

FRANCESCO FOLLIERI

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche per l'Impresa della LUM "Giuseppe Degennaro"

follieri@lum.it

POLITICA, BUROCRAZIA E BUON ANDAMENTO

POLITICS, BUREAUCRACY, AND GOOD ADMINISTRATION

SINTESI

Il lavoro muove da precedenti riflessioni sul rapporto tra politica e amministrazione. Se ne derivano alcune proposte – la separazione tra organi che sono a servizio della politica ed i restanti; la selezione per merito e la conferma in base ai risultati, per i secondi. Identificati i problemi della relazione, se ne mettono in luce le storture quanto alla misurazione della performance della burocrazia, a causa della mancata assunzione di responsabilità degli organi politici. Anche le recenti riforme, dirette a ridurre la responsabilità dei funzionari, non sembrano andare nella direzione corretta, perché la buona amministrazione deriva da funzionari capaci e non irresponsabili.

ABSTRACT

The paper takes advance of the analysis carried out in a previous work in this journal (*Politica e amministrazione*). Under that theoretical background, the author proposes two remedies, such as separate executive's bodies organs serving political representative form the rest of public administration and appoint the office only by merit and measure the performances of bureaucracy. In spite of this, Italian legislation issued a mechanism torpedoing KPI (Key Performance Indicators), by political omissions and recently reduced officials' responsibilities.

PAROLE CHIAVE: politica e amministrazione – responsabilità amministrativa – buona amministrazione

KEYWORDS: politics and administrative bodies – officer's responsibility – accountability – good administration

INDICE: 1. Premesse. – 2. Misurazione della performance, politica e burocrazia. – 2.1. L'efficienza della p.a. – 2.2. Il fallimento della misurazione della *performance*. - 3. "Amministrazione difensiva", politica e burocrazia. – 4. Brevi conclusioni.

1. Premesse.

Nell'ottica di portare a compimento la riflessione che ha preso avvio in occasione del IX Convegno di Urbino¹, è opportuno ricapitolare gli approdi di quell'analisi, da utilizzare quali premesse di questo ulteriore svolgimento.

Nell'indagare la relazione 'organi di governo – burocrazia' e i due "poli" intorno a cui si è costruito il dibattito, ossia la strumentalità dell'amministrazione al programma di governo e l'imparzialità dell'amministrazione, si è in primo luogo precisato che l'opposizione tra strumentalità e imparzialità risente di una sovrapposizione tra il piano dell'attività e quello dell'organizzazione.

La relazione tra attività politica e attività amministrativa è infatti dominata dalla strumentalità dell'amministrazione alla politica: quale che sia l'atto in cui l'attività di selezione dei fini si traduce² (la Costituzione, la legge ordinaria o un atto di indirizzo), per effetto della (regola della) legalità dell'azione amministrativa³, l'amministrazione deve attuare il programma assiologico e deontico che la politica ha stabilito. Sicché sul piano dell'attività, la soluzione nel nostro diritto positivo è univoca: l'amministrazione è strumentale alla politica, tanto nel senso che l'attività amministrativa è strumentale all'attività legislativa, quanto nel senso che l'attività della burocrazia è strumentale all'attività degli organi di governo.

Tuttavia, la strumentalità dell'attività amministrativa all'attività politica non implica alcunché in relazione all'organizzazione, cioè alla relazione tra organi politici e organi o uffici amministrativi (quali che siano). La burocrazia può in ipotesi essere indipendente dagli organi di governo, cioè totalmente autonoma dal punto di vista organizzativo dagli organi di governo, sulla falsa riga della magistratura⁴. E tuttavia la sua attività continua ad essere strumentale all'attività politica (*recte*, al suo prodotto), perché subordinata all'attuazione dei livelli superiori dell'ordinamento. La strumentalità

¹ Ossia durante il Convegno "Organizzazioni, interessi pubblici e diritti?", tenutosi nel 2018 – le cui relazioni sono pubblicate in questa Rivista, nn. 1 e 2/2019. In particolare, il presente scritto conclude il percorso di ricerca avviato con F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in questa Rivista, n. 1/2019, 109 ss.

² Cioè l'attività politica, come definita in F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., n. 1/2019, 111 ss.

³ Nella prospettiva dell'amministrazione, infatti, la legalità è una regola, non un principio. Cfr. M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. e Soc.*, 1993, pp. 473 e ss., ove la dimensione della legalità come principio emerge rispetto al legislatore, in relazione alla predeterminazione dei poteri amministrativi (da bilanciare con il principio del buon andamento della p.a.).

⁴ Modello cui si avvicinano le autorità amministrative indipendenti, che secondo alcuni sono autorità paragiurisdizionali: cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, cit., p. 343.

all'attività politica non implica un certo assetto dei rapporti tra organi politici e non: dalla strumentalità dell'attività amministrativa alla politica non può dedursi *more geometrico* il regime della relazione organizzativa tra organi di governo e burocrazia⁵.

Per altro verso, la discussione intorno allo statuto costituzionale dell'organizzazione amministrativa non tiene in adeguato conto che strumentalità ed imparzialità sono sanciti nella nostra Costituzione non come regole, ma come principi. È perciò inevitabile che essi collidano e che possano trovare bilanciamenti diversi e dunque condurre a diversi modelli di organizzazione a Costituzione invariata, tanto in epoche diverse (come è accaduto per le varie “stagioni” della dirigenza pubblica), quanto nello stesso momento storico in relazione a diversi settori dell'amministrazione (come le autorità amministrative indipendenti e gli uffici di diretta collaborazione dei ministri)⁶.

Il bilanciamento tra strumentalità e imparzialità spetta in primo luogo al legislatore e poi all'amministrazione stessa – fermo restando che tali decisioni trovano un limite nella proporzionalità e ragionevolezza⁷. Attualmente, la relazione tra organi politici e organi burocratici nelle amministrazioni territoriali (Stato, Regioni ed enti locali) è ispirato maggiormente all'imparzialità, dunque prevede la separazione delle funzioni e delle conseguenti responsabilità. Tuttavia, i “contrappesi” individuati dal legislatore sul piano del rapporto di servizio (cioè sul piano dei poteri di nomina, conferma e revoca agli o dagli incarichi dirigenziali) hanno attribuito (o conservato) al patronato politico un ruolo rilevante nella carriera del burocrate e dunque rafforzato la capacità degli organi di governo di esercitare pressioni sulla burocrazia – specie in via informale. In questo contesto, si consuma il “delitto perfetto”: la politica decide, senza assumersene la responsabilità giuridica⁸.

I possibili rimedi a questo cortocircuito sono:

⁵ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 124 ss.

⁶ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 127 ss.

⁷ È forte l'eco delle parole di D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, IX ed., 2018, 328: ma già ID., *Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo”*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 745 ss., particolarmente 762, a proposito della discrezionalità organizzativa, dei suoi limiti e quindi della sua giustiziabilità. Il tema è stato di recente ripreso da M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *questa Rivista*, 1/2020, 562 ss. che ne ha evidenziato l'attualità anche in giurisprudenza.

⁸ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 129 ss.

(i) separare la funzione di ausilio agli organi di governo dalla funzione di gestione. La funzione di supporto agli organi di governo è l'unica infatti ove si giustifichi un nesso realmente fiduciario. Tale funzione è ad oggi esercitata da taluni organi burocratici apicali, insieme ad una parte delle funzioni di gestione. Separare queste funzioni, permetterebbe di distinguere gli uffici di supporto alla politica (lo staff politico) con funzioni istruttorie, di studio e di raccordo con gli uffici di gestione, dagli uffici di gestione. E dunque di distinguere le modalità di attribuzione dell'incarico per gli uni e per gli altri;

(ii) istituire modalità selettive basate esclusivamente sul merito per il conferimento degli incarichi apicali diversi da quelli di supporto politico e subordinare anche la mancata riconferma in questi incarichi alla motivazione circa la *performance* del dirigente. In questo modo, ci si assicura che il dirigente abbia interesse a fare bene il suo lavoro, cioè attuare il programma di governo nei limiti della legittimità, senza doversi ingraziare il politico di turno per ottenere l'incarico o la conferma, dunque ripristinando la sua posizione di argine contro gli «eccessi» degli organi di governo e di garanzia dei diritti (anche fondamentali) dei cittadini⁹.

Al contempo, si è evidenziato, la discussione dogmatica, focalizzandosi sul dato che gli organi di governo (statale, regionale e locale) sono legittimati politicamente e dunque non possono essere imparziali, ha tralasciato di indagare il buon andamento di quegli organi – pur sempre amministrativi. In quest'ottica, identificato il presupposto dell'efficienza dell'amministrazione nella competenza (secondo l'alternativa weberiana tra competenza o dilettantismo nell'amministrazione delle società contemporanee), si è concluso che l'attuazione minima del principio di buon andamento impone al legislatore di stabilire requisiti di competenza per ricoprire anche incarichi amministrativi ad investitura politica. Sicché, pur a voler tralasciare gli incarichi conferiti tramite elezione diretta, è incostituzionale la disciplina sulla nomina del Presidente del Consiglio, dei ministri e degli assessori delle Regioni e degli enti locali, nella parte in cui non stabilisce requisiti minimi per l'accesso a quegli incarichi.

A voler sintetizzare brutalmente, nell'indagare il rapporto tra politica e amministrazione all'inizio di questo percorso ci si è concentrati a ricercare le ingerenze della politica

⁹ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 131 s.

nell'amministrazione e a denunciarne le storture, in difesa della burocrazia: la politica, riservandosi penetranti poteri nel conferimento degli incarichi dirigenziali, si ritaglia una (potenzialmente) decisiva influenza sull'attività della burocrazia, scaricando al contempo sui burocrati la responsabilità; la politica esercita le residue funzioni amministrative ancora intestate agli organi ad investitura politica senza alcuna garanzia di competenza, diversamente dalla burocrazia. Sicché gli organi ad investitura politica senza garanzia di competenza (e nei fatti in larga parte "occupati" da persone prive di competenze tecniche e politiche), esercitando le funzioni ad essi conferite dall'ordinamento o ingerendosi nell'esercizio delle funzioni conferite agli organi ad investitura burocratica, condannano l'amministrazione al diletterismo e dunque ad una diffusa inefficienza.

Questa prospettiva collide con l'idea dominante nell'opinione pubblica del nostro Paese, secondo cui la burocrazia (non la politica) è la ragione dell'inefficienza dell'amministrazione e che quindi la burocrazia (non la politica) deve essere oggetto di riforma. Almeno a partire dagli anni '90 del Novecento, poi, la tesi viene corroborata dall'impatto negativo che tale inefficienza produce sull'economia: la burocrazia frena lo sviluppo del Paese e dunque la produzione di nuova ricchezza e l'innovazione¹⁰.

Tuttavia nell'opinione comune "burocrazia" è spesso sinonimo di "amministrazione", non si distinguono cioè le funzioni e i (de)meriti della politica da quelli dei funzionari di carriera. Sicché potrebbe sembrare azzardato trarre da questa indicazione uno spunto di ricerca. In verità, da oltre un secolo, anche la dottrina individua nella burocrazia in senso proprio almeno una delle ragioni di inefficienza dell'azione amministrativa. Già alla fine dell'Ottocento, quando cioè vigeva il modello della responsabilità ministeriale, le lentezze e le inefficienze dell'amministrazione italiana venivano

¹⁰ Nel dibattito pubblico, le posizioni in questa direzione sono numerosissime, tanto in generale (cfr. *Confcommercio: "L'Italia con la burocrazia tedesca avrebbe 70 miliardi di Pil in più"*, in *La Repubblica*, 4 luglio 2020, https://www.repubblica.it/economia/2020/07/04/news/l_italia_con_la_burocrazia_tedesca_avrebbe_70_miliardi_di_pil_in_piu_-260929719/), quanto in relazione a singoli settori, come le energie rinnovabili (di recente, J. GILBERTO, *Il ritardometro, così la burocrazia frena le rinnovabili*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 aprile 2021, <https://www.ilssole24ore.com/art/il-ritardometro-così-burocrazia-frena-rinnovabili-ADQVR3VB>).

Di ciò chiaramente risente anche la legislazione: cfr. a mero titolo d'esempio quanto rilevato da G. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, in G. AMATO – G. GAROFOLI (a cura di), *I tre assi. L'Amministrazione tra Democratizzazione, Efficientismo e Responsabilità*, Roma, 2009, 42 s., secondo cui dal 1993 al 2009 i tentativi di semplificare l'azione amministrativa sono sempre stati messi in collegamento con o qualificati come interventi a favore dello sviluppo economico – e nel decennio successivo l'inclinazione è stata ampiamente confermata: cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017, 56 s.

imputate (anche) all'«ingranaggio burocratico [che] sciupa una parte considerevole di forze, senza utilità alcuna»¹¹. Nel 1979, il «Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato» redatto da Giannini riporta l'opinione diffusa di burocrati, «secondo i giudizi più spinti in negativo, inetti e fannulloni, e secondo quelli più in positivo, [...] tardigradi e [...] cultori di formalismi»¹².

Inoltre attualmente i dirigenti (dunque i burocrati) esercitano le funzioni di gestione. Sicché può essere assunta come ipotesi di indagine l'idea che la burocrazia in senso stretto sia la causa dell'inefficienza della p.a.: se (quasi) tutte le funzioni sono esercitate da organi ad investitura burocratica, la burocrazia è la “principale indiziata” dell'inefficienza della p.a.

Del resto, dall'ipotesi che l'inefficienza dell'amministrazione dipenda essenzialmente dall'inefficienza della burocrazia muovono anche le recenti riforme, volte ad accelerare l'azione amministrativa, con le quali il legislatore ha ristretto (o tentato di restringere) l'area della responsabilità penale e contabile dei funzionari¹³ per ridurre la c.d. burocrazia difensiva, ossia l'esercizio della funzione volto non a soddisfare l'interesse pubblico ma ad evitare ogni rischio di responsabilità per il funzionario¹⁴.

Sicché, provando a valorizzare questo spunto, si guarderà a due profili, la misurazione della performance, principale strumento di valutazione dell'efficienza della p.a., e la c.d. burocrazia difensiva, fenomeno sempre più spesso indicato come causa dell'inefficienza della p.a. In relazione a ciascuno di questi si verificherà il ruolo della politica e della burocrazia.

¹¹ Così V.E. ORLANDO, *Sulla questione economica e amministrativa in Italia*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1895, 152, sebbene la soluzione a questo problema prospettata da Orlando sia quella di abolire la responsabilità ministeriale, valorizzando gli ingranaggi burocratici.

¹² Così il *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, preparato da M.S. GIANNINI, in qualità di Ministro della Funzione Pubblica e trasmesso alle Camere, del 16 novembre 1979, ora disponibile in <http://www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf>, p. 7.

¹³ Cfr. gli artt. 21 e 23 del d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020.

¹⁴ Fra gli amministrativisti è più frequente l'analisi dell'*overdeterrence* della responsabilità erariale, quale causa della burocrazia difensiva: cfr. di recente M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. ec.*, 2018, 625 ss.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.

In termini più ampi, che ricomprendono anche la responsabilità penale, L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 172 s.

2. Misurazione della performance, politica e burocrazia.

2.1 L'efficienza della p.a.

Secondo l'idea tradizionalmente accolta dalla dogmatica, l'efficienza della p.a. è una delle declinazioni del buon andamento cui in base all'art. 97 Cost. deve essere ispirata la pubblica amministrazione, assieme all'efficacia e all'economicità. Tale chiave di lettura di «matrice economico-aziendalistica»¹⁵ del buon andamento della p.a. mette in relazione mezzi, obiettivi e risultati della p.a.: la relazione tra risultati e obiettivi è l'efficacia, la relazione tra mezzi e risultati è l'efficienza¹⁶, la relazione tra mezzi e obiettivi (intesa come sostenibilità dei costi dell'intero programma di azione o produzione) è l'economicità¹⁷. In quest'ottica, un'amministrazione è tanto più efficiente quanti più “prodotti” riesce a produrre con una certa quantità di “risorse”: l'efficienza aumenta con l'aumentare dei “prodotti” e la diminuzione delle “risorse” impiegate, è la produttività¹⁸. Questa nozione di efficienza diviene la pietra angolare del modello della “amministrazione di risultato” affermatosi nel nostro Paese dapprima in dottrina (a partire dagli

¹⁵ Per usare le parole di A. MASSERA, *op. cit.*, 48.

¹⁶ Più specificamente, l'efficienza interna o tecnologica. Accanto a questa nozione di efficienza, tipica dell'economia aziendale, l'economia conosce una nozione più lata di efficienza, ossia l'efficienza complessiva nell'allocazione delle risorse, tipica dell'economia politica – la cui definizione più nota fra i non economisti è quella di Pareto (cfr. D. CAVALIERI, G.C. GIANNELLI, *Introduzione all'economia politica*, Milano, II ed., 2005, 173 ss.

¹⁷ Cfr. ancora A. MASSERA, *op. cit.*, 49.

¹⁸ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 22.

anni Settanta del Novecento)¹⁹ e poi nel diritto positivo (all'inizio degli anni Duemila)²⁰ anche sulla spinta dell'affermarsi delle idee del *New Public Management*²¹.

Questo sistema di misurazione e di individuazione delle disfunzioni dell'organizzazione si fonda su due pilastri.

Innanzitutto su un modello in cui siano quantomeno distinte e conseguentemente attribuite le funzioni di pianificazione, organizzazione, direzione, coordinamento e controllo²². L'individuazione delle funzioni è una componente normativa. Sicché anche ove essa non vi fosse, deve essere realizzata. Tuttavia, come pure nota l'economia aziendale, è difficile pianificare e dunque stabilire obiettivi in organizzazioni che esercitano molte funzioni diverse (come solitamente accade per le amministrazioni territoriali). È il problema della pianificabilità dell'azione delle organizzazioni pubbliche.

¹⁹ In particolar modo, l'esigenza di affiancare alla legalità dell'amministrazione, anche il criterio dell'efficienza nasce con l'affermarsi dello Stato sociale, ad opera della Costituzione: per raggiungere gli scopi indicati dalla Costituzione, per soddisfare adeguatamente gli interessi selezionati come pubblici dall'ordinamento, l'amministrazione deve agire anche in maniera efficiente - cfr. V. BACHELET, *Responsabilità del Ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 590; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 80.

La formula "amministrazione per risultati" si deve invece a M.S. GIANNINI, M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria (a proposito degli Enti di patronato)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1959, 3 ss. e in *Studi in onore di Lorenzo Mossa*, vol. III, 1961, 393 e infine in ID, *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 705 ss., che la conia in opposizione all'"amministrazione per atti".

Nello Stato liberale, ossia dello Stato minimo, la legalità – la dimensione della garanzia delle libertà rispetto al potere amministrativo - era sufficiente: l'efficienza era giuridicamente irrilevante, confinata al più ad un rilievo meramente interno all'amministrazione. Sull'evoluzione del ruolo dell'efficienza nella dogmatica giuridica qui appena accennata, si veda R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., 31 ss.; più di recente D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, 2018.

²⁰ Per una riflessione sull'impatto di questo approccio sulla dogmatica del diritto amministrativo e poi sulle riforme da questo innescate si vedano a mero titolo d'esempio, L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999; ID., *Costruzione del "futuro" delle decisioni e giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in ID. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 3 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in AA. VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, vol. II, 815 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *ivi*, 127 ss.

²¹ Ossia dell'idea di estendere al settore pubblico le modalità di gestione del settore privato, allo scopo di ridurre i costi e aumentare la produttività delle pubbliche amministrazioni. Solitamente, tale filone di ricerca si fa risalire a D. OSBORNE – T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, 1992.

²² Secondo l'impostazione originaria della distinzione delle funzioni, risalente a H. FAYOL, *Administration industrielle et générale: prévoyance, organisation, commandement, coordination, controle*, Paris, 1920, trad. it., *Direzione industriale e generale. Programmazione, organizzazione, comando, coordinamento e controllo*, Milano, 1970, 37 ss.

In secondo luogo, questo sistema si fonda sulla misurabilità e sulla comparabilità delle misure degli obiettivi, dei risultati e dei costi. In un'organizzazione privata con scopo di lucro è un assunto quasi banale: il valore del prodotto (del risultato), dell'obiettivo e del costo sono espressi in termini monetari, ossia di valore "commerciale". Già nelle organizzazioni private no-profit e, a maggior ragione, nelle organizzazioni pubbliche la misurabilità degli obiettivi e soprattutto dei risultati e la loro comparabilità con i costi sono problematiche: salve rare ipotesi (come la produzione di servizi pubblici di interesse economico), le organizzazioni pubbliche producono risultati (*output*) e conseguenze "sistemiche" (*outcome*) difficilmente valutabili in termini monetari²³. Detto altrimenti, è difficile valutare il «valore pubblico» creato dalla p.a.²⁴ e quindi confrontarlo con il costo delle risorse impiegate (che almeno teoricamente può essere misurato in termini monetari – il costo del personale dedicato a quel procedimento/provvedimento, i costi dell'istruttoria sostenuti dall'organizzazione, i costi "generali" e così via). È il problema misurabilità di obiettivi e risultati e della loro comparabilità alla misura dei costi.

Per far fronte a questi problemi, l'economia aziendale ha ideato un diverso modello di valutazione della *performance* delle organizzazioni pubbliche (e no-profit in generale), applicabile tanto a livello del singolo funzionario, quanto ai diversi livelli delle articolazioni organizzative (uffici, servizi, sezioni, direzioni, etc.) e finanche all'istituzione nel suo complesso (ove si disponga di dati aggregati su scala adeguata). Tale modello è chiamato *Balanced Score Card* (BSC) ed è volto a tentare di quantificare, sebbene non in termini monetari, i prodotti (*output*) dell'azione delle organizzazioni pubbliche e le loro conseguenze "sistemiche" (*outcome*) e ad evitare le difficoltà di pianificazione dell'attività. Tuttavia, pure in questo quadro, è problematico individuare che cosa valutare ed alla stregua di quali indicatori, oltre che evitare che valutazioni soggettive o giudizi

²³ Solo a titolo d'esempio, rilevano la difficoltà di misurare in assoluto (e a maggior ragione di misurare in termini monetari) i risultati dell'attività della p.a. e il relativo impatto sulla società (*outcome*) A. WICHOWSKY, D.P. MOYNIHAN, *Measuring How Administration Shapes Citizenship: A Policy Feedback Perspective on Performance Management*, in *Public Administration Review*, Vol. 86 (2008), No. 5, 908 ss.

Per la considerazione, in termini più ampi, BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, 63.

²⁴ Cfr. in questo senso, A. MASSERA, *op. cit.*, 54 ss.

opinabili e a “sfondo politico” possano essere presi per oggettivi solo perché espressi in termini numerici²⁵.

Tuttavia, vi sono elementi facilmente misurabili e che, sebbene restituiscano un'immagine parziale dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'amministrazione, costituiscono “il minimo sindacale” della misurazione della *performance*: raggiungimento di obiettivi predeterminati, ossia degli indirizzi ricevuti (efficacia), tempestività nell'azione (efficienza), costo per singola attività (economicità)²⁶.

Accanto a questa nozione, che si può denominare “efficienza in senso stretto”, la dogmatica ritaglia tuttavia spazio all'«*efficienza in senso lato*»²⁷, ossia ad una nozione giuridica di efficienza²⁸, in grado di conciliare l'efficienza in senso stretto con la legalità e la correttezza dell'amministrazione, la produttività con le garanzie²⁹. La chiave di volta è ancora una volta il buon andamento, inteso tuttavia in termini più ampi come dovere di buona amministrazione. La buona amministrazione è certamente l'amministrazione efficace, produttiva, cioè in grado di agire molto impiegando poche risorse (pochi uomini, poco denaro, pochi mezzi tecnologici e poco tempo), ed economicamente sostenibile. Tuttavia un'amministrazione estremamente efficiente, ma “ingiusta” certamente non è una buona amministrazione: l'amministrazione è buona solo se agisce bene, ossia se rispetta il canone di legalità e le garanzie a favore dei cittadini, incluse quelle procedimentali, e provvede in maniera imparziale. Detto altrimenti, l'efficienza in senso lato si preoccupa non solo dei profili quantitativi dell'azione (quante risorse e quanti prodotti), ma anche dei profili qualitativi.

In quest'ottica, la misurazione dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità (cioè del buon andamento in senso economico-aziendalista) dell'amministrazione pubblica è necessaria, deve riguardare i corretti indicatori ed essere presa seriamente in considerazione per migliorarla, ma non può essere assolutizzata, nel senso che essa non può far passare in secondo piano le garanzie che il

²⁵ Cfr. N. CAIDEN, *Public Service Professionalism for Performance Measurement and Evaluation*, in *Public Budgeting and Finance*, Vol. 18 (1998), No. 2, 35 ss.

²⁶ Si tratta di un adattamento di una BSC elaborata da uno studio empirico sulla performance della giurisdizione, elaborato su dati del Tribunale di Bari: L. LEPORE, R. AGRIFOGLIO, C. METALLO, F. ALVINO, *Un modello per la valutazione delle performance dei tribunali: un'analisi empirica*, in *Azienda Pubblica*, 2010, 391 ss.

²⁷ Come la denomina A. MASSERA, *op. cit.*, 54 ss.

²⁸ D. VESE, *op. cit.*, 391 ss.

²⁹ A. MASSERA, *op. loc. cit.*

diritto amministrativo ha costruito quale argine all'esercizio del potere autoritativo (ossia la legalità e l'imparzialità). Detto altrimenti, la misurazione della performance dovrebbe essere in grado di misurare o valutare anche la legittimità dell'azione amministrativa, per essere "assolutizzante".

2.2. Il fallimento della misurazione della *performance*.

Nel nostro ordinamento vige un sistema di valutazione della performance delle amministrazioni, delle loro articolazioni e dei dirigenti, contenuto nel d.lgs. n. 150/2009, sostanzialmente fondato sugli indicatori minimi evidenziati innanzi: raggiungimento degli obiettivi, tempestività (ancorché questa sia valutata insieme all'efficacia e all'economicità, non come parametro autonomo) e riduzione del costo dell'attività. Esso è cioè focalizzato esclusivamente sulla nozione "economico-aziendalista" del buon andamento. Il sistema è poi completato da un micro-cosmo di premi e sanzioni³⁰.

Tale sistema si fonda sull'attività degli organi di indirizzo-politico. Ad essi è rimessa la competenza (e il dovere funzionale) di adottare:

(a) il piano della *performance*, che definisca gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance*, degli obiettivi e delle risorse, in termini chiari, puntuali e misurabili³¹ e

(b) la relazione annuale sulla *performance*, che evidenzii i risultati del ciclo annuale di misurazione e valutazione³².

Ancorché parziale, ossia non in grado di misurare la buona amministrazione in senso lato, comunque questo sistema avrebbe potuto rappresentare una prima svolta dell'amministrazione italiana. Tuttavia, pure quando essa è effettivamente praticata, la misurazione-valutazione della *performance* è (e viene percepita come) un vuoto e formalistico adempimento in quasi tutte le amministrazioni pubbliche del Paese: non solo non ha instaurato la "cultura della performance", ma la sua utilità è stata del tutto vanificata.

Per un verso, gli organi di indirizzo-politico (la politica, nella semplificazione qui proposta) individuano obiettivi non misurabili e spesso generici, se non addirittura "ovvi", come il rispetto

³⁰ Sul tema si veda, per tutti e di recente, A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *questa Rivista*, 2/2020, 600 ss.

³¹ Art. 10, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 150/2009.

³² Art. 10, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2009.

dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi³³. Per altro verso (e forse anche di conseguenza), i premi legati alla performance vengono riconosciuti in maniera indiscriminata, appiattendolo la valutazione dei dirigenti. In questo modo, la misurazione e la valutazione della performance falliscono miseramente, per responsabilità principalmente della politica, che si è dimostrata di non essere in grado di impostare e condurre la misurazione-valutazione.

Al contempo la politica è irresponsabile circa la violazione degli oneri a lei incombenti nel sistema delineato dal d.lgs. n. 150/2009³⁴, anche quando omette di adottare gli atti necessari ad impostare la misurazione e quelli di chiusura del ciclo di misurazione-valutazione. La mancata adozione del Piano della *performance* comporta infatti il divieto di erogare la retribuzione di risultato «ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti»³⁵, il divieto di assumere nuovo personale e quello di conferire incarichi di consulenza o collaborazione comunque denominati. Tanto la mancata adozione del Piano della *performance*, quanto della relazione annuale comportano poi il divieto di elargire tutti i “premi” previsti in caso di valutazione positiva a qualunque dirigente (quindi anche a quelli “incolpevoli” rispetto all'omissione)³⁶. In altre parole, l'inosservanza del dovere di adottare questi atti e di adottarli con un certo contenuto non comporta alcuna responsabilità in capo all'organo politico, ma paradossalmente conseguenze principalmente a carico dei dirigenti che avrebbero dovuto essere assoggettati a valutazione della loro *performance* individuale³⁷.

Ancora una volta, dunque, come nell'esame della relazione tra organi politici e burocrazia nell'amministrazione attiva, emerge l'immagine di una politica inadeguata e irresponsabile – in questo caso perfino per l'esercizio delle competenze ad essa riservate.

3. “Amministrazione difensiva”, politica e burocrazia.

³³ Cfr. A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, cit., 609 e *passim*.

³⁴ Cfr. A. ZITO, *Il sistema della performance*, cit., 608 ss.

³⁵ Art. 10, co. 5, d.lgs. n. 150/2009.

³⁶ Tutti questi divieti sono previsti all'art. 10, co. 5, d.lgs. n. 150/2009.

³⁷ In termini analoghi, A. ZITO, *op. cit.*, 610 s.

“Amministrazione difensiva” è un’espressione sintetica, elaborata sulla falsa riga della più nota “medicina difensiva”, per designare l’esercizio della funzione esecutiva volto non a perseguire l’interesse pubblico (o gli indirizzi stabiliti dagli organi politici), ma ad evitare responsabilità in capo a chi la esercita. Essa, si badi, non comporta l’esercizio illegittimo dei poteri (che è di per sé un’alternativa rischiosa, potenzialmente fonte di danno per la p.a. e dunque di danno erariale c.d. indiretto per chi agisce), ma la scelta dell’alternativa meno rischiosa (o percepita come meno rischiosa) per l’agente della p.a. fra più alternative. Detto altrimenti, la singola decisione presa dal funzionario che agisce in maniera difensiva sfugge alla censura di illegittimità. Essa tuttavia produce un “costo sistemico”, in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione della p.a., progressivamente maggiore ad ogni atto di amministrazione difensiva³⁸. Tanto che la soluzione del problema dell’amministrazione difensiva viene indicata come una delle priorità per la ripresa del Paese³⁹.

Solitamente, la causa dell’amministrazione difensiva viene ravvisata nell’eccesso di deterrenza della responsabilità erariale e penale per l’amministratore pubblico e nella contemporanea assenza di qualsivoglia incentivo ad adottare decisioni “coraggiose”⁴⁰, sia in termini di progressioni di

³⁸ In questi termini, M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. ec.*, 2018, 637 ss.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 68 ss., che riporta l’esempio del ricorso alla procedura di dialogo competitivo e alle altre procedure “flessibili” e connotate da un più ampio margine di discrezionalità, ideate dal diritto europeo per i contratti pubblici più complessi (e solitamente di più elevato rilievo economico), ma nel nostro Paese sostanzialmente inutilizzati, in favore del ricorso alle procedure “ordinarie” aperte o ristrette. Nessuno potrebbe mai considerare illegittima l’attivazione di una procedura aperta in luogo di un dialogo competitivo. Tuttavia, il ricorso alla prima ove sarebbe stato opportuno il dialogo competitivo impedisce il meccanismo “adattativo” del dialogo competitivo e dunque produce inefficienza allocativa (del mercato) e della p.a. E la procedura “ordinaria” viene nei fatti preferita perché la scansione procedimentale dettagliatamente prevista dal legislatore in quel caso comporta un maggior numero di decisioni (per ciascuno dei passaggi procedimentali), ma un minor numero di decisioni rischiose.

³⁹ Cfr., a mero titolo d’esempio, il rapporto per il Presidente del Consiglio dei Ministri *Iniziativa per il rilancio “Italia 2020-2022”* elaborato dal Comitato di esperti in materia economica e sociale guidato da Vittorio Colao, del giugno 2020, particolarmente 31, ove è indicato come il primo degli “interventi urgenti di semplificazione e velocizzazione delle procedure”.

⁴⁰ In verità è più frequente l’analisi dell’*overdeterrence* della responsabilità erariale, quale causa della burocrazia difensiva: cfr. di recente M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, cit.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, cit.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.

In termini più ampi, che ricomprendono anche la responsabilità penale, L. TORCHIA, *L’efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su

carriera, sia in termini di premi per la *performance*⁴¹. In quest'ottica v'è in sostanza una sproporzione tra disincentivo per il danno provocato e l'incentivo a correre il rischio, con il risultato che alla fine dei conti l'ordinamento incentiva l'atteggiamento difensivo. Seguendo quest'impostazione, con il d.l. n. 76/2020 il legislatore ha modificato l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), al dichiarato scopo ridurre l'area dell'illegittimità del provvedimento penalmente rilevante, e ha temporaneamente (fino al 31 dicembre 2021) limitato alle sole ipotesi di danno cagionato con dolo la responsabilità erariale.

Orbene, questi interventi – al di là della effettiva capacità di conseguire l'obiettivo immediato – sollevano numerose criticità.

In primo luogo, come si è visto, la misurazione della *performance* della p.a. è stata vanificata. Sicché non si sa davvero quali siano, dove si annidino le inefficienze della p.a. italiana. Manca perciò un'analisi affidabile dello stato della p.a. Per fare un esempio, la riflessione sull'amministrazione difensiva nel nostro Paese è desunta da due sondaggi, ovviamente estranei al ciclo di misurazione e valutazione della *performance*, uno di Forum PA del 2017 sul timore generato nei funzionari pubblici dalla responsabilità erariale⁴², e l'altro coordinato dall'Università di Salerno circa il timore dovuto alla responsabilità penale per abuso d'ufficio⁴³. Tali indagini sono state condotte, rispettivamente, su un campione di 1700 persone a vario titolo impiegate nel settore pubblico e su un campione di 2000 dipendenti della Regione Campania. Il dubbio che si tratti di indagini fondate su campioni statisticamente non significativi e dunque non affidabili e che siano in qualche modo influenzate dalla posizione di chi risponde al sondaggio (anche per autoassolversi) è legittimo. Ciò solleva una questione di metodo: manca qualsivoglia analisi in grado di legittimare le decisioni politiche su come agire. In questo quadro, ogni iniziativa è fondata, nel migliore dei casi, su mere ipotesi o, nel peggiore dei casi, su pregiudizi nei confronti dell'amministrazione pubblica e in particolare sulla burocrazia.

Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Varenna, 20-21-22 settembre 2018; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 172 s.

⁴¹ M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, cit.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, cit.

⁴² Su www.forumpa.it.

⁴³ Cfr. A. CHIERCHI, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 giugno 2020; M. LANZAROTTO, *Salerno, il flop dell'abuso d'ufficio: la condanna è una chimera*, in *La Città di Salerno*, 13 febbraio 2020, <https://www.lacittadisalerno.it/cronaca/salerno-il-flop-dell-abuso-d-ufficio-la-condanna-è-una-chimera-1.2370838>.

D'altro canto, l'atteggiamento difensivo non dipende tanto dall'effettivo eccesso di deterrenza. Anche prima delle recenti modifiche, le condanne per abuso d'ufficio e di risarcimento del danno innanzi alla Corte dei Conti erano statisticamente poche, quasi irrilevanti⁴⁴. Tuttavia i pubblici funzionari (anche sulla base dei sondaggi già citati) percepiscono il rischio in maniera molto più elevata rispetto alla realtà. Ciò che innesca l'atteggiamento difensivo è cioè la percezione del rischio della sanzione, non la sua effettiva incidenza o deterrenza.

In più sull'atteggiamento difensivo incide in maniera decisiva la propensione al rischio: meno il decisore è propenso al rischio, più tiene atteggiamenti "conservativi". Il burocrate è tendenzialmente poco propenso al rischio, non solo per ragioni "di attitudine" (chi sceglie la carriera burocratica preferisce maggiore stabilità, rinunciando ad una parte delle opportunità che carriere più esposte al rischio possono produrre), ma anche perché dall'esercizio della funzione in maniera più "rischiosa" non riceve alcun beneficio in termini di incentivi o scatti di carriera (tralasciando ovviamente l'area degli illeciti): al più la sua attività rischiosa produce benefici per la collettività – cioè per l'asimmetria dei rischi e dei benefici.

Inoltre, parimenti rilevante per la burocrazia difensiva è la qualità dei funzionari, la loro preparazione. Posto che non vi sono decisioni amministrative prive di rischi, chi domina la materia di cui si occupa è in grado di ipotizzare meglio i rischi, valutarli e correre quelli che ritiene opportuni. Il funzionario che non domina la materia non è in grado di valutare compiutamente il rischio: si fa bloccare dal timore, si rifugia nei formalismi, ricorre al (per lui) rassicurante escamotage del "me lo dica il TAR".

⁴⁴ Più numerose erano le iniziative delle Procure della Repubblica e delle Procure presso la Corte dei Conti. Per l'abuso d'ufficio, nel 2017, a fronte di oltre 6.500 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, vi sono state solo 57 condanne irrevocabili; nel 2018, dei 7.133 procedimenti per abuso d'ufficio definiti da Gip e Gup, 6.142 sono stati archiviati, di cui solo 373 per prescrizione (dati riportati da A. CHERCHI, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 giugno 2020). Per la responsabilità amministrativa, cfr. M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, cit., 645 ss..

In quest'ottica, il timore dell'abuso d'ufficio può essere ridotto non tramite la riformulazione della disposizione incriminatrice o tramite la riduzione dell'area della responsabilità amministrativa, ma incidendo sulla disinvoltura con la quale vengono iscritte le notizie di reato e dunque avviati i procedimenti penali e introdotti i giudizi innanzi alla Corte dei Conti.

Rispetto a tutti questi elementi, la riduzione dell'area dell'illiceità penale e (temporaneamente) della responsabilità amministrativa sono irrilevanti. E infatti, nonostante tali misure siano in vigore da circa un anno, non hanno prodotto alcun risultato degno di nota.

Anche in questo la politica, intesa sia come la classe politica che disciplina la p.a. e la sua attività, sia come gli organi politici che la organizzano nel concreto, dimostra ancora una volta la sua inadeguatezza nell'analizzare, comprendere e poi risolvere i problemi dell'amministrazione pubblica.

4. Brevi conclusioni.

Da questa breve analisi sembra emergere ancora una volta che i problemi dell'amministrazione dipendano esclusivamente dalla politica, dalla sua impreparazione e dalla mancata attuazione del precetto di buon andamento per gli organi politici. Non è solo così: sebbene con una certa dose di disomogeneità territoriale, il livello medio di preparazione e di adeguatezza a ricoprire il ruolo dei burocrati è scarso, specie nelle Regioni e negli enti locali. Basta scorrere i massimari di giurisprudenza per rendersi conto che perfino taluni istituti fondamentali della legge n. 241/1990 faticano ancora a trovare concreta applicazione.

Come si può pretendere da costoro una cultura dell'efficienza, se nemmeno la cultura della legalità ha trovato spazio?

Il vero problema del buon andamento della nostra amministrazione, sia degli organi politici, sia degli organi burocratici, risiede nella fondamentale intuizione del pensiero ottocentesco, che pur con le declinazioni di ciascun autore, si ritrova in Bentham, Claude-Henri de Saint Simon, Comte e Hegel, e che poi è stata raccolta e declinata da Weber: solo l'impiego di uomini competenti assicura la buona amministrazione, solo un'amministrazione tecnicamente competente è una buona amministrazione.