra il diritto emergenziale e quello ordinario è risolutiva nel vaglio di legittimità costituzionale²⁵.

Si può comprendere, e persino giustificare, una limitazione della responsabilità erariale in situazioni straordinarie, data la necessità di garantire continuità all’azione pubblica in un quadro di informazioni estremamente incomplete e di tempistiche convulse²⁶; altro conto è però normalizzare un regime giuridico eccezionale in violazione del principio di legalità (implicante, in qualsiasi accezione lo si voglia intendere, l’esercizio *sub lege* del potere legale)²⁷.

5. La responsabilità erariale nel sistema costituzionale

²³ Come la giurisprudenza contabile ha costantemente ritenuto sino a oggi (v. da ultimo Corte conti app., sent. n. 317 del 16 novembre 2020); ciò significa, per la Procura contabile, dover provare non solo la coscienza e volontà dell’amministratore di violare una norma di comportamento (c.d. dolo dell’azione), ma anche dimostrare che questi abbia voluto arrecare il danno all’Erario, nella misura in cui l’ha poi effettivamente arrecato, attraverso la dimostrata trasgressione (c.d. dolo dell’evento).

²⁴ In dottrina il punto è colto e svolto, tra gli altri, da O. SEPE, *La giurisdizione contabile*², in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XVI, Padova, Cedam, 1997, spec. 67 ss.

²⁵ Lo attesta – senza dover per forza scomodare la giurisprudenza – l’art. 78 Cost., il quale prevede la delega parlamentare al Governo dei «poteri necessari» per fronteggiare lo stato di belligeranza, in implicita deroga al normale assetto funzionale della Repubblica.

²⁶ V. Corte cost., sent. n. 132 del 2024, spec. il punto n. 6.6.1 della motivazione in diritto, ove viene detto che la transizione burocratica verso un’amministrazione di risultato non può «concretizzarsi, sullo specifico piano dell’elemento soggettivo, in un regime ordinario che limitasse la responsabilità amministrativa alla sola ipotesi del dolo».

²⁷ In ciò concordano sia teorici del diritto come P.P. PORTINARO, *Legalità, principio di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, Treccani, 1996, 216-225, e R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, Utet, 1994, 84-97, sia costituzionalisti fautori della legalità, tanto c.d. sostanziale (ad es. L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, Treccani, 1990, 1-14, *ad vocem*, part. 11), quanto formale (ad es. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659-703, spec. 689 ss.).

Tutto nasce però dall'interpretazione svalutativa dell'art. 28 Cost. di cui si diceva poc'anzi: seppure inizialmente mossa dalla preoccupazione di non introdurre nella neonata Repubblica norme che potessero mettere in discussione le faticose conquiste del sistema previgente, infatti, quella lettura ha finito semplicemente per allontanare l'apparato governante dalla collettività governata, puntellando un assetto di potere dalla cifra larvamente autoritaria.

Appare tuttavia possibile, oggi, recuperare la precoce intuizione di Carlo Esposito, che attribuiva all'art. 28 Cost. una portata diversa, intendendo il riferimento alle «leggi penali, civili e amministrative» come esprimente una norma di riserva.

Il testo della disposizione in parola è infatti il risultato di una serie di emendamenti che ne hanno sensibilmente alterato la formulazione iniziale, occultando e in qualche modo sterilizzando la sua *ratio* di rafforzamento della tutela dei diritti civili.

L'art. 22 del Progetto preliminare era sul punto molto più chiaro, parlando di una responsabilità per atti che avessero violato i «diritti di libertà sanciti dalla presente Costituzione»; formula, questa, che limitava al solo livello costituzionale il novero delle situazioni giuridiche soggettive garantite.

L'espunzione dell'ultima porzione testuale ha assunto nella comune opinione il senso di un'estensione del catalogo dei diritti da proteggere²⁸ ma, secondo la classica eterogenesi dei fini, ha prodotto l'effetto opposto: l'eccessivo allungamento della lista delle posizioni da presidiare con legge ha indotto a pensare che la relativa disciplina fosse demandata *in toto* alla discrezionalità del legislatore ordinario.

Alla fine, insomma, il voluto rafforzamento si è trasformato in un generalizzato indebolimento, poiché se tutto va garantito, allora niente può essere del tutto garantito.

Viceversa, in base alla dottrina di Esposito (ripresa tempo dopo da Merusi), l'art. 28 Cost. avrebbe istituito un obbligo per le Camere di prevedere conseguenze penali (oltre che civili e amministrative) per quei comportamenti del funzionario e del dipendente che avessero cagionato, appunto, una «violazione di diritti»; ciò significa, letteralmente, che quei diritti non possono essere violati e, quindi, che sono *in-violabili*.

Ora: la dichiarazione di inviolabilità non è una formula di maniera²⁹ ma si riferisce a quei diritti esercitabili dal titolare senza la necessità di alcuna *interpositio legislatoris*; diritti che potrebbero essere conculcati dal Governo se la Costituzione non li ponesse al riparo da tale eventualità.

Tali sono i diritti costituzionali cui fanno riferimento, innanzitutto, l'art. 2 Cost. e, in secondo luogo, gli artt. 13 ss. Cost. (le libertà tradizionali), nonché alcuni altri diritti

²⁸ E proprio questo malinteso ha indotto la maggior parte dei commentatori ad abbandonare l'opzione per il cumulo necessario delle responsabilità, poiché, altrimenti, si sarebbe dilatato l'ordinamento penale sino a ricompredervi praticamente *tutto* l'ordinamento giuridico!

²⁹ Per questa posizione v. comunque S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*³, Torino, Giappichelli, 2017, 103.

ugualmente *self executing*: libertà sindacale (art. 39 Cost.), diritto alla equa retribuzione (art. 36 Cost.) e diritto di sciopero (art. 40 Cost.) tra gli altri³⁰.

Se ciò che si è detto sinora è condivisibile, occorre però anche ammettere che il regime giuridico della responsabilità erariale va ricostruito anche in base ad altre clausole supreme che non siano il solo art. 28 Cost.: un'interpretazione coordinata di più paradigmi costituzionali orienta in maniera insospettabilmente stringente il «potere discrezionale del Parlamento» di cui parla la legge 11 marzo 1953, n. 87 (al suo art. 28).

Tali parametri hanno già fatto capolino nel corso della disamina: l'art. 1 cpv. (principio di sovranità popolare), l'art. 2 (garanzia dei diritti inviolabili), l'art. 53 (dovere tributario) e l'art. 81 Cost. (principio dell'equilibrio del bilancio).

Da questo sistema si innerva una concezione del potere che esige un profondo ripensamento della dicotomia tra governanti e governati e, prima ancora, una significativa ridefinizione in senso democratico della sovranità.

Nello specifico, chi governa (apparato statale) non può liberamente disporre di una ricchezza non sua ma che deve gestire in nome e per conto del suo titolare formale (il popolo sovrano).

In tale schema, i soldi pubblici non solo non vanno sprecati, ma nemmeno rinunciati.

Il ragionamento trova il suo punto di chiusura nell'ulteriore – e ultima – disposizione costituzionale che qui merita un cenno, ovvero l'art. 47.

Già il fatto che la Repubblica debba incoraggiare e tutelare *ogni* forma di risparmio (art. 47, 1° comma) implica che agli apparati di potere sia precluso adottare provvedimenti che ostacolino quella pratica, considerata una componente essenziale dell'intero sistema economico³¹.

E siccome circoscrivere eccessivamente l'area della responsabilità erariale significa – in termini di cassa e di competenza – mettere indebitamente sotto pressione le finanze pubbliche (visto che la rinuncia *ope legis* al recupero di quelle somme si tradurrebbe o in un ulteriore onere tributario o nella riduzione degli *standard* dei servizi erogati alla comunità), allora una tale scelta dovrebbe ritenersi costituzionalmente preclusa alle Camere.

Lo stesso *favor* per il risparmio popolare, da orientare verso l'acquisizione della proprietà abitativa e coltivatrice e verso l'accesso all'investimento azionario (art. 47, 2° comma) porta a una conclusione del medesimo tenore: non rivalersi sul funzionario e sul dipendente gravemente colpevole, in ultima analisi, spinge il comportamento economico collettivo verso il consumo anziché il risparmio e rende di conseguenza più difficoltoso l'accesso a quelle proprietà e quei mercati mobiliari il cui scopo ultimo era ed è, nella mente dei

³⁰ Siccome, però, i lavori preparatori e la collocazione sistematica inducono a considerare l'art. 28 Cost. una vera e propria norma di chiusura, ecco che la categoria dei diritti costituzionali verrebbe a coincidere perfettamente con quella dei classici diritti di libertà, come riportava il testo della I Sottocommissione.

³¹ F. MERUSI, *Art. 47*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici. Art. 45-47*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1980, 153-187, spec. 183 ss.

Costituenti, il perseguimento della maggior omogeneità possibile del tessuto sociale³², in funzione del rafforzamento del patto civico fondamentale.

Le prospettate riforme sottintendono invece l'aprioristica accettazione di perdite economiche da inefficienza e ciò prefigura *ipso facto* una posta passiva del bilancio statale che andrà fatalmente a rendere più difficoltoso il conseguimento di quell'obbiettivo.

Ben venga, insomma, un riordino normativo della responsabilità erariale (lo ha auspicato la stessa Corte costituzionale, del resto³³), ma precisando i contorni della «colpa grave», non eliminandola; efficientando i meccanismi di recupero delle somme anticipate per fatto colpevole del funzionario/dipendente, non abbattendo il montante risarcibile; garantendo, in una parola, che il potere legale sia effettivamente esercitato *sub*, non *sine*, *lege*.

³² Ciò perché si ritiene che in tal modo sia più facile disinnescare le dinamiche disgreganti che fatalmente si attivano in presenza di divari socio-economici percepiti come eccessivamente ampi e per ciò solo iniqui. Sul progetto sociale costituzionale, volendo, il mio *Di norma solidale. Costituzione e progetto sociale nell'acquis della solidarietà*, Milano, Franco Angeli, 2024, spec. 131 ss.

³³ Cfr. nuovamente la sent. n. 132 del 2024, spec. n. 11 della motivazione in diritto.