

MARTA PECCHIOLI
Dottoressa in Giurisprudenza
marta.pecc@gmail.com

**QUANDO IL RIMEDIO È PEGGIORE DEL MALE: IL
DECRETO-LEGGE N. 76/2020 E L'INEFFICACE LOTTA
ALLA “PAURA DELLA FIRMA”. INDIVIDUARE LE CAUSE
PER RIPENSARE LE SOLUZIONI**

**WHEN THE REMEDY OVERCOMES THE BAD: DECREE LAW NO.
76/2020 AND THE INEFFECTIVE STRUGGLE AGAINST THE
“FEAR OF SIGNING”. IDENTIFYING THE CAUSES TO RETHINK
THE SOLUTIONS**

SINTESI

Il presente elaborato mira ad analizzare le modifiche operate dal decreto-legge “semplificazioni” n. 76 del 2020 al regime della responsabilità, mettendone in luce i profili di maggiore criticità.

Lo studio muove dall'assunto che il principio di responsabilità si leghi inscindibilmente al principio di buon andamento in quanto funzionale alla sua tutela. L'evoluzione di quest'ultimo, fatto oggetto di un progressivo processo di «*disgelo costituzionale*» a partire dagli anni '90 del secolo scorso che ha condotto alla valorizzazione dei risultati perseguiti nell'ottica della massimizzazione del benessere collettivo, ha determinato l'esponentiale aumento delle fattispecie di danno all'erario e la conseguente espansione del ruolo della Corte dei conti.

Il d.l. “semplificazioni”, con l'intento di combattere il fenomeno della burocrazia difensiva che nella fase di emergenza sanitaria si rivelerebbe particolarmente dannoso, ha operato una restrizione dell'ambito applicativo sia della responsabilità erariale, intervenendo sul suo elemento soggettivo, sia di quella penale, parzialmente riscrivendo il reato di abuso d'ufficio. Sebbene già in passato il legislatore, spinto dalla medesima esigenza, avesse messo mano ad entrambi i tipi di responsabilità sollevando critiche circa la possibilità che tali interventi legitti-

massero gestioni più “rilassate” del denaro pubblico, l’impatto delle modifiche apportate nel 2020 è stato tale da destare preoccupazioni più numerose e più serie.

Non solo il legislatore, miope e frettoloso, si è mosso nella direzione opposta a quella della promessa semplificazione, ma pare anche aver spianato la strada ad una gestione incauta del denaro pubblico e a condotte pregiudizievoli per il buon andamento della p.a. L’intervento non pare nemmeno idoneo ad arginare la “paura della firma”, in quanto le vere cause dei malfunzionamenti andrebbero ricercate altrove, dentro e fuori l’amministrazione. È solo attraverso una «*visione aggregata*» dei problemi, indagati con l’adeguato dispendio di tempo e risorse, che è possibile operare interventi destinati a reggere la prova del tempo e ad incidere positivamente sul funzionamento della macchina amministrativa, diffondendo una nuova cultura del bene comune.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the changes introduced by “simplifications” Decree Law No. 76 of 2020 to the liability regime, highlighting its most critical profiles.

The study moves from the assumption that the principle of liability is inseparably linked to the one of sound administration as it is functional to its protection. The evolution of the latter, which, since the 1990s, has been subjected to a gradual process of «*constitutional than*» that has led to the valorization of the results pursued in order to maximize the collective welfare, has resulted in the exponential increase of public damages cases and in the subsequent expansion of the role of the Court of Auditors.

The “simplifications” Decree Law, aiming to combat the phenomenon of defensive bureaucracy which would prove particularly damaging in phases of emergency, has restricted the scope of both governmental liability, by intervening on its subjective element, and criminal liability, by partially rewriting the rule on misfeasance in public office. Although the lawmaker, prompted by the

same need, had already intervened on both types of liability in the past and raised criticism that such measures would legitimize more “relaxed” management of public money, the impact of the changes made in 2020 was such as to raise more numerous and more serious concerns.

Not only has the short-sighted and hasty lawmaker moved in the opposite direction to that of promised simplification, but he also seems to have paved the way for careless management of public money and prejudicial conduct to the good performance of the public administration. Nor seems the initiative suitable to curb the «fear of signing» as the real causes of maladministration are to be should be elsewhere, inside and outside the administration itself. It is only through an «*aggregate view*» of such issues, to be investigated with the appropriate expenditure of time and resources, that it is possible to implement interventions meant to endure the test of time and positively affect the functioning of the administrative apparatus, while spreading a new culture of the common good.

PAROLE CHIAVE: burocrazia difensiva, responsabilità amministrativa, danno erariale, principio di buon andamento, Corte dei conti, semplificazione amministrativa.

KEYWORDS: defensive bureaucracy, governmental liability, loss of revenue, principle of sound administration, Court of Auditors, administrative simplification.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Il «*disgelo costituzionale*» del principio di buon andamento, l'evoluzione del ruolo della Corte dei conti e l'introduzione del concetto di danno pubblico. – 3. La legge n. 639/1996 e la prima generica limitazione della responsabilità erariale. – 4. Le criticità dell'art. 21. – 4.1. Il primo comma: il dolo in chiave penalistica. – 4.2. Il secondo comma e la compatibilità con gli artt. 3, 28, 77 e 97 Cost. – 4.3. Il secondo comma oltre la Costituzione: ulteriori perplessità sulla novella legislativa. – 5. La nuova configurazione della responsabilità erariale nel contesto del programma *Next Generation EU*. – 6. L'art. 21 nelle aule della magistratura contabile. – 7. L'art. 23 e i nuovi (problematici) confini del reato di abuso d'ufficio. – 8. Burocrazia difensiva: principali cause e possibili rimedi. – 8.1. La tutela giurisdizionale e non giurisdizionale come strumenti per combattere la *maladministration*. – 8.2. (a) La sovrabbondanza legislativa. – 8.3. (b) I problemi interni alla pubblica amministrazione. – 8.4. (c) Il mercato assicurativo a copertura del rischio percepito. – 8.5. (d) Le inefficienze della funzione di controllo della Corte dei conti. – 9. La corsa a ostacoli verso la semplificazione. – 10. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il bene-valore tutelato, le regole giuridiche ad esso correlate e le sanzioni previste per ripristinare il bene-valore leso¹ sono la «*triade*» su cui si regge la responsabilità in ogni sua veste e, in assenza di una combinazione attenta e ponderata di ognuno di questi tre fattori, pare difficile per la responsabilità assolvere al proprio compito. Il termine “responsabilità”, infatti, dal latino *respondeo*, indica il movimento inverso all’attività di *spondere*, ossia di “promettere solennemente”, “obbligarsi”, “impegnarsi con la propria parola”. *Respondere*, pertanto, significa rompere l’equilibrio che lo *spondere* crea, così che al «*giudizio di disvalore, portato sull’evento di rottura, trovi riscontro il giudizio di valore, portato sulla risposta riparatrice*»².

In tema di responsabilità erariale, oggetto della presente trattazione, della necessità di trovare un punto di equilibrio tra «*giudizio di disvalore*» e «*giudizio di valore*» il legislatore sembra, tuttavia, non aver tenuto conto. Dopo una sintetica (ancorché doverosa) disamina circa l’evoluzione del principio di responsabilità amministrativo-contabile – necessario per garantire la tutela non solo del buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche di altri valori costituzionalmente protetti –, dei suoi corollari e dei precedenti interventi operati sulla relativa disciplina, il presente contributo si sofferma sulla più recente alterazione dei perimetri applicativi di tale forma di responsabilità introdotta dall’art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76³, il c.d. “decreto semplificazioni”. Con questa disposizione, il legislatore è intervenuto incidendo sull’elemento

1 In questi termini F. M. LONGAVITA, *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare, il danno erariale*, 14 settembre 2018, disponibile su www.contabilitapubblica.it, che osserva che su tale «*triade*» si basa la tradizionale distinzione tra responsabilità civile, penale, amministrativo-contabile e disciplinare in cui può incorrere il pubblico dipendente. Controversa è poi la possibilità di sommare alle appena richiamate forme di responsabilità la responsabilità dirigenziale, talvolta ritenuta come *genus a se stante* in quanto più propriamente riconducibile alla responsabilizzazione (*accountability*) che alla responsabilità in senso stretto (*liability*). Sul punto, L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, 146. In tema di responsabilità in cui può incorrere il pubblico dipendente, si veda G. M. DONATO, *La responsabilità dei dirigenti della PA – civile, amministrativa, per danno erariale e penale*, Milano, Giuffrè, 2020.

2 C. MAIORCA, *Responsabilità - Teoria Generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988.

3 Recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, poi convertito con legge 11 settembre 2020, n. 120.

soggettivo richiesto ai fini della configurazione della responsabilità amministrativo-contabile mirando a combattere, nella fase di emergenza pandemica⁴, il fenomeno della “burocrazia difensiva”⁵, espressione che indica quella distorsione dalle scelte decisionali dell’amministratore pubblico dovuta all’imprevedibilità del rischio di incorrere in responsabilità per gli atti assunti nell’esercizio delle proprie funzioni, e che rientra a pieno titolo tra le possibili declinazioni della *maladministration*⁶. Dopo avere definitivamente chiarito che il dolo erariale debba essere valutato alla stregua di quello penale⁷, il legislatore ha poi previsto la limitazione, fino al 30 giugno 2023⁸, della responsabilità ai soli casi di dolo per le condotte commissive dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti;⁹ tale scelta ha sin da subito suscitato le rimostranze di buona parte della dottrina e della magistratura contabile, che, come si dirà, ha tacciato tale intervento come foriero di cospicui dubbi interpretativi, di ragionevolezza e di costituzionalità. Non solo si è rilevato che la disposizione in commento fallisca nell’arginare il fenomeno della burocrazia difensiva – le cui cause sarebbero da

4 In modo che, si legge nella Relazione illustrativa, «i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo». Per quanto concerne il periodo storico in cui l’intervento legislativo si colloca, è risaputo che il fenomeno della “burocrazia difensiva”, rischiando di condurre a pericolosi immobilismi, si rivela particolarmente odioso laddove imperante è la necessità di un’azione puntuale e tempestiva.

5 Per un’attenta analisi dell’origine e dell’evoluzione del fenomeno, si veda R. TUZZI, *La medicocrazia difensiva: un confronto tra medicina e burocrazia difensiva alla luce dell’art. 21 del d.l. 76/2020*, in *Federalismi.it*, 2021, 28, 140 ss. e S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293 ss.

6 Come riportato dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, *Piano Nazionale Anticorruzione 2016*, 3 agosto 2016, disponibile su www.anticorruzione.it, si tratta di un termine generale che fa riferimento alla «assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell’interesse generale» in quanto «inquinata» da «interessi particolari volti all’improprio condizionamento delle decisioni pubbliche»; si veda anche S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, 5, 243 ss.

7 Il comma 1 prevede infatti che all’art. 1, co. 1, l. n. 20/1994, sia aggiunto, dopo il primo periodo, che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso». È quanto chiarito anche nella Relazione illustrativa, ai sensi della quale «in materia di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, la norma chiarisce che il dolo va riferito all’evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica».

8 Il termine, inizialmente fissato al 31 dicembre 2021, è stato prorogato ad opera dell’art. 51, co. 1, lett. b) del d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

9 Il comma 2 dell’articolo in esame prevede infatti che «la limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente», per i quali resta valida la previsione dell’art. 1, co. 1 della l. n. 20/1994.

ricercarsi ben oltre l'oppressività burocratica e il rischio di incorrere in responsabilità¹⁰– ma anche che offra ai funzionari pubblici «una vera e propria licenza di sbagliare (anche molto gravemente)»¹¹ dal momento che introducendo il principio della irresponsabilità della firma sostanzialmente “legalizza” alcuni danni all'erario.

Analoghe considerazioni possono essere svolte a proposito del successivo art. 23, che, sempre sull'assunto che il timore di agire del funzionario pubblico sia generato da quello di incorrere in responsabilità, tocca invece la responsabilità penale, intervenendo sull'art. 323 cod. pen. al fine di circoscriverne l'area del penalmente rilevante. Essendo la volontà del legislatore orientata alla tassatività e alla determinatezza del reato di abuso d'ufficio, tale intervento è stato inizialmente definito come la «parziale buona novella»¹² del d.l.; una più attenta analisi, però, ne ha presto messo in luce con drammatica evidenza le criticità, molte delle quali condivise con il summenzionato art. 21. Da un lato, infatti, la riscrittura della norma suscita perplessità interpretative e si rivela inidonea a combattere gli atteggiamenti difensivi dell'amministrazione; dall'altro lato, il legislatore pare avere stretto la «valvola» dell'abuso d'ufficio «oltre ogni ragionevole misura»¹³, senza tuttavia rafforzare gli strumenti alternativi e complementari alla sanzione penale e parallelamente procedendo al depotenziamento della responsabilità erariale. Ne è derivato un parziale snaturamento della disposizione nor-

10 Cfr. A. POLICE, *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 4, 1 ss., che definisce «semplicitiche» le posizioni che attribuiscono alla Corte dei conti soprattutto nell'esercizio della giurisdizione nei giudizi di responsabilità amministrativa la causa dei deficit di efficienza della pubblica amministrazione, in quanto non tengono conto della estrema complessità delle cause delle inefficienze, per poi aggiungere: «Allo stesso modo, non deve attribuirsi eccessivo peso alla previsione dell'art. 21, comma 2, del decreto legge n. 76 del 2020 laddove esclude la responsabilità amministrativa per colpa grave ipotizzando che tale esclusione possa restituire agli amministratori e funzionari pubblici il “coraggio perduto” della firma. Seguendo la lezione manzoniana messa sulle labbra di un curato di campagna, in realtà, se uno il coraggio non ce l'ha “non se lo può dare”».

11 L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 16 settembre 2020.

12 Così M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund: scelta di “buoni” progetti, semplificazione delle procedure, reperimento di adeguate professionalità, limitazione delle responsabilità gestorie. Analisi e rilievi*, in *Rass. avv. Stato*, 2020, 4, 230.

13 In questi termini M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2021, 7-8, 103.

mativa, sicché sempre più insistenti si sono fatte le voci che ne chiedono l'abrogazione, sull'assunto che essa sarebbe stata fatta oggetto di una parziale *abolitio criminis* e trasformata in un «*ircocervo dalle fattezze mostruose*»¹⁴.

Pertanto – come è stato correttamente osservato – «*si è creata una legislative public opinion, che si è tradotta in alcuni interventi di riforma, i quali hanno interessato le due fattispecie che, secondo una valutazione generalmente condivisa, costituiscono i principali spauracchi dell'amministrazione: il danno erariale e l'abuso d'ufficio*»¹⁵; all'opposto, nessuna attenzione è stata riservata a quelle che da decenni sono additate come le vere cause – endogene ed esogene – dei malfunzionamenti amministrativi. E così, non solo le novelle di cui agli artt. 21 e 23 del d.l. n. 76 del 2020 non paiono operare alcuna reale semplificazione, ma espongono anche le casse dello Stato a possibili perdite in un periodo in cui, oltretutto, l'erogazione dei fondi del dispositivo *Recovery Fund U.E.* impone la massima attenzione nel contrasto alla dispersione delle risorse finanziarie.

2. Il «disgelo costituzionale» del principio di buon andamento, l'evoluzione del ruolo della Corte dei conti e l'introduzione del concetto di danno pubblico

Prima di addentrarsi nella disamina delle – numerose – problematiche sollevate dagli interventi in tema di responsabilità di cui al Titolo II, Capo IV, del d.l. “semplificazioni”, pare utile soffermarsi brevemente sui passaggi chiave che hanno portato all'evoluzione del concetto di responsabilità amministrativo-contabile al fine di coglierne l'ormai indissolubile legame con il principio costituzionale di buon andamento.

Se, inizialmente, si tendeva a ritenere che l'art. 28 Cost. facesse riferimento solo alla responsabilità «*esterna*» di funzionari e impiegati verso i soggetti privati danneggiati – e non anche a quella «*interna*» nei confronti dello Stato o

14 Questa l'espressione usata da T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8, 8 ss.

15 A. BATTAGLIA, S. BATTINI *et al.*, «*Burocrazia difensiva*»: cause, indicatori, rimedi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, 1309.

dell'ente pubblico¹⁶ –, successivamente la valorizzazione della disposizione quale norma di chiusura a garanzia di diritti e libertà costituzionali contro le possibili violazioni dolose e colpose degli agenti dell'Esecutivo aveva portato la dottrina maggioritaria a ritenere che la norma operasse anche per la responsabilità amministrativo-contabile, tanto per violazione di diritti, quanto di interessi legittimi¹⁷. Ad ogni modo, l'evoluzione del principio di buon andamento che ha interessato il nostro Paese soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha assunto una centralità tale nella valutazione dell'operato della pubblica amministrazione da non rendere più possibile pensare all'art. 28 come slegato dagli artt. 97 e 103 Cost., cui si salda inscindibilmente. In proposito, vi è chi osserva¹⁸ che il fondamento della responsabilità in esame sarebbe da ricercarsi ormai, più che nel disposto dell'art. 28 Cost., nelle norme di cui agli artt. 97 e 98 Cost. che delineano il modello ideale dell'azione amministrativa¹⁹; ciò sarebbe il prodotto del graduale processo di «*disgelo costituzionale*» del principio di buon andamento, iniziato a partire dagli anni '70 e che ha condotto alla progressiva valorizzazione del principio di efficienza nell'attività dei pubblici poteri²⁰.

16 Cfr. Corte cost., sent. nn. 164/1982 e 1032/1988. La ragione di una tale impostazione si rinveniva nell'arenarsi del dibattito riguardante l'art. 28 sulla sola responsabilità civile, con conseguente esclusione di quelle amministrativa e penale, pur menzionate nel testo della norma.

17 Si vedano F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 1, 41 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991, 368; M. CLARICH, *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost. (Spunti da un confronto con le esperienze straniere e con la prassi interpretativa)*, in *Giur. cost.*, 1987, 1, 1854 ss.

18 A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 196.

19 Oltre agli artt. 97, co. 2 e 3 e 98 Cost., ulteriori fonti del principio di buon andamento sono contenute: i) nell'art. 41 della Carta di Nizza; ii) nell'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, che ne posiziona i corollari, ossia efficacia, efficienza, economicità, pubblicità e trasparenza; iii) nell'art. 317, co. 1, TFUE e 97 c.1, che si lega in particolare al principio di sana gestione finanziaria; iv) negli artt. 117, co. 2, lett. m) e 119 Cost., a proposito del livello essenziale delle prestazioni, per cui si rinvia a G. CREPALDI, *Il danno da disservizio: nozione e forme di tutela*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 3, 781 ss.; v) nell'art. 2, l. n. 241/1990 in tema di rispetto del termine per la definizione del procedimento.

20 È a questo proposito opportuno ricordare che inizialmente l'efficienza, essendo una nozione non giuridica, bensì economica, veniva ritenuta antitetica rispetto al principio di legalità: cfr. Cons. di Stato, sez. cons., n. 1943/2009, par. 1, dove si afferma: «*La difficoltà di tradurre in termini di norma giuridica ciò che appartiene alla scienza economica ha portato a svilire il principio di buon andamento, sicché, invece di concepire la legalità come orientata all'efficienza, si è, al contrario, interpretata l'efficienza come un corollario della legalità, sostenendo che il mero rispetto della legge è garanzia di risultato*». In seguito,

L'impulso verso l'efficientamento dell'azione amministrativa è stato dato dall'assimilazione della disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, avvenuta al fine di stimolare autonomia e responsabilità e ridurre lo spreco delle risorse economiche ed umane, alla luce dei principi di economicità, efficienza ed efficacia²¹. La separazione tra momento politico e momento gestionale, consacrata nell'art. 4 del T.U. sul Pubblico impiego, ha portato alla creazione di un modello piramidale al cui vertice si colloca la figura del dirigente, al contempo datore di lavoro all'interno della sua micro-organizzazione e dipendente pubblico al servizio dello Stato²². 54 Prendendo sempre più piede una concezione costituzionalmente orientata dell'agire della p.a. e che implica il suo posizionarsi

«è stata prepotentemente veicolat[a] nel sistema amministrativo una concezione non più formale, ma sostanziale del principio di buon andamento, alla luce della quale l'attività pubblica non deve più guardare esclusivamente al rispetto delle norme sulla gestione, ma anche all'importanza dei risultati e al livello delle prestazioni da fornire». Si veda anche TAR Campania-Napoli, sez. VIII, sent. n. 4305/2015, par. 2.4, in cui si legge che *«lungi dall'esservi antinomia fra efficienza e legalità, non può esservi rispetto del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., se non vi è, nel contempo, rispetto del principio di legalità».* In merito si rimanda a: F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 11-12, 3303 ss.; R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2017, 445 ss.; G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 95 ss.; G. M. DONATO, *La responsabilità dei dirigenti della PA – civile, amministrativa, per danno erariale e penale*, Milano, Giuffrè, 2020, 37 ss.; M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, Torino, Giappichelli, 2018, 52 ss. In senso apertamente critico, si veda 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, disponibile su www.irpa.eu, che sostiene che l'attrazione dell'efficienza nella legalità abbia l'effetto *«di sovrapporre [...] lo scrutinio di legittimità ad attività, condotte e decisioni che mal si valutano secondo il criterio della conformità alla legge. Si dimentica, infatti, così, che mentre la legalità ha le caratteristiche di un principio generale, applicabile senza distinzioni a tutta l'attività amministrativa, l'efficienza deve essere disegnata diversamente a seconda delle attività e delle amministrazioni, deve essere valutata tenendo conto delle opzioni disponibili e del contesto nel quale si è operato e, soprattutto, la valutazione deve essere primariamente volta ad uno scopo conoscitivo, per verificare sul piano dell'esperienza concreta quali strumenti siano funzionali a quali fini, a quali condizioni, costi e presupposti».*

21 Cfr. L. MITTONE, *L'analisi del processo di produzione degli enti pubblici: una discussione sulle nozioni di efficienza ed efficacia*, in *Amm. e pol.*, 1987, 3, 7 ss.

22 Cfr. Corte cost., sent. n. 103/2007, par. 8, che sottolinea come si sia passati *«da una concezione della dirigenza intesa come status, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una concezione della stessa dirigenza di tipo funzionale»* che *«ha fatto perno sulla distinzione tra il potere di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale svolta dai dirigenti. Tale netta distinzione ha, da un lato, ampliato le competenze dirigenziali, l'esercizio delle quali deve essere valutato tenendo conto, in particolare, dei risultati "dell'attività amministrativa e della gestione" [...]; dall'altro lato e conseguentemente, ha comportato un maggiore rigore nell'accertamento della responsabilità dei dirigenti stessi [...] che presuppone un efficace sistema valutativo in relazione agli obiettivi programmati».*

«all'intersezione tra la dimensione della libertà e quella dell'autorità»²³, si è affermato così negli anni '90 il concetto di “amministrazione di risultato”: all'attività pubblica è stato chiesto di non guardare più esclusivamente al rispetto delle norme sulla gestione, ma anche agli obiettivi da raggiungere e al livello delle prestazioni da fornire²⁴, in un'ottica di massimizzazione dei diritti e delle libertà dei cittadini²⁵; parallelamente, si è diffusa l'espressione “cittadinanza amministrativa”, che ha determinato, da un lato, l'abbandono della concezione del cittadino come suddito dell'amministrazione e, dall'altro, ha accolto l'idea di una «*amministrazione condivisa*», in cui il primo si fa titolare di pretese attive nei confronti della seconda e diventa compartecipe della pubblica funzione²⁶. In sintesi, si è diffuso un modello di amministrazione non solo formalmente, ma anche sostanzialmente “buona”, in cui «*sono i fini pubblici che definiscono l'amministrare, non la soggettività di chi compie l'operazione*»²⁷: un modello che, per così dire, potrebbe riassumersi nella frase “*l'État c'est nous*”. Com'era prevedibile, la trasformazione della pubblica amministrazione ha reso necessario anche il cambiamento della Corte dei conti e del ruolo di garanzia e ausilio che essa svolge nei confronti –

23 Così L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 121. Cfr. anche G. PASTORI, *L'insegnamento di un maestro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 143 ss.

24 È quanto sostenuto, *ex multis*, da: Corte conti, sez. II app., 26 settembre 2017, n. 479; Cass. Civile, SS.UU., n. 7024/2006; ID., n. 12902/2011.

25 L'espressione è di L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, 10.

26 In questi termini, *ibidem*. Si vedano anche C. E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 481 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 50; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1209 ss. La necessità di garantire un livello di prestazioni con *standard* qualitativamente adeguati trova espressione nell'elaborazione delle carte di servizi. In tema si rinvia a: M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 373 ss.; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, 471, secondo cui stabilire uno *standard* «*altro non è che un modo per dare un volto concreto, di fronte al singolo servizio, sia al diritto alla buona amministrazione sia al corrispondente dovere di bene amministrare*»; F. MANGANARO, *Il principio di autonomia*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studio sui principi di diritto amministrativo*, cit., 277; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione* (nota a Corte cost. sent. n. 10/2010) disponibile su www.forumcostituzionale.it; R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 201ss.

27 Così L. R. PERFETTI, *cit.*, 121.

rispettivamente – dei cittadini e della amministrazione stessa²⁸. Sebbene sin dalla sua istituzione²⁹, in realtà, si sia assistito ad una progressiva espansione del suo ruolo, è stato soprattutto a partire dagli anni '90 che si sono poste le basi per spostare «il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile [...] dalla qualità del soggetto [...] alla natura del danno e degli scopi perseguiti»³⁰. Infatti, oltre alla mera salvaguardia delle norme di contabilità pubblica, le sono stati affidati poteri di tutela contro varie forme di *mala gestio* della cosa pubblica. Da un lato la giurisdizione dei magistrati contabili si è estesa fino a ricomprendere i giudizi di responsabilità di tutti i dipendenti e gli amministratori pubblici³¹, mentre, dall'altro e alla luce della privatizzazione del pubblico impiego, lo stesso legislatore ha contribuito all'ampliamento dei poteri della Corte introducendo controlli sulla gestione sempre più incisivi e volti a valorizzare il rapporto tra obiettivi programmati e perseguiti³². In breve, la Corte dei conti è passata

28 Così G. PIPERATA, *Corte dei conti e riforma della pubblica amministrazione italiana*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO (a cura di), *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione*, Bologna, Quaderni della Spisa, 2016, 13 ss.; cfr. anche E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri pubblici: "dove nascono i problemi"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 681 ss.; G. NICOLETTI, *Controllo e giurisdizione a garanzia della corretta gestione delle risorse finanziarie nella Pubblica amministrazione*, disponibile su www.amcorteconti.it; M. DUGATO, *Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività*, in *Munus*, 2018, 2, 607 ss. Per un'analisi completa di tale trasformazione, si rinvia a V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018, 16 ss.

29 Avvenuta nel regno di Sardegna ad opera della legge n. 800/1962 a seguito della soppressione della Camera dei conti e a cui furono affidati poteri di controllo delle finanze pubbliche, nonché poteri cognitori di secondo grado in materia di giudizi di contabilità e pensionistici. L'origine si ebbe però nella Francia del 1200, dove, all'interno della *curia regis*, vi era una sezione denominata *Chambre des comptes* cui spettavano sia funzioni di controllo dei conti, sia giurisdizionali. Per un approfondimento in merito alla storia della Corte, si rimanda a D. LUONGO, *Il controllo contabile nelle dinamiche dello Stato moderno*, in D. CROCCO (a cura di), *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli, Jovene, 2014, 1 ss. e M. ANDREIS, *La giurisdizione contabile nella prospettiva storica: tra controllo e tutela*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *AA.VV., Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 9 ss.

30 Cass. Civile, SS.UU., ord. n. 4511/2006.

31 Ciò ha trovato la propria collocazione normativa dapprima negli artt. 81, 82 e 83 del r.d. n. 2440/1923 (c.d. legge di contabilità generale dello Stato) e nell'art. 52 del r.d. n. 1214/1934, (c.d. T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti).

32 Il riferimento è alla l. n. 142/1990, con il legislatore ha posto fine allo speciale regime di responsabilità di amministratori e dipendenti degli enti locali sottraendone la cognizione al giudice ordinario in favore del giudice amministrativo; al d.lgs. n. 29/1993; al d.lgs. n. 80/1998; al d.lgs. n. 286/1999. Infine, l'art. 3, co. 4, della l. n. 20/1994 ha imposto alla Corte l'accertamento «anche in base all'esito di altri controlli, [del]la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione am-

dall'essere mera «guardiana autorevole»³³ dei conti pubblici a «organo posto al servizio dello Stato-comunità»³⁴, ultimo baluardo della legalità amministrativa e del principio di buon andamento. Ne consegue la funzionalità del suo ruolo a garantire il c.d. *continuum* Governo-Parlamento³⁵: la Corte rappresenta, cioè, lo strumento tecnico in mano alle Camere per valutare politicamente la responsabilità dell'Esecutivo e garantire così l'effettiva attuazione del principio democratico³⁶.

Anche il concetto di danno – la cui presenza, unitamente a quella di una condotta antiggiuridica attiva o omissiva posta in essere in presenza di un rapporto di servizio e durante l'esercizio delle proprie funzioni³⁷ e di un elemento soggettivo qualificato³⁸, è essenziale ai fini della configurazione della re-

ministrativa».

33 L'espressione è riportata da A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Lectio magistralis tenuta alla Luiss il 25 marzo 2021, che riprende l'espressione precedentemente utilizzata del Presidente del Consiglio Mario Draghi.

34 Corte cost., sent. n. 470/1997, par. 2.

35 Così F. S. MARINI, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 6, 4.

36 *Ibidem*.

37 In tema di elementi costitutivi l'illecito erariale si rimanda a S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, Giuffrè, 2003, 180; G. DE MARIA, *Gli elementi strutturali del danno erariale*, 2 ottobre 2019, disponibile su www.segretariocomunalivighenzi.it; G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa: profili sostanziali*, in A. CANALE et al., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2017, 1157 ss.; F. M. LONGAVITA, *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare, il danno erariale, cit.*; C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 917 ss.; L. PREVITI, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa: tra esigenze di prevedibilità e tentativi di correzione della mala gestio pubblica*, in *Federalismi.it*, 2020, 4, 180 ss.; L. GRECO, *L'ambito della giurisdizione contabile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 914 ss.; T. MIELE, *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche*, Relazione per il corso di formazione ed aggiornamento, Roma dal 13-15 dicembre 2006, Aula Sezione Riunite della Corte dei conti, disponibile su www.corteconti.it; L. BALESTRA, *Responsabilità per danno erariale e prerogative della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2019, 4, 18 ss.; P. MADDALENA, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 2008, 1, 196 ss., che sostiene che la nuova concezione di Stato-comunità fa sì che sia superato il principio del rapporto di servizio affinché vi sia responsabilità amministrativa, essendo sufficiente che ad un soggetto, in quanto cittadino, siano attribuite funzioni pubbliche, in particolare amministrative; sarebbe più appropriato, pertanto, parlare di «rapporto di ufficio».

38 Prima che l'intervento del legislatore di cui all'art. 21 del d.l. n. 76/2020 chiarisse che il dolo erariale sia da intendersi alla stregua di quello penale, acceso è stato il dibattito di giurisprudenza e dottrina in merito alla sua natura, classificata talvolta come contrattuale, talvolta come extracontrattuale e talaltra come penale. Per la giurisprudenza sostenitrice del dolo contrattuale, cfr. *ex multis*: Corte conti, sez. III app., 9 febbraio 2017, n. 74; ID., sez. riun., 25 ottobre 1996, n. 63; ID., sez. I app., 21 gennaio 2014, n. 107; ID., sez. giur. Lazio, 21 novembre 2016, n. 319;

sponsabilità erariale³⁹ – è stato oggetto di una notevole evoluzione nel corso degli anni⁴⁰. Quello che una volta – ponendosi l'accento unicamente sulla *deminutio patrimonii* sofferta dall'erario – veniva inteso nell'accezione di danno erariale, parrebbe oggi infatti qualificarsi più propriamente come “danno pubblico”, vale a dire come *vulnus* arrecato, più in generale, a tutti gli interessi pubblici meritevoli di tutela. Mentre la Corte dei conti si faceva progressivamente portatrice dei valori a tutela della comunità amministrata, il concetto di danno si dematerializzava ed eticizzava, determinando la sfumatura del soggetto passivo della lesione che, se prima si identificava nell'ente danneggiato, è invece oggi individuato nell'intera collettività⁴¹. Di conseguenza, la giurisprudenza ha iniziato ad elaborare nuove fattispecie di danno volte alla salvaguardia non solo dell'integrità del patrimonio pubblico, quanto dell'interesse a una buona amministrazio-

ID., sez. giur. Umbria, 20 dicembre 2006, n. 405; ID., sez. riun., 25 ottobre 1996, n. 63/A; in dottrina cfr. A. VETRO, *Il dolo contrattuale civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, 10 dicembre 2011, disponibile su www.contabilitapubblica.it. In senso contrario, *ex multis*: Corte conti, sez. giur. Sardegna, n. 294/2009; ID., sez. I app., 14 marzo 2014, n. 401; ID., sez. riun., 10 giugno 1997, n. 56; ID., sez. I app., 13 marzo 2014, n. 401; ID., sez. giur. Lombardia, 11 novembre 2015, n. 139. In dottrina: V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, cit., 365 ss. È stato altresì sostenuto che il dolo in questione non sia riconducibile né a quello civilistico, né a quello penalistico, dovendolo ritenere come a sé stante, tipicamente erariale, alla luce della autonomia e specificità della responsabilità amministrativa; cfr. in proposito Corte conti, sez. III app., 28 settembre 2004, n. 510, con note di L. CASO, *Il dolo comune e il dolo erariale* e L. VENTURINI, *Il “dolo erariale”: natura ed incidenza; il potere sindacatorio: limiti e fine*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 10, 2988 ss. Per altre pronunce in tal senso, cfr. *ex multis*: Corte conti, sez. I app., 22 marzo 2010, n. 198; ID., sez. giur. Puglia, 11 ottobre 2006, n. 885; ID., sez. giur. Lombardia, 8 gennaio 2015, n. 1.

39 È stata superata la concezione formale della responsabilità amministrativa, in base alla quale si configurava l'obbligazione risarcitoria anche in assenza di danno, scaturente dal solo fatto di aver violato le norme poste a salvaguardia della finanza pubblica; cfr. G. MIELE, *Problemi attinenti alla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 530 ss.

40 Come osservato da A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, Giuffrè, 2012, 13 ss., l'evoluzione ha interessato in particolar modo i danni immateriali, che comportano la lesione di beni intangibili quali l'immagine, il prestigio e l'onore della p.a.

41 P. MADDALENA, *La definizione del concetto di “danno pubblico”, premessa indispensabile per qualsiasi riforma della Corte dei conti*, in *Foro amm.* 1983, 1-2, 255 ss., che sottolinea come si sia preso coscienza di come «l'attività della Corte dei conti [sia] stata svalutata e stravolta perché posta in una visuale individualistica e falsamente libertaria, mentre essa si giustifica ed ha un suo proprio ruolo soltanto se posta in una visuale che ponga in primo piano il bene comune quale interesse preminente della collettività»; G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa: profili sostanziali*, cit., 1166 ss.

ne⁴²: si tratta, ad esempio, del danno all'ambiente⁴³, del danno all'immagine⁴⁴, del danno da tangente⁴⁵, del danno alla concorrenza⁴⁶ o di quello da disservizio⁴⁷. Quest'ultimo, in particolare, è stato definito come una «*fattispecie dai contorni mobili*»⁴⁸, essendo quella di “disservizio” una nozione flessibile e aperta, che ha saputo determinarsi attraverso un criterio espansivo⁴⁹ e che si è sviluppata congiuntamente al principio di buon andamento. Se in un primo momento, infatti, il disservizio veniva ricondotto unicamente all'ambito dei servizi pubblici

42 P. MADDALENA, *ibidem*, che asserisce che il fatto dannoso, dunque, non è più inteso in senso «*computistico e ragionieristico*», bensì in quanto «*fenomeno umano*» lesivo di beni non necessariamente suscettibili di valutazione monetaria, ma comunque utili alla collettività.

43 Incerta si è mostrata in un primo periodo la giurisprudenza circa la spettanza della cognizione del danno ambientale al giudice ordinario o contabile: cfr. Cass. Civile, SS.UU., nn. 440/1989, 40/1989 e 10733/1998. In senso critico verso queste pronunce, F. GIAMPIETRO, *Il danno ambientale tra giurisdizione contabile e giudice ordinario: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, 1988, 9, 2671 ss., che osserva che l'aver negato la giurisdizione del giudice contabile costituisce uno «*strappo*» ai suoi danni, in quanto è alla Corte dei conti che va riconosciuta la paternità del danno pubblico ambientale e una considerevole solerzia nella tutela dei danni ambientali. In seguito, la Corte ha cercato di recuperare la propria giurisdizione facendo crescere esponenzialmente le pronunce di responsabilità nei casi di danno ambientale indiretto; in proposito cfr. V. GIOMI, *Le stagioni della giurisdizione contabile nella reazione al danno all'ambiente. Problemi attuali e prospettive future*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, 135 ss. Infine, l'introduzione del Codice dell'ambiente ha esteso lo spazio di intervento del giudice contabile, tanto che oggi si parla di una tutela giurisdizionale «*a tre uscite*»: cfr. F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente: la concorrenza delle giurisdizioni*, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, 730.

44 La Corte dei conti lo ha definito come «*pregiudizio non patrimoniale, ma suscettibile di valutazione economica, consistente nella perdita o diminuzione del prestigio, del buon nome, dell'autorevolezza e della credibilità sociale della pubblica amministrazione danneggiata, ovvero nell'alterazione del prestigio e della personalità dello Stato-amministrazione oppure di altra pubblica amministrazione, a seguito di un comportamento tenuto in violazione dell'art. 97 Cost., ossia in dispregio delle funzioni e delle responsabilità dei funzionari pubblici*» (cfr., *ex multis*, Corte conti, sez. giur. Lombardia, 6 ottobre 2017, n. 143). Si osservi che inizialmente si negava la giurisdizione contabile in tema di danno all'immagine in quanto quest'ultimo era considerato un danno morale (cfr.: L. PRIMICERI, *Il danno all'immagine come danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 2007, 7, 601 ss.). In seguito soprattutto agli scandali di Tangentopoli, la giurisprudenza ha cominciato a riconoscere che tale danno, pur non causando una diminuzione patrimoniale diretta, fosse tuttavia suscettibile di valutazione economica sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso (cfr. Cass. Civile, SS.UU., n. 5668/1997; Corte conti, sez. riun., 23 aprile 2003, n. 10). La previsione dell'art. 7, l. n. 97/2001, confermata dall'art. 17, co. 30-ter (c.d. Lodo Bernardo) del d.l. n. 78/2009 che subordinava l'avvio dell'azione di responsabilità alla sentenza irrevocabile di condanna per i reati contro la p.a., era stata dichiarata coerente con l'art. 3 Cost. dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost., sent. n. 355/2010), ma non tale da sopire le incertezze della magistratura contabile, che tendeva talvolta a non applicarlo. Con l'entrata in vigore del Codice di giustizia contabile il lodo Bernardo è stato abolito, ma ciò non ha comunque risolto i dubbi circa i presupposti per la promuovibilità dell'azione davanti al giudice contabile. In proposito, cfr.: Corte Cost., sent. n. 168/2019, con commento di F. G. COCA, *Responsabilità amministrativa e danno all'immagine*, in *Giur. cost.*, 2019, 4, 1995 ss.; Corte conti, sez. giur. Lombardia, 1 dicembre 2016, n. 201; ID., 29 settembre 2020, n. 140, con nota di L. D'ANGELO, *Novità sul danno all'immagine*, 4 ottobre 2020, disponibi-

– con riferimento però non alla loro materiale esecuzione, bensì alla qualità degli stessi che, se inferiore al dovuto, si traduceva in un servizio apparente, privo delle sue caratteristiche essenziali di pubblica utilità e dunque scadente⁵⁰ –, con il tempo ha preso piede un'accezione “lata” del concetto di disservizio, cosicché ormai esso si ritiene ascrivibile a tutta l'attività amministrativa⁵¹. Pertanto, costituiscono oggi danno da disservizio una pluralità di condotte, talvolta anche molto diverse tra loro, ma comunque pregiudizievoli nei confronti dell'andamento efficiente, economico ed efficace dell'amministrazione pubbli-

le su www.dirittoconti.it; Corte conti, sez. giur. Emilia Romagna, 15 marzo 2017, n. 106; ID., sez. giur. Toscana, 4 luglio 2018, n. 174; ID., 30 settembre 2020, n. 272, con nota di L. D'ANGELO, *cit.* Più in generale, sul danno all'immagine, si rinvia a D. PERROTTA, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenze giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, in *Federalismi.it*, 2018, 8, 2 ss.; V. VARONE, *Il danno all'immagine*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, cit.*, 1187 ss.; C. CILLA, *Il danno all'immagine della p.a.*, nota a Corte Cost., 15 dicembre 2010, n. 355, disponibile su www.dirittoamministrativo.it.

45 Consistente nel costo aggiuntivo sopportato dalla collettività derivante dalla traslazione sulla p.a. di quanto pagato dall'imprenditore per la *captatio benevolentiae* illecita. Si osservi che il concetto di tangente è qui inteso in senso più ampio rispetto a quanto recepito in ambito penalistico, poiché volto a ricomprendere ogni condotta che determini una disfunzione amministrativa per l'uso distorto di risorse pubbliche. In tema, si rinvia a F. D'ANGELO, *Il danno da tangente*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, cit.*, 1229 ss.; A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale, cit.*, 134 ss.

46 Identificabile nell'omessa applicazione delle regole di evidenza pubblica nell'ambito delle gare con conseguente lesione dei principi di libertà, concorrenza, buon andamento e imparzialità. Il danno viene identificato guardando all'ingiustificato arricchimento dell'impresa. In proposito si vedano P. CLARIZIA, *Il danno alla concorrenza*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, cit.*, 1197 ss. e M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 71 ss., che osserva che la concorrenza costituisce «la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio».

47 Cfr. M. NUNZIATA, *Il danno da disservizio*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, cit.*, 1217 ss.; V. E. TOMASSINI, *Il danno da disservizio*, in *Riv. Corte conti*, 2005, 3, 334 ss.; A. CIARAMELLA, *Alcune attuali figure di danno risarcibile davanti al Giudice contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 2, 361 ss.

48 Queste le parole usate da G. CREPALDI, *Qualità delle prestazioni, disservizio e tutela del cittadino-utente*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, *cit.*, 112.

49 Così Corte conti, sez. giur. Trentino Alto Adige-Trento, 14 dicembre 2006, n. 130.

50 Cfr. Corte conti, sez. giur. Umbria, 27 luglio 2004, n. 371; si vedano anche, *ex multis*: Corte conti, sez. I app., 12 febbraio 2014, n. 253; ID., sez. giur. Veneto, 28 febbraio 2017, n. 29; ID., sez. giur. Puglia, 7 gennaio 2008, n. 2. Per un approfondimento, si rimanda a M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio, cit.*, 97 ss.

51 Minoritario è, infatti, l'orientamento della giurisprudenza contabile che continua ad ancorare tale danno alla prestazione di servizi: cfr. Corte conti, sez. giur. Puglia, 25 agosto 2008, n. 661.

ca⁵², alla luce dell'accezione che il principio di buon andamento ha assunto a seguito del processo di disgelo costituzionale.

Sull'assunto che tanto l'estensione del sindacato dei giudici contabili – vista come «*spada di Damocle*»⁵³ che pende sull'attività di funzionari e amministratori pubblici –, quanto l'evoluzione delle fattispecie di danno erariale – sganciati dal requisito della patrimonialità nel tentativo di coprire ogni ambito dell'esercizio della funzione amministrativa in cui possano trovare spazio condotte lesive degli interessi dello Stato-comunità – generassero in capo ai dipendenti pubblici un timore di incorrere in responsabilità idoneo a determinare la “paralisi del fare”, non sono mancati da parte della politica tentativi di ridimensionamento dei poteri di repressione via via più capillari della Corte dei conti. Si consideri, inoltre, che il costante aumento dei tipi di danno erariale ha comportato una crescente difficoltà nel distinguere i sempre più labili confini tra una fattispecie e l'altra⁵⁴, sicché uno stesso fatto può essere ritenuto pregiudizievole nei confronti della p.a. sotto diversi profili e quindi produttivo di molteplici danni all'erario⁵⁵. Infine, non può essere trascurato che l'intensificarsi nel

52 Rappresentano danno da disservizio secondo la giurisprudenza, infatti: l'esercizio illecito e penalmente rilevante di pubbliche funzioni (cfr. Corte conti, sez. giur. Umbria, 4 dicembre 1997, n. 1; ID., 14 maggio 1998, n. 501; ID., sez. giur. Piemonte, 3 marzo 2011, n. 83); l'asservimento del servizio (cfr. Corte conti, sez. giur. Puglia, 7 gennaio 2008, n. 2); la mancata resa del servizio (cfr. Corte conti, sez. giur. Veneto, 13 giugno 2011, n. 382; ID., sez. giur. Lombardia, 21 marzo 2008, n. 209); l'utilizzo deviato di beni strumentali (cfr. Corte conti, sez. giur. Basilicata, 22 marzo 2006, n. 83); l'alterazione dell'ordine delle pratiche da istruire (cfr. Corte conti, sez. giur. Lombardia, 21 marzo 2008, n. 209).

53 Così E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi venti anni dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639*, in D. CROCCO (a cura di), *cit.*, 266. Si pensi anche all'estensione della giurisdizione contabile operata da parte della l. n. 142/1990 ad amministratori e dipendenti degli enti locali, nonché alla strutturazione in sezioni regionali della Corte dei conti.

54 Efficace la ricostruzione In M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, *cit.*, 219 ss., che evidenzia come il danno da disservizio inteso come esercizio inefficiente o illecito dei beni della p.a. facilmente possa essere confuso con il danno all'immagine o con quello da tangente, pur differenziandosi dal primo – in quanto non mira a ristorare l'astratta credibilità e autorevolezza di quest'ultima – e dal secondo – che riguarda le sole ipotesi dei contratti pubblici e costituisce un'indebita maggiorazione del giusto prezzo a danno dell'amministrazione corrispondente solitamente all'importo della tangente.

55 Cfr. Corte dei conti, sez. giur. Piemonte, n. 44/2011 con cui la Corte ha accertato un articolato modello di accordi corruttivi tra imprenditori e funzionari dell'AIPo (Agenzia Interregionale per il fiume Po) in seguito all'affidamento di lavori urgenti per il pericolo di esondazione del fiume. In questo caso, non solo si è rilevata la presenza di un danno da tangente per il mag-

corso del tempo dell'attività legislativa volta a individuare fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa⁵⁶ ne abbia accentuato i tratti punitivi⁵⁷. Ciò non solo ha l'effetto di pregiudicare il carattere di specialità ed esclusività tipico di questa forma di responsabilità⁵⁸, ma anche di attribuire alla Corte poteri sempre più ampi indirizzati alla tutela della legalità, «*se non addirittura alla moralizzazione dei comportamenti dei dipendenti pubblici*»⁵⁹, il cui contraltare è un progressivo allontanamento dalla sua funzione originaria verso la trasformazione in un'autorità

giore onere sopportato dalla p.a. per l'esecuzione dei lavori affidati dal convenuto, ma anche quella del danno alla concorrenza, ravvisato nell'utile di impresa di cui ha beneficiato illecitamente il privato corruttore, nonché del danno da disservizio, ricondotto all'insieme delle spese sopportate dall'amministrazione a seguito della condotta criminosa.

56 Si possono citare: il r.d. n. 1214/1934; l'art. 248, co. 5, del d.lgs. n. 267/2000; la legge finanziaria del 2007 che prevede una sanzione nel caso si violi il limite di retribuzione di dirigenti, consulenti, membri di collegi o titolari di qualsiasi incarico in ambito statale o in società a prevalente partecipazione pubblica; l'art. 20, co. 12 del d.l. n. 98/2011; il d.lgs. n. 19 agosto 2016 che ha stabilito una sanzione in caso di mancata adozione degli atti di razionalizzazione periodica delle partecipazioni nelle società pubbliche da parte delle amministrazioni socie. Per queste ed altre ipotesi di fattispecie sanzionatorie tipizzate, si rinvia a V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: contabilità, pensioni, controlli*, cit., 59 ss. In tema di fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, si veda anche S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in *Federalismi.it*, 2014, 3, 1 ss.; P. SANTORO, *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, nota a Corte conti, sez. riun., n. 12/2007, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 12, 3565 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F. G. COCCA, A. F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 25 ss.

57 Sul ricco dibattito circa la natura risarcitoria, sanzionatoria o speciale non pare, per ragioni di spazio, opportuno soffermarsi. Ci si limita in questa sede a ricordare che, a seguito dell'introduzione dell'espressione «*violazione degli obblighi di servizio*» (cfr. Corte conti, sez. I app., 15 dicembre 1949, n. 32), la giurisprudenza non ha più mutato orientamento, continuando a sostenere la natura contrattuale della responsabilità erariale. Maggiori perplessità si continuano invece a riscontrare in dottrina; per un approfondimento sul tema si rinvia a L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2001, 58 ss.; R. COLAGRANDE *et al.*, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*; a cura di F. G. COCCA, Padova, Cedam, 1997; A. R. TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, cit.; V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in *Federalismi.it*, 2010, 1; M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti nei confronti della p.a. tra diritto comune e diritto speciale: le riflessioni di un civilista*, in D. SORACE, cit., 251 ss.; V. VITTA, *Contrattualità della responsabilità del funzionario verso la p.a.*, in *Riv. Corte conti*, 1950, 1, 13 ss.; S. GRECO, *La fonte della responsabilità patrimoniale degli ufficiali pubblici*, in *Riv. Corte conti*, 1959, 1, 55 ss.; F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti tra risarcimento e sanzione*, in D. Sorace, cit., 299 ss.; P. MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994*, in *Cons. Stato*, 1994, 2, 1427 ss.; ID., *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 1997, 2, 281 ss.; ID., *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 2008, 1, 196 ss.; G. ALPA, *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 1, 5 ss.; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002; C. QUARANTA, *La responsa-*

che applica sanzioni amministrative⁶⁰ e che genera un crescente effetto di preoccupazione e cautela in capo ai soggetti sottoposti al suo controllo⁶¹; viene, tra l'altro, altresì svelata tutta la sfiducia che il legislatore nutre nel rispetto della legalità da parte dell'amministrazione pubblica in assenza della minaccia di una punizione.

3. La legge n. 639/1996 e la prima generica limitazione della responsabilità erariale

A fronte del panorama culturale e legislativo appena ricostruito, al fine di rendere la responsabilità amministrativa «ragione di stimolo, e non di disincentivo»⁶², il legislatore decise, già nel 1996, di intervenire sulla sua disciplina, introducendo una prima, generale limitazione del suo perimetro applicativo. L'art. 3 della legge n. 639/1996 ha infatti modificato il disposto dell'art. 1, co. 1 della legge n. 20/1994, estendendo a tutti gli amministratori e dipendenti pubblici la previsione – prima contemplata solo per attività specifiche, ritenute particolarmente rischiose o esposte a frequenti possibilità di errore⁶³ – che la responsabilità di

bilità dei funzionari pubblici nei confronti della p.a. quale strumento di efficienza dell'agire amministrativo, nota a Corte cost., sent. n. 275/2001, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1, 101 ss.; M. A. SANDULLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2005, 22.

58 Il riferimento è alla particolare declinazione dell'elemento soggettivo, all'esercizio del potere riduttivo e alla valutazione delle circostanze del caso concreto, che sono negate nelle fattispecie sanzionatorie in cui è lo stesso legislatore a stabilire *ex ante* se una determinata condotta comporti responsabilità.

59 Così in F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 683; in questi termini anche F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, 1 ss.

60 S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, *cit.*, 23.

61 Cfr. L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, *cit.*, che osserva come la logica dell'adempimento – tipica delle fattispecie in esame, cui si collega una sanzione in caso di mancato adempimento puntuale – non solo è diversa dalla logica del risultato, ma spesso ad essa antitetica.

62 Queste le parole in Corte cost. sent. n. 371/1998, par. 6.

63 Infatti, fino al 1996 funzionari e amministratori pubblici rispondevano per dolo o colpa semplice. Alcune specifiche limitazioni della responsabilità a casi di dolo e colpa grave erano rinvenibili nell'art. 22, T.U. n. 3/1957 e nell'art. 1, l. n. 1833/1962, con riferimento agli impiegati civili dello Stato addetti alla conduzione di autoveicoli; nella l. n. 69/1975, con riferimento agli addetti alla conduzione di navi ed aeromobili; nella l. n. 67/1981, per il personale ferroviario nell'esercizio delle funzioni inerenti alla circolazione dei treni e delle attività direttamente connesse; nell'art. 52 del T.U. n. 1592/1933, per gli amministratori delle università; nell'art. 61,

tutti gli amministratori e i dipendenti pubblici dovesse essere limitata ai soli casi di dolo e colpa grave⁶⁴. Nel silenzio della legge⁶⁵, è spettato a dottrina e giurisprudenza elaborare la definizione di colpa grave e stabilirne il *discrimen* con la colpa lieve. Così, la colpa grave è stata identificata nella *nimia diligentia*, ossia in un comportamento caratterizzato da inescusabile imprudenza, ovvero omettendo di osservare il minimo grado di diligenza esigibile; essa si distinguerebbe dunque dalla colpa lieve in quanto, a differenza di quest'ultima, non si riferirebbe alla diligenza richiesta secondo la natura dell'attività al buon impiegato, bensì a quella dovuta da un impiegato mediocre⁶⁶.

l. n. 312/1980, che limitava ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi la responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative; nell'art. 2, l. n. 117/1988 che prevedeva che la responsabilità di tutti i magistrati, compresi quelli della Corte dei conti, fosse circoscritta alle fattispecie indicate dall'art. 2, co. 3 della medesima legge.

64 È stata così abbandonata la c.d. teoria psicologica della colpa – che la concepiva come nesso psichico astratto, fisso e non graduabile – in favore della c.d. teoria normativa, secondo cui la colpa cui ci si deve riferire è quella in concreto, cioè quella che si accerta in base ai criteri di prevedibilità ed evitabilità della serie causale produttiva del danno. In merito alla applicazione della colpa “in concreto”, si veda, *ex multis*, Corte conti, sez. giur. Lazio, 2 agosto 2002, n. 2205; in dottrina, cfr. A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in D. SORACE, *cit.*, 239 ss.

65 Come osservato da A. CORPACI, *ibidem*, 268, il silenzio della legge si traduce, da un lato, in un grande potere in capo alla Corte dei conti nell'accertamento dell'elemento soggettivo e, dall'altra, in un vero e proprio *punctum dolens* della disciplina dell'illecito erariale, in quanto i giudici chiamati all'impresa, al fine di non creare sovrapposizioni con l'adiacente concetto di colpa lieve, non possono darne una interpretazione eccessivamente elastica. A questo proposito, dal momento che i dipendenti pubblici non sono messi nella condizione di sapere *ex ante* se la loro condotta si possa qualificare come gravemente colposa – e quindi costituire responsabilità erariale – alcuni hanno sostenuto la necessità di tipizzare i casi sussumibili sotto il concetto di colpa grave. Il carattere «*minimo inderogabile*» della colpa grave è stato però riconosciuto dalla Corte costituzionale, pronunciatisi sulla incostituzionalità di una tipizzazione delle fattispecie di colpa grave operata da una legge della Provincia autonoma di Bolzano (cfr.: Corte cost., sent. n. 340/2001). In tema, cfr. S. CIMINI, *Cattiva amministrazione da attività provvedimento illegittimo e responsabilità amministrativa*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, *cit.*, 63 ss.; B. TRIDICO, *Colpa grave e gradualità della condanna*, in *Riv. Corte conti*, 2000, 5, 68 ss.

66 Per un approfondimento sulla definizione di colpa grave, nonché su quanto la differenzi dalla colpa lieve, cfr. E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi venti anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639*, in D. CROCCO, *cit.*, 261 ss.; L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, *cit.*, specialmente da 90 a 91; per la definizione data da parte della giurisprudenza contabile al concetto di colpa grave, si vedano, *ex multis*: Corte conti, sez. giur. Trentino Alto Adige-Trento, 10 ottobre 2006, n. 137; ID., sez. III app., 10 settembre 2010, n. 523; ID., sez. I app., 8 ottobre 2013, n. 796; ID., sez. I app., 16 marzo 2000, n. 83.

Nonostante la discrezionalità accordata al legislatore nello stabilire e graduare il regime della responsabilità a seconda della situazione concreta fosse stata affermata anche dalla Corte costituzionale⁶⁷ – a patto, però, che non si giungesse ad una «*esclusione più o meno manifesta di ogni responsabilità*»⁶⁸, ovvero ad una «*negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza*»⁶⁹ –, non si sono fatte attendere le perplessità circa la compatibilità di un tale intervento con alcune disposizioni costituzionali⁷⁰, al pari di quanto sarebbe avvenuto a distanza di quasi vent'anni a proposito dell'art. 21 del d.l. 76/2020. Si sosteneva, soprattutto, la violazione dell'art. 3 Cost. per avere il legislatore previsto una limitazione generalizzata ed indifferenziata per tutti i dipendenti e amministratori pubblici e degli artt. 97 e 103, co. 2 Cost. per l'incuria che la disposizione avrebbe generato nell'esercizio di pubblici poteri e per la sottrazione alla cognizione dei giudici contabili di comportamenti comunque lesivi per l'erario⁷¹. La legittimità costituzionale dell'intervento in esame fu tuttavia affermata dalla celeberrima sentenza della Consulta n. 371 del 1998, che ne sottolineò la coerenza con la finalità di valorizzare i risultati dell'azione amministrativa alla luce degli obiettivi di efficienza e rigore di gestione, nonché quella di determinare quanto del rischio dell'attività dovesse restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente.

Eppure, nonostante la pronuncia del Giudice delle leggi, ben si comprendono le perplessità che già l'intervento del 1996 aveva sollevato. Indubbio è, infatti, che quest'ultimo fosse tale da punire solo i responsabili di danni commessi con macroscopiche deviazioni dal modello di diligenza previsto, lasciando le conseguenze di tutti gli altri a carico della finanza pubblica. Inoltre, sebbene in

67 Corte cost., sent. n. 1032/1988, par. 2.1, in cui si osserva che «*dalla legislazione nazionale sulla responsabilità dei dipendenti pubblici verso l'amministrazione di appartenenza non è desumibile un principio per il quale il dipendente è tenuto a rispondere in ogni caso per qualsiasi colpa*».

68 Cfr. Corte cost., sent. nn. 4/1965 e 49/1976.

69 Cfr. Corte cost., sent. nn. 2/1968 e 18/1989.

70 L'origine di tutto si deve ad alcune ordinanze "a cascata" delle Corti territoriali contabili: cfr. Corte conti, sez. I app., ord. 29 novembre 1996, n. 182; ID., 27 novembre 1996, n. 185 e 500; ID., 25 febbraio 1997, n. 500.

71 Oltre agli artt. 3, 97 e 103, si ritenevano violati anche gli artt. 11, 24 e 81 Cost.

nome della responsabilizzazione del settore pubblico non si possa correre il rischio di paralisi amministrative, irragionevole appare estendere la limitazione della responsabilità al dolo e alla colpa senza operare alcuna distinzione tra dipendenti pubblici, i quali, a ben vedere, non sono sempre esposti al medesimo rischio di incorrere in responsabilità; in particolare, tale intervento sembra de-responsabilizzare – piuttosto che tranquillizzare – soprattutto quegli impiegati che, poiché preposti a compiti meramente esecutivi, non esercitano alcuna discrezionalità⁷².

4. Le criticità dell'art. 21

L'aver messo nuovamente mano, nel 2020, all'elemento soggettivo della responsabilità amministrativo-contabile ha dimostrato, da un lato, come esso rappresenti la vera chiave di volta di quest'ultima, il fattore su cui agire per il raggiungimento di nuovi equilibri o per il ripristino di quelli perduti; dall'altro, ha reso ancor più evidente la necessità che tale tema sia maneggiato con estrema cautela, in quanto degli interventi non sufficientemente ponderati e un'attività legislativa «tumultuos[a] [e] asistematic[a]»⁷³ possono causare più problemi di quelli che ci si prefiggeva di risolvere. Come accennato, l'art. 21 del d.l. «semplificazioni» si compone di due commi, che, con l'obiettivo di combattere la burocrazia difensiva, mirano rispettivamente a risolvere i contrasti giurisprudenziali sulla natura del dolo e a rendere più ardua la prova della sua configurabilità. Come spesso accade, però, alle intenzioni certamente nobili del legislatore non è seguita un'attività legislativa altrettanto lodevole, così che quello che doveva essere il decreto delle semplificazioni ha finito per complicare il già in-

⁷² Particolarmente critico si è mostrato in proposito F. STADERINI, *La giurisdizione contabile oggi*, in *Riv. Corte conti*, 1997, 5, 345 ss. e ID., *Riflessioni critiche sulle più recenti innovazioni legislative riguardanti la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica*, Intervento al convegno “La giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica”, Siena, 13-14 giugno 1997, in *Dir. regione*, 1997, 3, 487 ss.: si vedano anche V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2019, 315 ss.; G. PASTORI, *Responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici tra interventi normativi recenti e prospettive di riforma*, in D. SORACE, *cit.*, 261 ss.

⁷³ Sono le parole di C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel “decreto semplificazioni”: ovvero la “diga mobile” della responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2021, 10, 184.

tricato quadro della responsabilità amministrativa⁷⁴, con inevitabili ricadute e sul piano politico, e su quello sociale.

4.1. Il primo comma: il dolo in chiave penalistica

In primo luogo, si è sostenuto che chiarire che il dolo vada inteso in senso penalistico non abbia affatto sopito i dubbi sulla sua natura. Essendo il danno erariale, differentemente da quello penale, tendenzialmente atipico⁷⁵, è stato rilevato che richiedere la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso nel contesto di un illecito come quello amministrativo, basato su profili risarcitori e a condotta libera, sarebbe stridente⁷⁶. Inoltre, si è detto che il dolo in chiave penalistica non potrebbe essere applicato alla responsabilità in esame, essendo quest'ultima una responsabilità da rapporto obbligatorio, e che il legislatore, sovrapponendo il dolo come criterio di imputazione con il dolo come criterio di giustificazione causale, avrebbe configurato l'illecito erariale in termini di danno-evento, anziché di danno-conseguenza⁷⁷. Questi dubbi, tuttavia, potrebbero essere sedati adottando un'impostazione prudente, che adatti il dolo penalistico alle specificità di quello contabile, tenendo presente che in questo caso la volizione non è rivolta alla realizzazione dell'evento penalmente rilevante, bensì alla realizzazione dell'evento dannoso per l'erario e che il giudizio contabile, diversamente da quello penale, ha finalità prevalentemente risarcitorie, non deterrenti⁷⁸.

74 La cui disciplina, a causa della sua frammentarietà, era già stata definita alluvionale e ricostruita guardando quasi esclusivamente alla disciplina processuale, dovendosi di conseguenza cercare un modello da seguire nelle altre categorie di responsabilità: cfr. A. R. TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, Cedam, 1998, 282 ss.

75 Fatte salve le fattispecie di responsabilità tipizzate.

76 Così P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo "penalistico"*, in *Azienditalia*, 2021, 4, 722 ss.

77 C. E. MARRÈ BRUNENGI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *Bilancio comunità persona*, 2020, 2, 151 ss.

78 Questa l'impostazione suggerita da P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo "penalistico"*, cit. e

Più problematica risulta invece la compatibilità tra l'espressione «volontà dell'evento dannoso» contenuta nella disposizione e il dolo eventuale. Infatti, la novella del primo comma incide sull'onere probatorio della procura contabile, richiedendo la dimostrazione che il dolo copra tutti gli elementi costitutivi della fattispecie e che l'agente abbia avuto consapevolezza dell'incidenza negativa della sua condotta su interessi meritevoli di tutela⁷⁹. Com'è noto, il dolo, a seconda del grado di intensità della rappresentazione e della volizione, può declinarsi come intenzionale, diretto o eventuale⁸⁰. Quest'ultimo, in particolare, si configura quando l'agente agisce senza essere animato dalla finalità di commettere il reato, il cui accadimento egli valuta come conseguenza possibile di una condotta diretta ad altri scopi, secondo la c.d. teoria di accettazione del rischio⁸¹. All'indomani dell'introduzione della novella, si è subito osservato come la necessità di provare l'evento dannoso fosse idonea a diventare oggetto di dibattito in giudizio⁸². In effetti, nelle pronunce sin qui registrate la difesa ha sempre sostenuto che il dolo dell'evento non fosse riconducibile alla «volontà dell'evento dannoso», mentre la procura continua a sottolineare che la sua esclusione comporterebbe una intollerabile esenzione di responsabilità, dal mo-

79 Oggetto del dolo è, infatti, il fatto tipico colto nella sua portata antiggiuridica, a prescindere dal fatto che l'agente abbia una puntuale conoscenza dell'esistenza o del contenuto della norma incriminatrice. Si rammenta, infatti, sebbene ci siano reati la cui antiggiuridicità è più difficile da cogliere, lo sbarramento di cui all'art. 5 cod. pen. Il danno all'erario, non rappresentando un'ipotesi di responsabilità penale, non soggiace però a tutti i limiti dell'art. 5 cod. pen. e richiede pertanto l'accertamento della sussistenza della coscienza dell'offesa che reca alle finanze pubbliche. In tema si rimanda a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, 367 ss.

80 Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2018, 345 ss. e G. P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, Giuffrè, 2010.

81 Si vedano G. P. DEMURO, *Sul dolo eventuale nel dolo specifico*, nota a Cass. Penale, sez. III, n.1268/2020, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 10, 1329 ss. e E. AMANTE, *In tema di accertamento del dolo eventuale nell'illecito erariale*, nota a Corte conti, sez. giur. Liguria, 25 marzo 2021 n. 74, in *Urb. app.*, 2022, 1, 107 ss.

82 Cfr. M. ATELLI *et al.*, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 6, 28 ss. Si osservi altresì che la giurisprudenza contabile, a differenza di quella penale, non è stata particolarmente interessata da riflessioni in merito al concetto e all'accertamento del dolo eventuale; in passato infatti l'intensità della volizione veniva raramente scrutinata, con la conseguenza di non soffermarsi sulle varie declinazioni del dolo. Rare eccezioni sono rappresentate da: Corte conti, sez. III app., 28 settembre 2004, n. 510, *cit.*; ID., sez. II app., 18 marzo 2015, n. 127 e 10 giugno 2015, n. 314.

mento che assai difficilmente le condotte portate all'attenzione del giudice contabile sono animate dalla specifica e precisa finalità di cagionare l'evento dannoso⁸³. Ad ogni modo, la risposta al quesito circa la possibilità di ricomprendere il dolo eventuale nel comma 1 dell'art. 21 appare piuttosto scontata⁸⁴ se si considera che quest'ultimo è comunque dolo e, pertanto e a differenza di quanto accade per la colpa cosciente, il momento volitivo – seppur attenuato rispetto a quanto avviene per il dolo intenzionale o diretto – è ad esso connaturato. Piuttosto, stante l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza *Tyszen-Krupp*⁸⁵, un ragionamento garantista dovrebbe insistere sulla necessità che le procure contabili prestino attenzione a non configurare il dolo eventuale là dove si dovrebbe parlare di colpa cosciente: bisognerebbe cioè verificare la concretezza della rappresentazione, ossia comprendere se l'agente abbia ritenuto seriamente possibile il verificarsi del danno all'erario come conseguenza della sua condotta e, ciononostante, abbia scelto di non trattenersi dall'azione⁸⁶.

83 Cfr. M. LUCIANI, *Audizioni in videoconferenza su disegno di legge n. 1883 (d-l n. 76/2020 semplificazioni) davanti alle commissioni 1° e 8° del Senato*, 27 luglio 2020, disponibile su <https://webtv.senato.it/4621?videoevento=103201>, che riporta che il 90% circa dei giudizi contabili sono caratterizzati da colpa, contro il 10% connotati da dolo. Si veda anche 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")*, 28 luglio 2020, disponibile su www.corteconti.it, 8-9, che ha fatto notare (i) che le statistiche pubblicate in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte dei conti 2020 dimostrano che le iniziative delle varie procure contabili sono state collegate, per la grande maggioranza, ad ipotesi di danno erariale causato da colpa grave di funzionari o di amministratori pubblici e (ii) che la stessa giurisprudenza delle Sezioni unite non ha mai dubitato che nella volontà dell'evento dannoso rientri anche l'accettazione del rischio e che la violazione delle regole di servizio comporta essa stessa la prevedibilità dell'evento dannoso.

84 In senso contrario L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, cit., e L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021.

85 Cass. Penale, SS.UU., sent. n. 38343/2014.

86 Cfr. D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 22 ss. e ID., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 266 ss., in cui osserva che tanto nel dolo eventuale, quanto nella colpa cosciente, il dubbio attiene al momento rappresentativo, ma il dolo eventuale ha un afferrabile contenuto intellettuale e volitivo che nella colpa cosciente invece manca. In proposito si rinvia anche a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 70 ss.; G. P. DEMURO, *Sul dolo eventuale nel dolo specifico*, nota a Cass. Penale., sez. III, n. 1268/2020, cit.; A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014; F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza recente*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto 2013*,

Un terzo aspetto problematico della novella in esame è rappresentato dalla sua applicazione temporale dal momento che, in primo luogo e a differenza del secondo comma, essa non menziona alcun termine applicativo. È interessante notare che dottrina e giurisprudenza abbiano assunto posizioni opposte in proposito: la prima, infatti, tende a ritenere che tale comma costituisca un intervento «a regime»⁸⁷, destinato a trovare applicazione anche a seguito del termine fissato dal legislatore, mentre la giurisprudenza sostiene che la limitazione di cui al comma 2 si estenda anche al comma 1, in quanto entrambi orientati ad arginare la “paura della firma”⁸⁸. Inoltre, trattandosi di *ius superveniens*, ci si è domandati se la prova del dolo erariale debba trovare applicazione nei giudizi pendenti e abbia quindi efficacia retroattiva, o se si applichi alle sole condotte poste in essere a seguito dell’entrata in vigore del decreto-legge. Sul punto la dottrina è divisa tra chi, propendendo per la natura processuale o di interpretazione autentica, ne sostiene l’efficacia retroattiva⁸⁹ e chi, ritenendo abbia natura sostanziale, la nega⁹⁰.

Roma, 2013, 118 ss., anche in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014; A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite ThyssenKrupp e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015; M. DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*, nota a Cass. Penale, sez. I, n. 52530/2014, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2015; si veda anche A. FOTI, *Quale discriminazione tra dolo eventuale e colpa cosciente?*, nota a Cass. Penale, n. 52530/2014, *cit.*, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 1, 48 ss.

87 Cfr. L. D’ANGELO, *Il “nuovo” dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile*, nota a Corte dei conti, sez. I app., 2 settembre 2020, n. 234, in *LexItalia.it*, 9, 2020.

88 *Ex multis*: Corte conti, sez. giur. Sardegna, 6 maggio 2021, n. 190; ID., sez. I app., 21 luglio 2021, n. 298; ID., 2 settembre 2020 n. 234; ID., 12 ottobre 2020, n. 263; ID., sez. giur. Calabria, 27 ottobre 2020, n. 376; ID., sez. giur. Liguria, 5 ottobre 2020 n. 68; ID., 21 ottobre 2020, n. 83.

89 F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 2020, 36, 33 ss.; si vedano anche A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 5, 1 ss.; L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell’emergenza epidemiologica all’attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)*, *cit.*; E. CASTORINA, *Spunti problematici a proposito d’una sentenza della Corte costituzionale in materia di leggi regionali interpretative*, in *Le Regioni*, 1990, 6, 1733 ss. Interessanti anche le considerazioni in tema di interpretazione autentica svolte da A. PUGIOTTO, *Le leggi interpretative a Corte: vademecum per giudici a quibus*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2749 ss.

90 Si veda, ad esempio, C. PAGLIARIN, *L’elemento soggettivo dell’illecito erariale nel “decreto semplificazioni”: ovvero la “diga mobile” della responsabilità*, *cit.* e M. T. D’URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. “decreto semplificazioni”)*, convertito dalla legge n. 120/2020, in *Riv. Corte conti*, 2021, 2, 21 ss.

Infine, non può sfuggire che l'adesione alla concezione penalistica del dolo, che implica tutte le problematiche di accertamento dell'elemento psicologico tipiche del diritto penale, non è stata accompagnata da una revisione dei poteri del p.m. contabile, il quale non dispone degli stessi strumenti istruttori del procuratore penale⁹¹. La necessità di dimostrare la volontà dell'evento dannoso richiede, infatti, un maggiore impegno delle procure contabili, chiamate ad una valutazione più stringente dei fatti potenzialmente dannosi per l'erario, dovendo identificare nell'atto di citazione⁹² l'elemento soggettivo del dolo, pena la nullità della stessa⁹³. La disciplina dell'attività del p.m. contabile, tuttavia, è sempre stata oggetto di una legislazione frammentaria, risultante in una istruttoria «*claudicante*»⁹⁴, incompleta e che «*pare svolgersi in una terra di nessuno non raggiunta ancora né dalle garanzie del processo né da quelle del procedimento*»⁹⁵. In particola-

91 Sul punto, tuttavia, non vi è concordia in dottrina: cfr. A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., 4, secondo cui al p.m. contabile sarebbe comunque applicabile l'art. 95, co. 2 c.g.c. e M. ATELLI *et al.*, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., 35, secondo cui si percepisce in ambito contabile «*una sorta di complesso di inferiorità ingiustificato*» rispetto alla magistratura ordinaria», le cui cause risiedono nella «*insufficiente considerazione di quelli che sono i caratteri di specialità del procedimento di responsabilità amministrativo-contabile rispetto a quello penale*»: nel secondo vige infatti la regola della prova «*oltre ogni ragionevole dubbio*», mentre nel primo quella del «*più probabile che no*».

92 L'art. 86 del c.g.c. rubricato "Citazione" codifica gli adempimenti che il procuratore contabile deve rispettare per la notificazione di un atto di citazione. In particolare, il co. 6 prevede la nullità della citazione se è omesso o risulta incerto il requisito di cui al co. 2, lett. e) – vale a dire l'individuazione e la quantificazione del danno o l'indicazione dei criteri per la sua determinazione – ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al co. 2, lett. e) – vale a dire l'esposizione dei fatti, delle modalità in cui sono stati compiuti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda, con le relative conclusioni –.

93 Si osservi che l'onere della prova sarebbe ancor più gravoso qualora non si ritenesse ricompreso nel co. 1 il dolo eventuale.

94 Questa l'espressione in A. CANALE, *L'attività istruttoria del Pubblico Ministero presso la Corte dei conti*, 23 dicembre 2002, disponibile su www.diritto.it, cui si rinvia per l'esame delle norme che regolano l'istruttoria contabile.

95 Così in G. SALA, *L'attività istruttoria del Procuratore contabile alla ricerca di regole tra (giusto) procedimento e (giusto) processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 441; si veda anche M. SFERRAZZA, *La fase istruttoria nell'accertamento della responsabilità amministrativo-contabile*, 28 settembre 2012, disponibile su www.contabilita-pubblica.it. L'istruttoria del procuratore contabile, a differenza di quella del procuratore penale, non viene disciplinata per quanto riguarda tempi e termini (salvo quelli dettati a fini prescrizione); non prevede la verifica da parte di un organo giurisdizionale sulle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione, né la possibilità di confrontare il fatto concreto con una fattispecie tipizzata astratta; non impone obblighi o sanzioni per coloro che abbiano disatteso le richieste istruttorie del p.m.; non contempla i due principi fondamentali della funzione amministrativa, ossia contraddittorio e accesso. Su quest'ultimo punto, *contra* M.

re, si ritiene che i suoi principali limiti siano da individuare nel carattere essenzialmente documentale del giudizio contabile e nella scarsità dei mezzi probatori in mano alle relative procure⁹⁶. Sarebbe pertanto auspicabile una più puntuale disciplina legislativa, che specifichi i presupposti e i limiti del potere istruttorio e che conduca ad un ampliamento dei poteri del procuratore contabile, così che questi possa diventare vero *dominus* dell'attività istruttorie, non condizionato dalle risultanze emerse nell'eventuale parallelo processo penale⁹⁷, né da eccessive preclusioni nei mezzi istruttori utilizzabili⁹⁸. Ciò risulta ancor più necessario allorché si consideri non solo l'importanza e la delicatezza del ruolo che il p.m. contabile ricopre, bensì anche il fatto che egli paia svolgere non solo il ruolo di accusatore, ma, in un certo senso, anche quello di giudice⁹⁹.

4.2. Il secondo comma e la compatibilità con gli artt. 3, 28, 77 e 97 Cost.

L'intervento di cui al secondo comma dell'art. 21 non ha rappresentato l'unica modifica al regime di responsabilità *ex art. 1, co. 1* della legge 20/1994 nel periodo di emergenza sanitaria, ma è certamente quello dalla portata più dirimpente e su cui si sono sollevate le più aspre critiche¹⁰⁰.

OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei conti*, Torino, Editoriale scientifica, 2008, 107, che ritiene che l'atto di denuncia di cui entra in possesso la procura contabile possa essere oggetto di accesso per la p.a. danneggiata.

96 Si veda A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile*, *cit.*, che sottolinea come la predilezione per l'acquisizione di documenti comporti un sostanziale abbandono della prova testimoniale che, pur non essendo affatto vietata (*ex art. 98 c.g.c.*) non viene nella prassi utilizzata, con la conseguenza che non è sempre agevole per le procure ricostruire azioni e comportamenti ricorrendo alle sole prove documentali.

97 Pur essendo stata abolita nel 1988 la c.d. pregiudiziale penale ed essendosi affermato il principio di autonomia tra il giudizio penale e quello contabile, si assiste ancora oggi a frequenti sospensioni del processo contabile, in attesa delle risultanze del concomitante procedimento penale.

98 Di cui agli artt. 94-99 c.g.c.

99 È quanto affermato da R. PATUMI, *Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici*, in *Azienditalia*, 2021, 4, 717 ss. Il p.m. contabile, infatti, è libero nella scelta del *quando* e *quomodo procedatur*.

100 Il d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto cura Italia) aveva già previsto delle limitazioni della responsabilità a casi di dolo per attività specifiche senza limitazioni temporale né differenziazioni tra condotte attive e omissive, riguardanti principalmente l'acquisto di beni strumentali per combattere l'epidemia da Covid-19. Si vedano in proposito gli artt. 5-*quater*, co. 3, 26 e 122, co. 8 di tale decreto-legge. Quest'ultima disposizione riecheggia tra l'altro quanto contenuto nel c.d. decreto Genova all'art. 1, co. 5, emanato per la ricostruzione del ponte Morandi.

Al pari di quanto avvenuto nel 1996, anche l'art. 21, co. 2, ha sin da subito destato alcuni dubbi di legittimità costituzionale. Ancora una volta, le perplessità sono sorte circa la sua compatibilità con l'art. 3 Cost., in primo luogo alla luce della distinzione operata tra condotte attive e omissive. Il legislatore, infatti, al fine di incentivare all'azione amministratori e dipendenti pubblici in un momento in cui si richiede loro particolare tempestività nell'esercizio delle proprie funzioni, ha stabilito che le condotte commissive, fino al 30 giugno 2023, saranno sindacate dalla Corte dei conti solo se commesse con dolo, mentre per quelle omissive resta valido il generale regime di responsabilità di cui all'art. 1, co. 1 della legge 20/1994, così come novellato nel 1996¹⁰¹. A ben vedere, però, non solo le condotte omissive, bensì anche quelle commissive possono causare ingenti e irreparabili danni all'erario¹⁰². Si pensi, ad esempio, alle condotte attive poste in essere per la realizzazione di opere pubbliche che vengono poi lasciate incompiute, fenomeno purtroppo assai diffuso nel nostro Paese. Non poco disagevole può dirsi, poi, distinguere sul piano pratico tra le due tipologie di condotta: le fattispecie che determinano responsabilità erariale, essendo il più delle volte a formazione progressiva, sono infatti complesse e composite, in quanto in esse si intrecciano e concorrono una pluralità di azioni

101 Si veda quanto affermato da L. D'ANGELO, *Danno erariale e c.d. "decreto semplificazioni": i mobili confini della responsabilità amministrativo-contabile*, in *LexItalia.it*, 21 settembre 2020, che, sulla base dell'assunto che *ubi lex voluit, dixit*, sostiene che le condotte omissive sarebbero perseguibili anche a titolo di colpa lieve. Tale impostazione non è condivisibile, dal momento che amplierebbe ulteriormente il perimetro della responsabilità per le condotte omissive, cosa di certo non voluta dal legislatore.

102 In tal senso di vedano L. OLIVERI, *Decreto Semplificazioni e Responsabilità erariale: rinnegati merito e capacità*, in *Lavori Pubblici Informazione tecnica on-line*, 30 giugno 2020, disponibile su www.lavoripubblici.it; G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1, 23 ss. La pensano diversamente S. PICCIONI, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, in *Giustamm.*, 2021, 1, 9892 ss.; F. GIGLIONI, *Sull'attività conoscitiva in merito al d.l. n. 76/2020*, 2 agosto 2020, disponibile su www.senato.it; ID., *Le novità del decreto semplificazioni*, 10 novembre 2020, disponibile su www.labsus.org, il quale tuttavia ritiene che la novella presenti tratti di irragionevolezza sotto il profilo della sua limitazione temporale.

– attive, omissive e inerti¹⁰³ – di più soggetti distinti¹⁰⁴. Per cogliere l'irragionevolezza di una tale differenziazione si può pensare, ad esempio, al caso di un soggetto che abbia commesso un fatto dannoso per le finanze pubbliche a causa di un omesso controllo colposo altrui: paradossalmente, solo il secondo soggetto si ritroverebbe infatti a beneficiare del c.d. “scudo erariale”¹⁰⁵. Ulteriori dubbi di compatibilità con l'art. 3 Cost. sono stati sollevati, poi, per la differenziazione operata tra chi abbia posto in essere una condotta commissiva lesiva per l'erario prima dell'entrata in vigore del d.l. e chi dopo, per non avere tenuto conto dei diversi gradi di rischio e complessità cui sono sottoposte le varie categorie di dipendenti pubblici e – se si riconosce la responsabilità erariale come responsabilità patrimoniale di stampo civilistico –, per la discriminazione che la disposizione determina con i lavoratori del settore privato, i quali, *ex art. 2104 cod. civ.*, sono chiamati ad usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta¹⁰⁶.

103 La giurisprudenza distingue le condotte omissive da quelle inerti. Le prime hanno luogo quando si omette una condotta dovuta (*ex multis*, cfr. Corte conti, sez. giur. Lombardia, 10 giugno 2016, n. 95), mentre le seconde sono illeciti commissivi, di solito originati da precedenti omissioni altrui, tra cui va ricompresa anche la c.d. *culpa in vigilando* (*ex multis*, cfr. Corte conti, sez. giur. Liguria, 14 settembre 2020, n. 59; ID., sez. giur. Toscana, 3 settembre 2019, n. 330; ID., sez. III app., 16 febbraio 2017, n. 89).

104 Si veda C. GRECO, *La responsabilità erariale dopo il d.l. “semplificazioni”*, in *Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti*, 23 febbraio 2021, disponibile su www.amministrativistiveneti.it, che riporta l'esempio di due soggetti chiamati in giudizio, il primo per una firma rilasciata nel 2021, sindacabile solo dopo l'accertamento del dolo, e il secondo per una firma rilasciata nel 2022 a conclusione del medesimo procedimento, circostanza, sindacabile anche per colpa grave; allo stesso modo, un'iniziativa dolosa, posta in essere nel 2021 e volta a sottrarre valori a vantaggio dell'autore, potrebbe concretizzarsi con mandati di pagamento emessi nel 2022, con la conseguenza che la procura potrebbe collocare temporalmente il fatto nel 2022, che sarebbe quindi sindacabile sia a titolo di dolo che di colpa grave.

105 L'esempio è riportato da P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo “penalistico”*, *cit.*

106 Si veda quanto osservato da M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund*, *cit.* 222 ss., che osserva come il rispetto delle regole di diligenza, coesistente alla qualità della prestazione resa dal dipendente, sia un elemento costitutivo di tutti i contratti di lavoro, sia subordinato (art. 2094 cod. civ.), sia autonomo (art. 2222 cod. civ.), sia *sub specie* professionale (art. 2236 cod. civ.); persino la prestazione lavorativa gratuita prevede la responsabilità per colpa, anche se in questo caso si ammette che essa possa essere valutata con minor rigore (artt. 1710, co. 1, 1768, co. 2 e 2030, co. 2); si rinvia altresì a C.E. MARRÈ BRUNENGI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020*, *cit.*, 160, che afferma che se escludere la colpa del debitore significa escludere dal rapporto obbligatorio la rilevanza dell'interesse creditorio, l'esclusione della colpa del lavoratore pubblico comporta il sacrificio

In secondo luogo, si potrebbe dubitare della compatibilità della norma con l'art. 28 Cost., sia in quanto la Consulta ha individuato nella colpa grave il carattere «*minimo inderogabile*» dell'elemento soggettivo per la configurazione della responsabilità amministrativa¹⁰⁷, sia perché la novella legislativa, garantendo l'immunità ad alcune condotte lesive, si presta ad operare una *interpretatio abrogans* di tale disposizione costituzionale, la quale, si è detto, verrebbe «*svuotata*» del suo significato¹⁰⁸. L'obiezione che l'art. 21 operi per un periodo di tempo limitato¹⁰⁹, senz'altro pertinente, trascurava tuttavia di considerare che, da un lato, l'originaria data di scadenza è già stata prorogata – né si possono escludere ulteriori proroghe in futuro, stante l'incertezza dell'evoluzione della situazione pandemica – e che, dall'altro, essendo l'art. 28 Cost. una norma di chiusura a garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini contro le possibili violazioni dolose e colpose degli agenti dell'Esecutivo, contenerne, pur in via transitoria, la portata potrebbe risultare incoerente in uno Stato che si definisca “di diritto”. Inoltre, il legislatore sembra non aver tenuto conto della solidarietà che intercorre, *ex art. 28 Cost.*, tra dipendenti e amministrazione di appartenenza. A ben vedere infatti, come risultato dell'introduzione del secondo comma dell'art. 21, l'ente pubblico continuerà ad essere chiamato dal danneggiato al risarcimento, ma potrà agire in rivalsa nei confronti del dipendente solo a fronte di condotte dolose, lasciando dunque quelle gravemente colpose interamente a carico dell'erario.

dell'interesse dell'amministrazione (e quindi della collettività tutta) a vedersi ristorata dei danni subiti. Inoltre, così come il lavoratore privato è chiamato ad agire nell'interesse dell'impresa, a *fortiori* tale dovere grava sul dipendente pubblico in virtù del contratto di mandato che lo lega all'amministrazione e che rafforza l'importanza del risultato finale della prestazione.

107 Corte cost., sent. n. 340/2001, *cit.*

108 In questi termini L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente “spuntata”*. *Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “decreto semplificazioni”)*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 1 ss.; E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, 7 novembre 2020, disponibile su www.circoloarmino.com; M. ATELLI *et al.*, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, *cit.*, 39; L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, *cit.*, 6; S. PICCIONI, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, *cit.*

109 cfr. E. AMANTE, *La “nuova” responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, in *Urb. app.*, 2021, 1, 63 ss.

In terzo luogo, vi è chi ha sostenuto l'incompatibilità della disposizione con l'art. 77 Cost. segnalando che gli interventi di carattere ordinamentale (quale quello in esame, come espressamente dichiarato nella relazione tecnica che accompagna il decreto) non integrino i suoi presupposti giustificativi di necessità e urgenza¹¹⁰. Ad ogni modo, indimostrata potrebbe apparire la necessità di perseguire le finalità del decreto-legge mediante la decretazione d'urgenza¹¹¹, che fa venire meno un dibattito approfondito – ancor più essenziale a fronte di tematiche delicate come quella della responsabilità – e finisce per «coartare la volontà parlamentare»¹¹². Infine, la più macroscopica violazione dell'art. 77 Cost. risiederebbe nel fatto che il disposto dell'art. 21, co. 2, non è indirizzato esclusivamente ai dipendenti pubblici bensì anche allo stesso Governo¹¹³, che sembra dunque auto-esonerarsi dalla propria responsabilità¹¹⁴. Il decreto-legge è sì espressione della discrezionalità politica del legislatore, ma incontra dei limiti nei principi posti dall'ordinamento a livello costituzionale, «sicché a tali canoni di legalità costituzionale deve attenersi anche la politica a pena dell'illegittimità del provvedimento»¹¹⁵; e il principio di responsabilità è, appunto, un principio supremo

110 È quanto sostenuto da L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, cit., 24. Si potrebbe altresì notare la notevole distanza temporale intercorsa tra la legge 20/1994 e l'interpretazione che del dolo si è data nel co. 1, che deporrebbe anch'essa a favore della insussistenza dei requisiti di necessità e urgenza. In proposito si rinvia a A. PUGIOTTO, *Le leggi interpretative a Corte: vademecum per giudici a quibus*, cit.

111 Sull'uso spesso distorto del decreto-legge, cfr. L.A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962; A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Padova, Cedam, 1997.

112 Così L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, cit., 24.; è quanto osservato anche da C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit. In senso opposto si veda G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020, disponibile su www.questionegiustizia.it.

113 Il Governo e i Ministri possono essere chiamati a rispondere del loro operato davanti alla Corte dei conti, oltre che ex art. 77, anche ex artt. 28, 89 e 95. Si rinvia sull'argomento a C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991.

114 È quanto osservato anche da L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, cit., 15 ss.

115 *Ibidem*, 19.

dell'ordinamento costituzionale, che non può essere derogato né tramite leggi, né tramite atti aventi forza di legge¹¹⁶. Analoghe considerazioni possono essere svolte a proposito della limitazione generale della responsabilità introdotta nel 1996¹¹⁷, sebbene sulla sua legittimità si sia pronunciata la Corte costituzionale; quest'ultima, infatti, ne aveva sì dichiarato la costituzionalità, ma aveva tuttavia aggirato la questione della sua compatibilità con l'art. 77 Cost., senza affrontarla direttamente.

Profili di incostituzionalità si ravvisano, infine, alla luce di quanto disposto dall'art. 97 Cost., che appare violato sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, la limitazione della responsabilità per le condotte commissive ai casi di dolo non pare tenere conto dell'obbligo per le amministrazioni di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico¹¹⁸ di cui al primo comma, la cui difesa si rivela, ormai, come premessa fondamentale per garantire il corretto andamento della pubblica amministrazione; tale disposizione trova per altro eco negli artt. 81, co. 1, 117 lett. e) e 119, co. 1 Cost., che risultano dunque parimenti violati. Dall'altro lato, non paiono tutelati né il principio di buon andamento, né quello di imparzialità, di cui all'art. 97, co. 2 Cost. Infatti, se l'eliminazione della colpa grave fa venire meno il parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis* – necessario a valutare la condotta del funzionario rispetto agli obblighi cui è tenuto e che si profila, conseguentemente, come elemento su cui valutare il buon andamento –, l'amministrazione, rassicurata in merito alla perseguibilità delle sue condotte, potrebbe essere portata ad assecondare gli orientamenti della maggioranza di governo¹¹⁹.

116 Cfr. Corte cost., sent. n. 1146/1988.

117 Discorso diverso può farsi in merito alle limitazioni della responsabilità specifiche e per condotte tipizzate contenute nel c.d. decreto cura Italia. Più, infatti, un decreto è «*cucito*» su un evento imprevedibile, più appare giustificato alla luce del suo carattere provvedimentale, che ne rende più evidenti i requisiti di necessità e urgenza, come osservato da M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, in *Osservatorioaic.it*, 2021, 2, 176 ss.

118 Come modificato dall'art. 2 della legge costituzionale n. 1/2012.

119 In questi termini anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 136 ss.; L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, cit. Sulla criticità del rapporto tra politica e amministrazione si rinvia a G. D'ALESSIO, *Evoluzione dei sistemi amministrativi, il quadro d'insieme*, in M. DE BENEDETTO (a cura

4.3. Il secondo comma oltre la Costituzione: ulteriori perplessità sulla novella legislativa

Di là dalle questioni di legittimità costituzionale, un fondamentale aspetto che il legislatore sembra non aver considerato attiene alla possibilità di esercitare parallelamente all'azione erariale un'azione risarcitoria in sede civile, stante la loro reciproca indipendenza in virtù delle diverse finalità che connotano i due giudizi¹²⁰: riparatorie e integralmente compensative quelle del giudizio civile, volte alla tutela del buon andamento della pubblica amministrazione quelle del giudizio erariale¹²¹. L'art. 21, co. 2, infatti, non riesce ad escludere l'eventualità di un'azione risarcitoria civile del danneggiato¹²², che diventa, anzi, il principale canale per ottenere il ristoro del danno subito allorché lo stesso non riesca a trovare composizione in sede contabile. Finiscono così sotto lo scrutinio del giudice ordinario vicende che avrebbero dovuto essere valutate da quello contabile, maggiormente specializzato e dotato dei poteri necessari ad identificare il giusto danno da risarcire¹²³. Le conseguenze sono paradossali: in primo luogo, poiché nel giudizio civile si abbraccia la concezione c.d. psicologica della

di), *Istituzioni, politica ed amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, Torino, Giappichelli, 186 e, più in generale, a M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri, Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1994, 699 ss.

120 È quanto affermato anche dai giudici della Cassazione: cfr. Cass. Civile, SS.UU., n. 24859/2019.

121 In tema di doppio binario, si vedano E. ROMANI, *Il sistema del doppio binario civile e contabile in materia di responsabilità, tra giurisdizione esclusiva della Corte dei conti e diritto di difesa dell'amministrazione danneggiata*, in *Federalismi.it*, 2021, 15, 217 ss. e F. PINTO, *Per un nuovo modello del giudizio contabile: riflessioni in tema di doppio binario e ruolo delle amministrazioni non statali*, in *Riv. Corte conti*, 2022, 1, 32 ss., che affermano che si dia per scontato che la procura sia l'unico soggetto legittimato all'azione e che necessariamente sostituisca il danneggiato pur non essendo evidentemente portatore di un interesse proprio; si potrebbe ipotizzare l'unità della giurisdizione davanti al giudice contabile abbandonando la ricostruzione delle procure come portatrici di un generico interesse pubblico alla regolarità della spesa e ciò per altro senza dover mettere necessariamente mano alla legislazione vigente.

122 I giudici di legittimità hanno ribadito l'indipendenza tra i due giudizi anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge: cfr. Cass. Civile, SS.UU., n. 16722/2020, in cui i giudici di legittimità, nonostante la Corte dei conti avesse precedentemente archiviato il caso, hanno confermato la giurisdizione del giudice ordinario per ottenere il ristoro delle somme illecitamente erogate dall'amministrazione di appartenenza ad un dipendente che aveva svolto attività esterna senza essere stato preventivamente autorizzato.

123 C. GRECO, *La responsabilità erariale dopo il d.l. "semplificazioni"*, in *Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti*, cit.

colpa¹²⁴ – la quale non tiene conto delle circostanze concrete della condotta – non viene applicato il potere riduttivo, bensì si richiede il risarcimento integrale del danno¹²⁵; inoltre, non solo in esso si guarda – salvo eccezioni¹²⁶ – alla colpa semplice, ma possono trovare spazio anche ipotesi di responsabilità oggettiva. Inoltre, il giudizio civile prevede un termine prescrizione maggiore, nonché la trasmissibilità della responsabilità agli eredi e non contempla che il danno sia preliminarmente contestato con un invito a dedurre, il quale potrebbe determinare l'archiviazione. A seguito della condanna, poi, la sentenza è resa immediatamente esecutiva: il condannato è pertanto tenuto a risarcire l'Amministrazione per cifre spesso esorbitanti, a meno che, dimostrando la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, non faccia richiesta al giudice di appello di sospendere l'esecutività del pagamento (richiesta che però il giudice potrebbe non accogliere). In breve, il legislatore non pare avere tenuto conto delle caratteristiche tipiche del giudizio civile, con la conseguenza che «uscita dalla porta, la colpa grave (e finanche lieve) rientra dalla finestra»¹²⁷. Nessuna reale rassicurazione parrebbe esercitata su dipendenti e amministratori pubblici se si considera che anche le altre forme di responsabilità in cui questi potrebbero incorrere – ossia quella penale (fatta salva la modifica apportata dall'art. 23 all'art. 323 cod. pen.), disciplinare e dirigenziale – sono rimaste invariate. Così, un dirigente, ad esempio, potrebbe non incorrere in responsabilità erariale per il danno arrecato, ma essere comunque destinatario di una sanzione per responsabilità dirigenziale¹²⁸.

124 Cfr. nt. 64.

125 M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, in *Lexitalia.it*, 2020, 8, il quale conclude osservando che «davanti al giudice ordinario si è ancora tutti uguali», salvo alcune categorie, come quella dei medici, che godono di alcune protezioni in ragione della delicatezza del lavoro che svolgono e che non sarebbe in ogni caso assimilabile a quella dei funzionari pubblici. Si vedano anche R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2009, 1, 53 ss.; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 601 ss.

126 Cfr. nt. 63.

127 Così A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 1, 20.

128 M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund*, cit., 235.

Si pensi, poi, alle sorti del potere riduttivo. Quest'ultimo, non trovando applicazione a fronte di condotte dolose¹²⁹, cessa di operare per le condotte ative poste in essere con dolo nel lasso temporale indicato dal secondo comma. Viene così svilito, da una parte, il ruolo di un istituto tipico del giudizio erariale, essenziale tanto per conferire elasticità ad una disciplina che sottopone al medesimo regime sia i dipendenti pubblici dotati di funzioni meramente esecutive, sia quelli con compiti di alta responsabilità, quanto a determinare la distribuzione del rischio tra apparato e dipendente, che viene pertanto alterata a tutto sfavore dell'amministrazione. Lo stesso discorso può essere fatto in merito all'istituto della *compensatio lucri cum damno*: non solo anch'esso si colloca nella logica di redistribuzione del rischio, ma potrebbe comunque non avere senso tenere conto dei vantaggi comunque perseguiti dalla p.a. a fronte di condotte sorrette dall'elemento soggettivo dell'intenzionalità.

La nuova conformazione della responsabilità erariale suscita critiche anche alla luce dell'impatto negativo che essa potrebbe avere sulla prevenzione dei fenomeni corruttivi. Quest'ultima, a seguito dell'evoluzione del principio di buon andamento, ha assunto progressiva centralità,¹³⁰ tanto che si è abbracciata una concezione di corruzione più ampia che nel diritto penale, essendo ad essa riconducibili tutte le forme di abuso di pubbliche funzioni a vantaggio di interessi privati¹³¹. Poiché i fenomeni corruttivi spesso sfuggono alla repressione penale essendo gli accordi sottostanti conosciuti solo alle parti contraenti, può essere utile verificare se tali accordi si siano estrinsecati attraverso un uso im-

129 La giurisprudenza è concorde sul punto. Per uno dei (rarissimi) casi in cui la giurisprudenza contabile ha ritenuto applicabile il potere riduttivo nel caso di condotta dolosa, si veda Corte conti, sez. giur. Marche, 16 maggio 2019, n. 112.

130 Sulle tappe principali della normativa anticorruzione, si vedano M. SINISI, *Sistema anticorruzione e responsabilità amministrativa: vecchie e nuove fattispecie di responsabilità e tipologie di danno erariale*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, *cit.*, 85 ss.; F. CERIONI, *Il contrasto alla maladministration ed alla corruzione: il ruolo della Corte dei conti*, in *Relazione della Procura generale per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, 1 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it, 14 ss.; E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 497 ss.

131 Così M. DELSIGNORE, M. ROMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 62 ss.

proprio delle risorse pubbliche, che può fungere da «*punta dell'iceberg*» di dinamiche corruttive rimaste latenti e che il p.m. contabile non è riuscito a intercettare¹³².

Appare altresì illogica l'esclusione dall'ambito del comma 2 delle fattispecie sanzionatorie. In questo modo, infatti, gli illeciti commissivi sorretti da colpa grave non saranno fonte di responsabilità, mentre si potrà incorrere in quest'ultima e nella relativa sanzione qualora si ponga in essere una condotta commissiva connotata da colpa grave ma tipizzata in una fattispecie sanzionatoria.

Si pensi, in aggiunta, al tema della retribuzione. Dal momento che quest'ultima dovrebbe essere direttamente proporzionale al rischio, non si può ritenere ragionevole mantenere la retribuzione dei dipendenti amministratori pubblici invariata a fronte di uno spettro di responsabilità che si riduce al punto da arrivare ad ammettere che questi ultimi possano agire con superficialità senza subirne le conseguenze¹³³. Ciò è tanto più evidente quanto più si guardi a chi ricopre cariche all'apice dell'amministrazione, dove lo scrupolo e la perizia richieste dovrebbero essere massime in ragione della delicatezza degli incarichi.

Sempre in proposito della limitazione temporale contenuta nel comma 2 e al di là della sua compatibilità con la Costituzione, essa è stata criticata anche alla luce del fatto che, data la sua transitorietà, non sortirebbe affatto l'effetto di tranquillizzare i dipendenti pubblici¹³⁴; vi è poi chi ha dubitato della bontà di tale scelta sostenendo che non possano in ogni caso ammettersi sperimentazioni temporali su temi delicati come quello della responsabilità¹³⁵; altri ha invece rilevato la possibilità che, da temporanea, questa disposizione diventi definitiva,

132 È quanto affermato da F. ALBO, *Limitazione della responsabilità amministrativa e anticorruzione: il Pnrr è adeguatamente protetto?*, in *Diritto e conti*, 24 maggio 2021, disponibile su <https://dirittoeconti.it>.

133 Si veda in proposito E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, cit.

134 È di questo avviso G. FRANCHINA, *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti - il venir meno del dolo contrattuale e la codificazione del criterio penalistico*, in *Giur. It.*, 2021, 5, 1242 ss.

135 E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, cit.

secondo un *trend* non nuovo nell'ordinamento giuridico¹³⁶. Quest'ultima preoccupazione sarebbe suffragata dalla proroga al 2023, la quale, stante l'incertezza della durata dell'emergenza sanitaria, potrebbe costituire solo la prima di una lunga serie di proroghe, con l'evidente rischio che l'ordinamento si assuefaccia a tale controversa disposizione, inizialmente ammessa solo in virtù della sua eccezionalità.

Infine, se si ritiene che la responsabilità contabile rientri nell'ambito della teoria generale delle obbligazioni, l'art. 21, comma 2, potrebbe persino scontrarsi con il disposto dell'art. 1229 cod. civ. che, al primo comma, prevede la nullità di qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.

5. La nuova configurazione della responsabilità erariale nel contesto del programma *Next Generation EU*

A seguito della legge costituzionale n. 1 del 2012 e anche alla luce dell'art. 325 TFUE, è stato arricchito il disposto dell'art. 97 Cost., stabilendo l'obbligo per le amministrazioni di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico «*in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea*». Tale obbligo riecheggia, come già osservato, negli artt. 81, 117 e 119 Cost., mostrando l'evidente presa di coscienza che la compromissione degli interessi finanziari del Paese determina di riflesso anche quella degli interessi finanziari dell'Unione. La nuova configurazione della responsabilità erariale crea, pertanto, non solo dubbi di legittimità rispetto all'ordinamento interno, bensì anche rispetto a quello comunitario che, soprattutto nella fase dell'emergenza sanitaria, richiede agli Stati membri una gestione ancora più rigorosa delle proprie risorse. In particolare, sorgono perplessità circa la compatibilità con il Regolamento UE 2021/241 che impone un rafforzamento del controllo sulla gestione dei fondi in virtù del programma *Next Generation EU*¹³⁷. Quest'ultimo rappresenta

136 A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità*, cit., 20.

137 Per un approfondimento sul suo funzionamento, si rinvia M. SMIRILDO, *I meccanismi di funzionamento dell'attuazione del Pnrr*, in *Relazione della Procura generale per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, cit., 260 ss., e A. MAGNANI, *Next Generation EU, cos'è e come funziona*, in *Il Sole*

un'imperdibile occasione di crescita per il nostro Paese dal momento che, ricorrendo per la prima volta anche a politiche di indebitamento, destina all'Italia risorse straordinarie con l'unico vincolo che siano «*spese bene*»¹³⁸. Si tratta, infatti, di un programma *performance-based*: per ottenere il rilascio delle *tranches* di finanziamento, è cioè necessario che la Commissione abbia verificato il puntuale raggiungimento degli obiettivi previsti dal Pnrr, secondo lo schema del s.a.l. Com'è ovvio, alla Corte dei conti è stato richiesto uno sforzo ulteriore per presidiare alla corretta spesa delle risorse europee,¹³⁹ la cui ingente mole rischia, per altro, di incentivarne l'utilizzo improprio e il proliferare di fenomeni corruttivi¹⁴⁰. In questo senso, e in paradossale controtendenza rispetto agli adiacenti artt. 21 e 23, il legislatore ha innanzitutto inserito l'art. 22 del d.l. n. 76/2020, rendendo più incisivo il controllo concomitante; tale disposizione sembra infatti idonea a suscitare un freno psicologico nella p.a. e ad accentuare la percezione della Corte come organo della sanzione, a discapito della funzione collaborativa di cui l'art. 11 della legge 15 del 2009, prima di tale integrazione, la colorava. Poi, oltre al controllo preventivo di legittimità – che ha trovato conferma nell'art. 9, co. 3 del d.l. n. 77 del 2021 – è stato previsto, *ex art.* 7 co. 7 del citato decreto-legge, anche un controllo sulla gestione, nonché un'attività

24Ore, 4 marzo 2021, disponibile su www.ilsole24ore.com.

138 Cfr. L. CASO, *Il condono degli sprechi non può essere la via per la recovery italiana*, in *Il sole 24ore - Norme e Tributi*, 10 maggio 2021, 29, che afferma che viene richiesto il passaggio «*da un mero riscontro quantitativo dei costi a una valutazione qualitativa dei risultati*»; C. MANCINI, *Controlli, la Corte dei conti si «ritaglia» un ruolo attivo sull'utilizzo dei fondi Ue per Next Generation*, in *Il sole 24ore - Norme e Tributi Plus Enti Locali e Edilizia*, 14 gennaio 2021; P. CASALINO, *La fase di prima attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: gestione, monitoraggio e controllo; principi trasversali e condizionalità per il corretto utilizzo delle risorse europee*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 5, 5 ss. La necessità di non abbassare la soglia dell'attenzione amministrativa in questo particolare momento storico è stata ribadita sia in occasione dell'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021, sia 2022.

139 Già nel 2014, la Corte costituzionale con sent. n. 39/2014 aveva sottolineato che i controlli di legittimità della Corte sono «*strumentali al rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio*». In merito all'evoluzione dei controlli della Corte dei conti alla luce dei vincoli comunitari, si veda F. S. MARINI, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, *cit.*

140 Secondo quanto riportato nel *Corruption perception Index 2020* di Transparency international, l'Italia si colloca al 52° posto tra i 180 paesi del mondo quanto a corruzione; in Europa, invece, si colloca al 20° posto rispetto ai 27 Stati europei presi in considerazione: cfr. G. VILLANACCI, *Le insidie del neocontestualismo nella rinnovata funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2022, 1, 28 ss.

di referto al Parlamento con cadenza non più annuale, bensì semestrale¹⁴¹. Alla luce di tali disposizioni, risulta allora di ancora più difficile comprensione cogliere come il legislatore pensasse di poter garantire l'efficiente funzionamento delle sezioni di controllo della magistratura contabile, la cui natura richiede la necessaria compresenza di attività giurisdizionali e di controllo, a fronte dell'indubbio *vulnus* arrecato alle prime.

Poco rincuorante risulta la recente proroga dell'efficacia del comma 2 al 2023. Da un lato, essa fa emergere con tutta evidenza la miopia del legislatore nell'aver originariamente stabilito il termine di validità al 31 dicembre 2021: se non è plausibile pensare di prevedere i tempi della pandemia, non pare nemmeno saggio adattare a tali tempi – per definizione incerti – la vigenza di una disposizione che tocca un tema chiave come quello della responsabilità e che comporta tutte le problematiche ricadute sin qui esaminate. Dall'altro, suddetta proroga rischia di minare irrimediabilmente gli interessi finanziari dell'Unione sia nel periodo di durata dell'emergenza sanitaria sia, laddove le proroghe continuassero a susseguirsi, *sine die*, esponendo quindi il Paese anche a tutte le misure a cui l'Europa, come conseguenza dell'infrazione, potrebbe decidere di sottoporlo.

Infine, un ulteriore punto di scontro con l'ordinamento comunitario può essere ravvisato nel Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, il quale chiarisce che affinché gli Stati possono garantire una sana gestione finanziaria è necessario che le autorità pubbliche agiscano in conformità alla legge, che siano perseguiti efficacemente i casi di frode e che le decisioni arbitrarie o illegittime siano fatte oggetto di un effettivo controllo giurisdizionale¹⁴². In quest'ottica si colloca l'istituzione dell'European Public Prosecutor's Office (EPPO)¹⁴³, le cui competenze concernono i fatti che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione. Si tratta di un modello di tutela della finanza pubblica che non solo l'art. 21

141 G. RUTELLI, *La Corte dei Conti e la sfida del Pnrr. Parla il presidente Carlino*, 2 dicembre 2021, disponibile su <https://formiche.net>.

142 Cfr. par. 8

143 Istituito con Regolamento UE 2017/1939, il cui funzionamento è iniziato il 1 giugno 2021.

non pare rispettare, ma che risulta anche scevro da qualsiasi distinzione tra condotte attive e omissive, su cui invece la novella del comma 2 si impernia.

6. L'art. 21 nelle aule della magistratura contabile

Solo ad alcuni degli interrogativi sin qui sollevati la giurisprudenza contabile ha già dato risposta. In particolare, i giudici della Corte dei conti, assumendo una posizione opposta rispetto a quella portata avanti in dottrina, si sono fin ora dimostrati concordi nell'accordare alla disposizione natura sostanziale¹⁴⁴ e, dunque, irretroattiva *ex art. 12 disp. prel. cod. civ.*, affermando altresì che, diversamente opinando, sarebbe paradossalmente preclusa al p.m. contabile una integrazione probatoria in appello, di cui all'art. 194 c.g.c.,¹⁴⁵ con l'effetto che la sentenza di primo grado potrebbe essere riformata per mancata dimostrazione della volontà dell'evento dannoso. La Corte dei conti non ha poi mancato di rilevare come il potere di emanare leggi retroattive sia stato limitato dalla stessa Corte costituzionale in nome del rispetto dei principi di legalità e certezza del diritto¹⁴⁶. Si ribadisce, poi, che la giurisprudenza, discostandosi da quanto affermato in dottrina, ha fin ora sostenuto che la limitazione temporale di cui al secondo comma sia da estendersi anche al primo, essendo anche quest'ultimo volto a combattere il fenomeno della burocrazia difensiva¹⁴⁷.

144 Cfr. Corte conti, sez. giur. Sicilia, 21 gennaio 2021, n. 59; ID., sez. I app., 24 maggio 2021, n. 197; ID., 8 ottobre 2020, n. 2632; ID., 2 settembre 2020, n. 234; ID., sez. giur. Trentino-Alto Adige, 7 aprile 2021, n. 58; ID., sez. giur. Toscana, 14 dicembre 2020, n. 313; ID., sez. giur. Lombardia, 6 ottobre 2020, n. 152; ID., sez. giur. Liguria, 10 agosto 2021, n. 157; ID., sez. giur. Sicilia, 21 gennaio 2021, n. 59; ID., sez. giur. Sicilia, 9 marzo 2022, n. 239; ID., sez. II app., 15 marzo 2022, n. 95.

145 *Ex multis*: Corte conti, sez. II app., 18 marzo 2021, n. 95; ID., sez. I app. 16 novembre 2020, n. 317.

146 Si veda Corte conti, sez. giur. Liguria, 5 ottobre 2020 n. 68. Per le pronunce della Consulta, cfr. Corte cost., sent. nn. 118/1957, 69/2014, 308/2013, 257/2011, 74/2008. A nulla valgono, tra l'altro, le eccezioni spesso mosse dai difensori dei presunti responsabili secondo cui qualora venga introdotta una *lex mitior* che limiti i casi di punibilità, essa andrebbe applicata anche ai fatti commessi anteriormente la sua entrata in vigore. La Corte dei conti si sbarazza di tale eccezione sostenendone l'irrilevanza e manifesta infondatezza e riconoscendo alla responsabilità amministrativa un *genus* del tutto estraneo a quello della responsabilità penale quanto a finalità e presupposti (cfr., *ex multis*: Corte conti, sez. III centr. app., 23 aprile 2021, n. 204; ID., sez. II app., 16 marzo 2021, n. 95; ID., sez. giur. Sicilia, 21 gennaio 2021, n. 59; ID., 6 agosto 2021, n. 888).

147 Cfr. nt. 88.

In tema di dolo eventuale la Corte, com'era prevedibile, si è fin ora agevolmente sbarazzata dell'eccezione sollevata dalla difesa secondo cui nella volontà dell'evento dannoso quest'ultimo non possa essere ricompreso, affermando che assai di rado sussiste in capo all'agente la specifica volontà di danneggiare le finanze pubbliche¹⁴⁸ e che «*la stessa violazione delle regole di servizio comport[a] la prevedibilità dell'evento dannoso quale accettazione del rischio di pregiudizio all'Erario pubblico*», sostenendo che, diversamente argomentando, fondato sarebbe il sospetto di illegittimità costituzionale della novella *ex artt.* 3, 24, 28, 77, 97, e 103 Cost¹⁴⁹.

A proposito della compatibilità con la Carta costituzionale, la magistratura contabile sembra fin ora orientata ad escludere che il comma 2 dell'art. 21 violi l'art. 3 Cost., stante la sua limitazione temporale che ne provverebbe la natura eccezionale; ciò sarebbe avvalorato dall'impossibilità, da un lato, di interpretazione analogica *ex art.* 14 delle Preleggi e, dall'altro, dal difetto di identità e dunque dall'incomparabilità fra le situazioni considerate dalla norma e quelle estranee al suo raggio applicativo, che comportano l'insussistenza dei presupposti per sollevare la questione di legittimità costituzionale con l'art. 3¹⁵⁰.

Concludendo sul punto, si può ritenere che i giudici contabili abbiano sin qui scelto di percorrere la via più prudente nel risolvere alcuni dubbi interpretativi. In effetti, sostenere che tanto la natura sostanziale, quando la limitazione temporale sussistano sia per il primo che per il secondo comma dell'art. 21 evita di travolgere retroattivamente i giudizi pendenti e le relative istruttorie, oltre ad essere coerente con le finalità di semplificazione e accelerazione dell'attività amministrativa. Inoltre, ricomprendendo il dolo eventuale nella nuova formulazione dell'art. 1, co. 1 della legge 20 del 1994, la Corte si mostra pienamente

148 *Ex multis*: Corte conti, sez. giur. Trentino Alto Adige, 7 aprile 2021, n. 58; ID., 3 giugno 2021, n. 81; ID., sez. giur. Veneto, 19 agosto 2021, n. 205; ID., sez. giur. Umbria, 18 novembre 2021, n. 94; ID., sez. giur. Basilicata, 12 gennaio 2022, n. 6.

149 *Ex multis*: Corte conti, sez. giur. Liguria, 21 ottobre 2020, n. 83; ID., 5 ottobre 2020, n. 68.

150 È quanto stabilito da Corte conti, sez. giur. Sicilia, 22 aprile 2021, n. 482. Si vedano anche Corte conti, sez. I app., 24 maggio 2021, n. 197 e ID., sez. giur. Toscana, 10 novembre 2020, n. 288.

consapevole dei tratti salienti della responsabilità erariale e della sua finalità prevalentemente risarcitoria. Non si può tuttavia fare a meno di notare che tutte le pronunce fin qui registrate hanno avuto ad oggetto condotte poste in essere prima del 17 luglio 2020, alle quali la Corte non ritiene applicabile l'art. 21. Non solo, pertanto, non è inverosimile l'avvento di un qualche *revirement* giurisprudenziale, ma è anche altamente probabile che ad impiegare maggiormente i giudici saranno le questioni inerenti la compatibilità dell'articolo in questione con le disposizioni costituzionali. In ogni caso – e in disparte la posizione che la Corte dei conti assumerà sul punto – non pare erroneo sostenere che, nell'ideare un tale intervento normativo, il legislatore non sembri aver tenuto conto del ruolo della Costituzione che, in quanto *Grundnorm* dell'ordinamento, nei periodi di crisi più che mai dovrebbe rappresentare un faro per il suo agire, non essere sacrificata. Vero è che gli schemi giuridici valevoli nei periodi di quiete possono non reggere l'urto travolgente di un'emergenza come quella da Covid-19, le cui ripercussioni si manifestano in ogni dove della vita sociale, economica e istituzionale e che possono giustificare la possibilità di derogare alle disposizioni costituzionali¹⁵¹; in ogni caso però, l'emergenza non dovrebbe mai legittimare lo “svuotamento” – nemmeno transitorio – della giurisdizione contabile e l'adattamento delle norme ritenute non adeguate a fronteggiare la crisi non dovrebbe mai spingersi fino ad ottenere una contrazione della portata della Carta costituzionale, soprattutto nelle sue parti che maggiormente tutelano i valori fondamentali dello Stato¹⁵². Invece, ciò a cui si è assistito appare piuttosto configurarsi come un «*complessivo bilanciamento della Costituzione con*

151 È la stessa Corte costituzionale, con sent. n. 15/1982 che afferma: «*Di fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso e indeclinabile dovere di provvedere, adottando un'apposita legislazione di emergenza*»; si aggiunge poi che «*si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo*».

152 Infatti, come affermato da V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *Diritti fondamentali*, 2020, 1, 666, «*la Costituzione liberale con i suoi principi e valori anche nei tempi dell'emergenza segna la linea di discriminazione tra ciò che è giusto e legittimo e ciò che, comunque, resta vietato. È un imperativo che vale per tutti*».

*l'emergenza stessa, fatalmente destinato a risolversi a beneficio di quest'ultima e con un costo assai gravoso, forse per vero insopportabile, per la prima»¹⁵³. L'intervento in esame aggiunge, in breve, alle tante vittime della pandemia anche il regime delle fonti del diritto¹⁵⁴, sicché parrebbe possibile una parziale riscrittura del brocardo latino "necessitas non habet legem" a favore di una nuova, più puntale, formulazione, ossia "necessitas habet leges principales", dove le "leges principales" stanno ad indicare i principi primi, fondamentali ed inderogabili della Carta costituzionale. Anche in quest'ottica, la proroga della vigenza del secondo comma al 30 giugno 2023 non può che sollevare maggiori preoccupazioni; pur costituendo tale data un termine, e pur rappresentando la situazione pandemica ancora in atto un *unicum* nella storia del globo quanto a gravità, un po' troppo ambizioso sembra pensare di riuscire a prevedere la fine di un'emergenza che affatica, nel tentativo di arginarla, i Governi di tutto il mondo da più di due anni. Se anche la pandemia fosse completamente debellata prima della scadenza fissata dalla norma, è assai improbabile che il legislatore si affrettarebbe a riespandere il regime della responsabilità riportandolo alla sua precedente configurazione, a maggior ragione se si considera che anche il Governo stesso beneficia dello scudo erariale; se, invece, l'emergenza dovesse protrarsi, plausibile risulta la possibilità di una proroga ulteriore, con l'evidente rischio che si pongano le basi per il radicamento nell'ordinamento del nuovo assetto della responsabilità erariale.*

Della giurisprudenza contabile, che sul punto è ancora tutta da scrivere, si auspica soprattutto l'univocità, alla stregua di quanto fin ora avvenuto a proposito della irretroattività dell'art. 21 e in tema di dolo eventuale. Del resto, l'intervento del legislatore si fa più invasivo lì dove vi è assenza di una costante nomofilachia della magistratura, come avvenuto a proposito della natura del dolo erariale. È vero anche il discorso inverso: il dato normativo, non stabilen-

153 In questi termini A. RUGGIERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali-Rivista di diritti delle autonomie territoriali*, 21 marzo 2020, disponibile su www.dirittiregionali.it.

154 È quanto affermato da L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 6, 727 ss.

do alcun criterio per distinguere tra condotte attive e omissive – spesso assai arduo sul piano pratico¹⁵⁵ – rappresenta un'imperdibile occasione per la magistratura contabile, che potrebbe sfruttarlo a proprio favore facendo ricadere una determinata condotta nell'ambito delle azioni omissive (o inerti), così recuperando il sindacato giurisdizionale di cui è stata temporaneamente spogliata.

7. L'art. 23 e i nuovi (problematici) confini del reato di abuso d'ufficio

Parallelamente al ridimensionamento della responsabilità erariale, il legislatore è intervenuto con l'art. 23 del d.l. semplificazioni anche sulla controversa fattispecie dell'abuso d'ufficio, da sempre ritenuta idonea, a causa della sua vaghezza, ad alimentare gli atteggiamenti difensivi di funzionari e amministratori pubblici¹⁵⁶ e per questo già fatta oggetto, nel 1990 e nel 1997, di due riscritture volte ad aumentarne la determinatezza¹⁵⁷. Nonostante la riforma del 1997 avesse significativamente contribuito a migliorare la precisione dell'enunciato normativo, perplessità erano sorte in dottrina e in giurisprudenza¹⁵⁸ circa la

155 Non emanare, ad esempio, il provvedimento conclusivo di un procedimento amministrativo, è classificabile come condotta omissiva, attiva o inerte? Innanzi ad un obbligo legale di agire, si può essere sicuri che il non agire integri una condotta omissiva o inerte? E ancora: in caso di condotte plurisoggettive, è davvero possibile in punto di nesso di causalità distinguere le tipologie delle condotte?

156 In effetti, sebbene solo una minima parte dei numerosi procedimenti iniziati per abuso d'ufficio si concluda con una condanna, non si può trascurare che spesso le assoluzioni si verificano dopo anni, cioè non solo dopo che l'interessato ha sostenuto le spese necessarie per stare in giudizio, ma che ha soprattutto subito un non indifferente danno reputazionale, che può anche determinarne il demansionamento; secondo l'Istat, nel 2017 a fronte di oltre 6500 procedimenti aperti sono state solo 57 le condanne con sentenza definitiva. Ciò è confermato dai dati del Ministero della Giustizia: dei 7133 procedimenti definiti nel 2018, 6142 sono stati archiviati. In proposito, si veda A. R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2018 e A. CHERCHI, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, in *Il Sole 24Ore*, 15 giugno 2020. A conferma dell'incidenza del reato sul fenomeno della burocrazia difensiva, si rinvia a M. LANZAROTTO, *Salerno, il flop dell'abuso d'ufficio: la condanna è una chimera*, in *La Città di Salerno*, 13 febbraio 2020 che riporta gli esiti di un'indagine del 2019 condotta dall'Università di Salerno sui dipendenti della Regione Campania, che hanno mostrato come il 65% di essi si senta condizionato dal timore di essere sottoposto a un procedimento *ex art. 323 cod. pen.*

157 Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 350 ss.; G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 584 ss.; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1, 106 ss.

158 Solo in un primo momento infatti la giurisprudenza ha appoggiato la volontà del legislatore, sancendo l'impossibilità per il giudice penale di sindacare la discrezionalità amministrativa ed escludendo l'art. 97 come parametro di legittimità: in tal senso, cfr. Cass. Penale, sez. II, n.

possibilità di ricomprendere nella nuova formulazione della norma tanto l'eccesso di potere¹⁵⁹, quanto l'art. 97 Cost.¹⁶⁰ in qualità di parametro per configurare il reato¹⁶¹. Sollecitato dai tempi serrati imposti dall'emergenza sanitaria, il legislatore del 2020 ha ritenuto opportuno circoscrivere ulteriormente la fattispecie, sostituendo l'espressione «violazione di norme di legge o di regolamento» dell'art. 323 cod. pen. con la formulazione «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

La novella ha introdotto, sostanzialmente, tre non-novità, ciascuna passibile di critiche¹⁶². In primo luogo, essendo stato eliminato il riferimento ai regolamenti, si è detto che non sia possibile tutelare il buon andamento permetten-

877/1997; ID., sez. II, n. 37515/2004; ID., sez. V, n. 48485/2019.

159 Oltre a chi denunciava che potendo essere verificato solo dopo che l'atto è stato compiuto, esso si scontrasse in ogni caso con il principio di determinatezza e tipicità del diritto penale, vi era anche chi sosteneva che l'eccesso di potere fosse espressione di una violazione della legalità amministrativa *tout court*, che quindi non fosse riconducibile alla «violazione di norme di legge o di regolamento» e che ricomprenderlo avrebbe in ogni caso ampliato enormemente il sindacato del giudice penale, in evidente spregio della volontà del legislatore: cfr. G. COLLAZZO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in *Riv. PDP*, 25 gennaio 2021. Ad ogni modo, più frequenti erano i casi in cui si riteneva che l'eccesso di potere potesse essere sanzionato in quanto sviamento dallo scopo per cui il potere stesso fosse stato conferito: cfr. Cass. Penale, SS.UU. n. 155/2011.

160 Se ne sosteneva infatti la natura programmatica: in quanto norma di principio che non prescrive comportamenti puntuali, l'art. 97 Cost. non sarebbe stato idoneo ad integrare l'elemento richiesto dalla fattispecie penale (cfr. Cass. Penale, sez. II, n. 877/1997).

161 Era stata avanzata, infatti, la c.d. proposta Castaldo-Naddeo, che è tra l'altro tornata alla ribalta a seguito dell'intervento del 2020 e che proponeva una nuova formulazione dell'art. 323 cod. pen. In merito, si vedano M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente*, in A. R. CASTALDO, *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 31 ss.; A. R. CASTALDO, F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, 17 luglio 2020, disponibile su www.quotidianogiuridico.it.

162 Si rinvia a A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, 23 ottobre 2020, disponibile su www.lalegislazionepenale.eu; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14 settembre 2020; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2020, 7, 133 ss.; G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, in *La Stampa*, 14 giugno 2020; G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2020; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Archivio Penale*, 2021, 1; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20 novembre 2020; G. L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema Penale*, 2 dicembre 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

do che i regolamenti che le amministrazioni si danno siano violati e che, in ogni caso, essi siano indispensabili per dare seguito alle scelte legislative¹⁶³. Alla luce di ciò – nonché del fatto che i regolamenti hanno acquisito particolare importanza nel quadro delle fonti e che, ai sensi dell'art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, essi sono «atti amministrativi generali a contenuto normativo» – si potrebbe però ritenere che il legislatore non intendesse escludere dal perimetro della fattispecie quei regolamenti, per così dire, “di rango legislativo” o senza i quali si svuota la portata della norma primaria. Inoltre, il fatto che questo segmento della norma si presti a favorire rinvii a norme subprimarie emanate in forza della legge, utilizzate come norme interposte¹⁶⁴, è osteggiato dalla parte della dottrina che afferma che le norme di rilevanza legislativa indiretta non possano integrare il requisito della violazione delle norme di legge, pena la trasgressione del divieto di analogia e del principio di riserva di legge¹⁶⁵. In secondo luogo, l'espressione «regole di condotta specifiche ed espressamente previste» si presta a valorizzare l'inosservanza di regole comportamentali meramente organizzative, totalmente neutre rispetto al disvalore dell'evento. Inoltre, chi già dopo la riforma del 1997 sosteneva l'esclusione dell'art. 97 dall'ambito della norma, ha rinvenuto nel requisito della specificità ulteriore conferma della propria tesi, che continua tuttavia ad essere smentita da chi in dottrina ritiene che quanto meno il dovere di imparzialità costituisca una espressa e specifica regola di condotta¹⁶⁶.

163 Così G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari*, *cit.*

164 Classico è il caso dell'abuso d'ufficio per violazione delle regole del bando che danno attuazione a principi fissati nella legge, o quello della violazione delle prescrizioni contenute nel piano regolatore. A proposito di quest'ultimo caso, la giurisprudenza non si è sempre espressa in maniera univoca, negando talvolta rilievo penale al rilascio di una concessione edilizia in contrasto con le prescrizioni del piano alla luce dei principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie incriminatrice: cfr. Cass. Penale, sez. VI, n. 2114/1998; *contra* ID., n. 350/1999. La giurisprudenza però, a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge ha ammesso che il permesso di costruire rilasciato senza rispetto del piano regolatore integra una violazione (mediata) di legge, rilevante ai fini dell'art. 323 cod. pen.: cfr. Cass. Penale, sez. VI, n. 31873/2020.

165 Così N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 9 ss.

166 G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma “svuota” il reato*, in *GD*, 2020, 34-35, 30 ss.; in senso contrario M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2021, 7-8, 71 ss.

La terza e più problematica innovazione risiede, invece, nell'aver voluto limitare la cognizione del giudice penale alle sole attività vincolate, escludendo ogni forma di eccesso o sviamento di potere. È stato, pertanto, nuovamente ribadito quanto già sostenuto nel 1997, ossia che sia proprio nelle maglie della discrezionalità che si insidiano gli abusi¹⁶⁷ e che l'unica forma di discrezionalità da cui sia ragionevole escludere il sindacato giurisdizionale sarebbe quella politica, strettamente attinente al merito delle scelte¹⁶⁸. In ogni caso, la nuova formulazione della norma non sembra tale da escludere la sindacabilità dell'eccesso di potere estrinseco¹⁶⁹, vale a dire quello in cui il potere discrezionale viene solo formalmente esercitato, in quanto l'agente travalica con la sua condotta il perimetro delle scelte consentitegli dalla norma attributiva del potere. Non stupisce, dunque, che i primi critici abbiano accusato il legislatore di aver eretto una «*cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa*» che assume nell'«*empireo dei salvatis*»¹⁷⁰ coloro che, detenendo il potere discrezionale, sono anche in grado di abusarne e di aver fatto ciò, per di più, in parallelo al depotenziamento della responsabilità erariale e senza aver ripensato gli strumenti alternativi e complementari alla sanzione penale.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare chiara la ragione per cui si può parlare di non-novità: la riforma del 2020 è stata motivata dalle medesime finalità che avevano animato il legislatore nel '97, ma che ha perseguito in modo più esplicito, tanto che, più che in passato, si è denunciato il rischio che tale intervento neutralizzi la portata della norma incriminatrice. Infatti, i casi in

167 Cfr. A. TRAVI, *La responsabilità penale dei pubblici amministratori: alcune considerazioni sulla riformulazione del delitto di abuso di ufficio*, in D. SORACE, *cit.*, 506, che afferma; «è proprio nelle maglie (talora ben larghe) della discrezionalità amministrativa, e dietro il paravento di una 'scrupolosa osservanza' della legge e dei regolamenti che si annida l'arbitrio più sfacciato e partigiano».

168 È quanto sostenuto da G. L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura"*, *cit.*

169 Si veda N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, *cit.* In proposito si è espressa recentemente anche la Corte di Cassazione (Cass. Penale, sez. VI, n. 1146/2020), che ha affermato che si esclude il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità dell'Amministrazione «*sempreché l'esercizio del potere non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito [...]*».

170 Entrambe le espressioni sono di T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, *cit.*, 9.

cui il legislatore determina l'*an*, il *quid* e il *quomodo* della condotta del pubblico agente non solo sono rari, ma riguardano anche la sfera della mera esecuzione dell'attività amministrativa, che certo non ne costituisce il cuore. La soluzione di eliminare del tutto la fattispecie, suggerita da alcuni¹⁷¹, non pare tuttavia la migliore strada percorribile, anche alla luce del ruolo di norma con funzione repressiva di chiusura del sistema che l'art. 323 cod. pen. riveste. Ci si dovrebbe, piuttosto, rendere conto del fatto che il problema non risiede tanto nell'indeterminatezza della fattispecie, quanto nella sua inesatta applicazione e recuperare l'orientamento interpretativo che circoscriveva la punibilità ai soli casi in cui l'abuso nasceva dall'inosservanza di precise disposizioni legislative e regolamentari che disciplinano l'assetto sostanziale degli interessi in gioco; si potrebbe, poi, non ostacolare, bensì accogliere il formante giurisprudenziale, che potrebbe rendere ancora più determinata e prevedibile la fattispecie¹⁷².

Al pari dell'art. 21, anche l'art. 23 desta dunque non poche perplessità. Oltre ad agevolare le condotte prevaricatrici, esso non pare offrire alcun contributo utile alla semplificazione amministrativa, né pare adeguato ad alleggerire i timori di funzionari e amministratori pubblici. La riforma ha infatti lasciato inalterata l'altra condotta contenuta nell'art. 323 cod. pen., ossia quella inerente l'omessa astensione per conflitto di interessi. In proposito – e similmente a quanto osservato in merito alla distinzione tra condotte attive e omissive

171 «Il reato di abuso d'ufficio non va riformato, ma abolito. È una nostra vecchia battaglia. È un reato troppo generico, che non serve: bastano le norme che sanzionano le condotte specifiche. Altrimenti diventa un buco nero dove far ricadere nella dimensione penale e condotte di illegittimità amministrativa»: queste le parole di Gian Domenico Caiazza, presidente dell'Unione delle camere penali, riportate in A. CHERCHI, *cit.*; in merito alla necessità di abrogazione, cfr. anche S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A. R. CASTALDO, *Migliorare le performance*, *cit.*, 13 ss.; G. FIANDACA, A. MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, in *Il Foglio*, 24 giugno 2020; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, *cit.*, secondo cui l'art. 323 cod. pen. potrebbe essere sostituito con la previsione di illeciti amministrativi, più duttili perché idonei a recepire i rinvii a fonti sublegislative e a norme di principio; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, *cit.*, che suggerisce la parallela rivitalizzazione della responsabilità disciplinare.

172 Queste sono alcune delle osservazioni in A. Cherchi, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, *cit.*; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, *cit.*; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, *cit.*; G. FIANDACA, A. MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, *cit.*; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, *cit.*

dell'art. 21 –, sarebbe tuttavia forse sufficiente cambiare prospettiva per far ricadere nell'omessa astensione tutte le ipotesi non più riconducibili alla prima condotta tipica, in quanto questa opera a prescindere dalla violazione di una specifica regola di condotta contemplata espressamente dalla legge¹⁷³ e non può mai essere vincolata, rappresentando la discrezionalità un suo elemento intrinseco; in alternativa, l'interpretazione estensiva della norma potrebbe comunque essere garantita valorizzando il riferimento agli «*altri casi prescritti*», così da includervi tutte le modalità in cui l'agente abbia causato l'ingiusto vantaggio o danno.

Chi denunciava invece che la materia penale sarebbe stata intaccata con decreto-legge, con la formula “salvo intese”, marginalizzando il ruolo del Parlamento e nel contesto di una riforma amministrativa disomogenea, senza per altro operare alcun intervento organico¹⁷⁴, è stato tuttavia smentito da una recente pronuncia della Corte costituzionale – la n. 8 del 2022 – con cui il Giudice delle leggi, a differenza di quanto avvenuto per l'art. 21, ha già avuto modo di chiarire la compatibilità dell'art. 23 con l'art. 77 Cost. La Corte ha infatti escluso, da un lato, che la modifica censurata fosse «*eccentrica e assolutamente avulsa*» rispetto ai contenuti del decreto-legge in cui è stata inserita, dal momento che anch'essa risponde alla finalità di tranquillizzare gli amministratori pubblici riguardo il rischio di incorrere in responsabilità; dall'altro, ha sostenuto che la riforma del reato di abuso di ufficio fosse da tempo necessitata, ma che sia giunta a maturazione definitiva solo a seguito dell'emergenza pandemica¹⁷⁵.

173 Si veda quanto affermato in Cass. Penale, sez. VI, n. 26702/2003 e ID., 1205/2020.

174 In questi termini anche G. L. GATTA, *Da “spazzia-corrotti” a “basta paura”*, cit. e G. VICICONTE, B. RIDARELLI, *Il nuovo abuso d'ufficio e la difficile convivenza tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *Il Penalista*, 21 settembre 2020.

175 La Consulta al par. 2.5 aggiunge che «*risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare “margini di discrezionalità” si vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere*».

Ad ogni modo, anche a seguito di tale intervento della Consulta non pare potersi negare che si sia trattato di un ulteriore intervento «*frettoloso e maldestro*», che ha fatto ricorso ad una «*tecnica normativa rozza e ad un lessico che cozza con i dati di realtà*»¹⁷⁶; mostrandosi contrario ad ogni obiettivo di semplificazione, non pare eccessivo ritenere che anche l'art. 23 si risolva principalmente in uno *slogan* all'insegna del populismo penale e a prevalente beneficio della propaganda politica.

8. Burocrazia difensiva: principali cause e possibili i rimedi

Si è già avuto modo di osservare come l'amministrazione difensiva, pur non comportando di per sé alcun esercizio illegittimo di poteri, ma solo la scelta dell'alternativa meno rischiosa, rappresenti una delle possibili declinazioni della *maladministration*, dal momento che causa un costo sistemico in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Infatti, così come il funzionario corrotto persegue un guadagno individuale causando una perdita collettiva, quello difensivo rinuncia ad un guadagno collettivo per evitare il rischio di una perdita individuale¹⁷⁷. Si tratta – ahimè – di un fenomeno piuttosto radicato nel nostro Paese, come dimostrato dalle diverse indagini condotte in merito¹⁷⁸.

176 M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 86.

177 S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293 ss., che osservano che essa sia non «*meno illegittima delle condotte illegittime punite con le sanzioni che essa mira ad evitare*»; tuttavia, palesandosi solo alla fine, ossia quando si tratta di trarre le somme dei risultati dell'azione amministrativa, costituisce «*una forma di illegittimità meno visibile, più subdola e, per questo, forse più pericolosa*»; si veda anche M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 625 ss.

178 Cfr. Forum PA, *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, Collana Ricerche, 30 maggio 2017, disponibile su www.forumpa.it: l'intervista a quasi 1500 dipendenti pubblici ha mostrato che per la maggior parte di essi l'amministrazione difensiva fosse un problema reale e che la sua entità fosse cresciuta nell'ultimo quinquennio; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Rivista italiana di Public Management*, 2021, 2, 342 ss. che riportano gli esiti di un'indagine condotta intervistando 538 amministratori pubblici attivi come RUP, secondo cui l'amministrazione difensiva è percepita da questi in modo «*non trascurabile*»; ID., *L'amministrazione si difende*, cit., 295 e bibliografia *ivi* indicata, che osservano come la burocrazia difensiva non sia un problema solo italiano, essendo stato riscontrato anche in Germania, dove una ricerca del 2018 ha rilevato che, in media, circa il 25% delle dieci decisioni più importanti prese nell'anno precedente erano state motivate da scelte difensive, almeno l'80% dei dirigenti ha dichiarato di aver preso almeno una decisione difensiva e il 17% che almeno la metà delle proprie

Sull'assunto – indimostrato¹⁷⁹ – che la molteplicità di addebiti in cui può incorrere il dipendente pubblico alimenti notevolmente la percezione di *overdeterrence*, il legislatore ha puntato tutto sulla sola “carta della responsabilità”, scegliendo di ridimensionare tanto quella erariale, quanto quella penale. Tuttavia, sia l'art. 21, sia l'art. 23, non solo sono forieri di numerose contraddizioni e criticità, ma falliscono soprattutto nel raggiungere le finalità per cui sono stati ideati. Il legislatore ha cioè, ancora una volta, puntato tutto sulla «*capacità magica delle norme*», senza porre attenzione alla loro indispensabile dimensione attuativa¹⁸⁰ e alimentando un ordinamento già connotato dall'eccessiva produzione normativa. In merito, vi è chi ha osservato che la paura della firma avrebbe potuto più efficacemente essere combattuta mediante un chiarimento circa il concetto di colpa grave, alla stregua della legge sulla responsabilità civile dei magistrati¹⁸¹, così da ridurre la discrezionalità di procure e giudici contabili nell'affermarne la sussistenza; in aggiunta, si sarebbe potuto porre un tetto alla responsabilità patrimoniale del funzionario pubblico che, in caso di colpa grave, risponde illimitatamente con tutto il suo patrimonio¹⁸².

decisioni erano state difensive.

179 A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile*, cit., che riferisce che nel biennio 2019/2020 sono stati circa 2000 i giudizi di responsabilità promossi innanzi alla Corte. Da questi emergono: 267 (nel 2019) e 203 (nel 2020) fattispecie direttamente connesse alla commissione di reati, circa 100 frodi comunitarie, numerosi casi di assenteismo, casi dei “furbetti del cartellino”, di mancate entrate tributarie, di mancata riscossione di canoni, di percezione di emolumenti non dovuti, di indebiti conferimenti di incarichi e di consulenze, di danni derivanti da attività sanitarie, di indebita percezione o indebito impiego di contributi pubblici, di indebita corresponsione di premi, indennità, trattamenti accessori, di omesso recupero di crediti, di ritardati o mancati accertamenti. Ad essi si aggiungono danni di varia natura al patrimonio pubblico, assunzioni illegittime, falsi invalidi, ecc. Ebbene, nulla, fin qui, che si possa ricondurre alle supposte cause della “paura della firma”; per una conferma di ciò, si veda anche ID., *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022, Intervento del Procuratore generale Angelo Canale*, 1 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it che riporta i dati fino al 2022.

180 A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, disponibile su www.irpa.eu.

181 Il riferimento è alla l. n. 117/1988, secondo cui i magistrati rispondono con una sanzione pari al massimo a sei mesi di retribuzione netta. Anche per i medici la legge n. 24/2017 ha introdotto un tetto massimo, pari al triplo della retribuzione lorda annuale.

182 È quanto suggerito da R. PATUMI, *Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici*, cit.; E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, cit.; F. S. MARINI, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, cit.

In ogni caso, per contrastare la burocrazia difensiva il legislatore pare aver scelto non la migliore soluzione, bensì quella più facilmente praticabile¹⁸³, tralasciando di occuparsi delle vere cause della *maladministration* – che andrebbero ricercate proprio nella «*esonazione legislativa*»¹⁸⁴, nella ferraginosità delle regole, negli intricati percorsi decisionali, nei troppi controlli preventivi, nell'inadeguata preparazione dei dipendenti pubblici¹⁸⁵ –, colpevoli di alimentare da anni la diffusione dell'espressione «*deficit sistemico*»¹⁸⁶ per descrivere la situazione in cui versa il Paese. Per altro, ciò appare ancor più grave allorché si consideri che è rimasta inascoltata la nota diffusa il 5 giugno 2020 dall'Associazione magistrati della Corte dei conti, con la quale quest'ultima non solo manifestava al legislatore la propria viva preoccupazione circa la pericolosità dell'eliminazione della responsabilità per colpa grave e la sua inadeguatezza a perseguire gli obiettivi di semplificazione, ma si offriva anche di collaborare con l'Esecutivo nell'«*individuazione di meditati e ragionevoli interventi di reale semplificazione dell'attività amministrativa, purché idonei a preservare e garantire legalità ed efficienza nell'interesse supremo del Paese*».

8.1. La tutela giurisdizionale e non giurisdizionale come strumenti per combattere la *maladministration*

Prima di trattare le vere cause e alcuni possibili rimedi ai malfunzionamenti della macchina amministrativa, pare utile premettere che questi ultimi

183 A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile*, cit.

184 Così L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, cit.; altre espressioni simili spesso utilizzate quali «*caos*», «*giungla*», «*gabbia*» sono riportate in M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit.

185 Si tratta di tematiche affatto nuove per il Paese: cfr. M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, disponibile su www.tecnichenormative.it, che dimostra come i problemi segnalati allora siano ancora tremendamente attuali.

186 Si rimanda a A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 593 ss.; L. DE LUCIA, *Commento all'articolo di Armin von Bogdandy e Michail Ioannidis: il concetto di "deficit sistemico" tra democrazia e Stato di diritto*, in ID., 2014, 3, 641 ss.; V. BERLINGÒ, *Cattiva amministrazione "sistemica" e nuove funzioni della responsabilità per danno erariale*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 101 ss.; M. PIGNATTI, *Due convegni su "corruzione e crisi sistemica" e "indagini sulla corruzione negli appalti pubblici"*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 1148 ss.

possono essere combattuti tanto mediante strumenti di carattere non giurisdizionale, quanto di carattere giurisdizionale.

Per quanto concerne i primi, si rammenta che il sindacato del giudice contabile si è progressivamente esteso dal singolo provvedimento all'intero rapporto amministrativo e alla protezione di interessi super-individuali¹⁸⁷. In questo senso, sono stati positivizzati nuovi rimedi, tra cui si annovera l'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, prevista dall'art. 4 co. 2, lett. l) della legge n. 15 del 2009. Ai sensi di tale disposizione, la legittimazione a proporre ricorso nasce dalla violazione dell'obbligo di garantire risultati di qualità nello svolgimento dell'azione amministrativa e nella gestione del servizio pubblico che, se non ottemperato, comporta il riconoscimento in capo al giudice di poteri di polizia amministrativa¹⁸⁸, fisiologicamente pertinenti alle autorità di controllo, non a quelle giurisdizionali. Sebbene tale azione segnali un'evoluzione del processo amministrativo sempre più svincolato dal sindacato sui profili di illegittimità del provvedimento, essa manifesta anche sia la sfiducia del legislatore nell'efficienza e nell'organizzazione degli organismi di controllo, sia la sua scarsa considerazione nei confronti dell'attività di monitoraggio della Corte dei conti sulla *performance* amministrativa, dal momento che la sentenza di condanna del giudice amministrativo viene comunicata a quello contabile solo qualora emergano profili di responsabilità erariale¹⁸⁹. Pertanto, per risultare davvero efficaci contro i fenomeni di *maladministration*, gli strumenti di tutela giurisdizionali dovrebbero essere decisamente migliorati. La stessa disciplina dell'azione per l'efficienza è stata definita «*troppo timida, fram-*

187 In questi termini M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, cit., 13 ss. Si vedano anche I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401 ss. e V. DOMENICHELLI, *Per un processo amministrativo paritario*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 3, 415 ss.

188 Ex art. 4, co. 2, lett. l), n. 4, il giudice ordina «*all'amministrazione o al concessionario di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti [...] e, nei casi di perdurante inadempimento, dispon[e] la nomina di un commissario*»; ex n. 4, invece, «*la sentenza definitiva comport[a] l'obbligo di attivare le procedure relative all'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari o dirigenziali*».

189 Si veda A. L. TARASCO, *Amministrazione di qualità e controlli efficaci: un'endiadi possibile nella nuova "azione per l'efficienza"?*, in *Riv. Corte conti*, 2010, 1, 271 ss.

*mentata e contraddittoria»*¹⁹⁰ e problemi analoghi si riscontrano anche con riferimento agli atti autoritativi inerenti i servizi pubblici. In generale, il giudizio amministrativo continua ad essere incentrato sulla valutazione di legittimità e ancorato alla lesione specifica e concreta di una situazione giuridica soggettiva; in più, la partecipazione dei cittadini-utenti alla definizione degli *standard* comporta spesso concessioni alle loro richieste minime e simboliche, come dimostrato dalle carte di servizi che, a differenza che in altri Paesi, si risolvono di frequente in Italia in «*inutil[i] document[i] propagandistic[i]*»¹⁹¹.

A proposito delle forme di tutela non giurisdizionali, queste possono essere tipicamente amministrative ed incidere direttamente sull'organizzazione e sul funzionamento dei pubblici poteri – come le carte di servizi, le regole di trasparenza, la possibilità per il cittadino utente di prendere parte al c.d. ciclo della *performance* –, o non propriamente amministrative¹⁹². Tra queste ultime rientrano gli accordi transattivi, che possono rappresentare un utile strumento per garantire l'efficienza e l'economicità dell'agire amministrativo¹⁹³ e la figura del Mediatore europeo¹⁹⁴. Quest'ultimo esamina i fatti di cattiva amministrazione avvenuti in ambito comunitario¹⁹⁵, assicurando tutela – oltre che nei confronti dell'attività amministrativa invalida – anche alle condotte irrispettose delle regole sulla buona amministrazione. Poiché il Mediatore non può spingersi ad indagare fatti di *maladministration* interni agli Stati membri, alcuni di essi hanno istituito mediatori nazionali propri; tuttavia, non solo non si riscontra la me-

190 Così G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, Giappichelli, 2012, 402.

191 M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 402 ss.: in Gran Bretagna ad esempio, all'indomani dall'introduzione della Citizen's Charter, il Governo si è fortemente attivato per rendere effettivo il contenuto del documento e per monitorarne la corretta implementazione.

192 Per un approfondimento sulla ricostruzione che segue, cfr. M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, cit., 8 ss.

193 A. NAPOLI, *La transazione e gli istituti conciliativi quali rimedi eliminatori dell'inefficienza*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO, cit., 174 ss.

194 Si veda M. P. CHITI, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 2, 303 ss.

195 Ex art. 228 TFUE, il Mediatore esamina i casi di cattiva amministrazione «*nell'azione delle istituzioni, degli organi o degli organismi dell'Unione, salvo la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali*».

desima tendenza in tutti i Paesi, ma anche laddove il mediatore interno sia stato istituito, quest'ultimo non coordina la propria attività con quella del Mediatore europeo. Data la centralità della figura nella lotta ai fenomeni di *maladministration*, potrebbe dunque rivelarsi assai utile l'istituzione di una rete di mediatori nazionali negli Stati membri che assorbano, nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle esperienze proprie di ogni realtà nazionale, le competenze degli esistenti mediatori, garantendo una più capillare ed effettiva tutela. L'utilità delle forme di tutela non giurisdizionali emerge soprattutto se si considera che le Corti, per l'eccessivo carico di lavoro, spesso mostrano tempi di risposta eccessivamente lunghi¹⁹⁶. Sarebbe dunque auspicabile un potenziamento di tali misure alla stregua di quanto avvenuto a livello europeo, dove la creazione di una «*amministrazione giustiziale dentro alla propria amministrazione*»¹⁹⁷ fa sì che la possibilità di adire la Corte di Giustizia sia spesso subordinata all'esperimento del rimedio interno, ossia al ricorso ad agenzie e *authorities* a composizione mista tecnico-giuridica, che adottano atti di natura amministrativa offrendo ai privati la possibilità di una revisione delle decisioni in tempi celeri e senza costi eccessivi. L'esempio offerto dall'Unione europea è stato seguito da alcuni Stati membri¹⁹⁸, ma non dall'Italia, in cui, a causa della «*visione antagonistica dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione*» che impedisce di cogliere «*la comune finalità di giustizia*»¹⁹⁹, manca ancora uno «*spazio di mezzo tra il procedimento e il processo che possa garantire al cittadino un canale efficiente, informale ed economico di tutela alternativo alla giurisdizione*»²⁰⁰.

196 Si veda B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 2, 423 ss.

197 *Ibidem*, 426.

198 In Francia ad esempio si sono ampliate le forme di tutela non giurisdizionali; la Germania ha predisposto un sistema di ricorsi amministrativi e autorità amministrative in ambito di gare pubbliche; nel Regno Unito si sono dotati dell'*Ombudsman*, degli *administrative tribunals* (che fino al 2007 erano dei corpi amministrativi specializzati e sono stati poi giurisdizionalizzati) e della *proportionate dispute resolution*.

199 Le citazioni sono di A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 3-4, 747.

200 B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, *cit.*, 447.

8.2. (a) La sovrabbondanza legislativa

In Italia, le leggi statali sono oltre 20.000, contro le 10.000 in Francia e 5000 in Germania; Titolo_ paragrafo a queste vanno aggiunte le leggi regionali, i regolamenti governativi e degli enti locali, gli atti normativi dell'autorità di regolazione dei mercati, quelli dell'Unione Europea²⁰¹. Al posto di una cornice normativa composta da poche, chiare leggi che sarebbe in grado di garantire la certezza del diritto e guidare i comportamenti dei consociati, il nostro Paese presenta un eccessivo numero di disposizioni normative, spesso anche scadenti sotto il profilo qualitativo in quanto frammentate ed eccessivamente tecniche²⁰². Ne derivano non solo maggiori costi in capo a cittadini e operatori economici – che, da un lato, sono tenuti ad adeguare la propria attività alle norme che si applicano loro e, dall'altra, muovendosi in quadro normativo incerto, si espongono al rischio di ulteriori esborsi in sede giudiziaria –, ma anche l'agevolazione di fenomeni distrattivi delle risorse pubbliche o di inefficace impiego delle stesse²⁰³.

Malgrado sia maturata nel corso del tempo la consapevolezza circa l'incessante proliferare delle norme e si sia tentato di porvi un freno, il problema non è mai stato davvero risolto. In proposito, è stato osservato che si è intervenuti sulla *complicazione* del sistema delle fonti, senza porre la dovuta attenzione al fenomeno, ben distinto, della sua *complessità*²⁰⁴. Il legislatore pare cioè vittima della convinzione che i problemi si risolvano intervenendo sulle norme

201 Cfr. M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 159 ss. Si vedano anche S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 1 ss. e G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 611 ss. che osservano come l'ipertrofia normativa sia in buona parte causata dal carattere democratico degli ordinamenti.

202 Si rinvia a M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 3, 985 ss.

203 Così G. CARLINO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021, Cerimonia di insediamento del Presidente della Corte dei conti*, 19 febbraio 2021, disponibile su www.corteconti.it, 6-7.

204 Cioè agendo nella direzione del miglioramento della tecnica legislativa, della delegificazione, del riordino della normativa di settore, dell'introduzione di automatismi taglia-leggi, dell'introduzione di strumenti per il ciclo della regolazione, del raccordo tra i centri di produzione normativa, della consultazione e informazione dei destinatari delle norme, come evidenziato da M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, *cit.*, 1018, cui si rinvia.

– aggiungendole, modificandole, talvolta sopprimendole –, mentre il ricorso massiccio allo strumento del decreto-legge dimostra come si tenda a ritenere migliore una politica che agisca in tempi serrati, annunciando gli interventi in forma di “manifesto”, piuttosto che dare importanza al dibattito pubblico che mira alla produzione di una buona legislazione²⁰⁵. In questo senso, sarebbe necessario sostituire la frenesia che porta all’incessante mutamento delle norme con la «lentezza del codificatore»,²⁰⁶ affinché siano create disposizioni armoniche, efficaci e che reggano la prova del tempo. È stata altresì suggerita la rifondazione del Dipartimento per gli affari giuridico-legislativi della Presidenza, che risulterebbe particolarmente utile per veicolare una «lingua unica» del Governo, nonché la costruzione di un Comitato per la codificazione e l’attivazione di un dialogo continuo con il Parlamento²⁰⁷.

Inoltre, a causa della sfiducia che nutre nei confronti dell’amministrazione, spesso il legislatore alimenta l’ipertrofia legislativa facendo ricorso a leggi altamente specifiche che riducano la discrezionalità di quest’ultima²⁰⁸ o emanando leggi auto-applicative²⁰⁹ aspirando a raggiungere una completa autosufficienza. Così facendo, però ci si dimentica da un lato «che il Parlamento non è adatto al disbrigo di compiti amministrativi»²¹⁰ e, dall’altro, perdendo in generalità e astrattezza a favore di previsioni di dettaglio, nel lungo periodo la legge perde

205 Si vedano Y. MENY, *La riforma amministrativa in Europa: possiamo ancora crederci?*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 27 ss. e B. G. MATTARELLA, *La riforma amministrativa: istruzioni per l’uso*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 253 ss.

206 L’espressione è di S. DE FELICE, *Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per il Recovery*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, approfondimenti Dottrina, 20 febbraio 2021.

207 Così G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 2, 145 ss.

208 Il riferimento è alle c.d. leggi-provvedimento, il cui grado di dettaglio diminuisce notevolmente la discrezionalità dell’amministrazione e all’emanazione di atti legislativi in spazi che dovrebbero essere destinati ai regolamenti e che modificano norme di rango secondario o intervengono sull’organizzazione degli uffici. In merito, cfr. L. CASINI, *Politica e amministrazione: “the Italian style”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 13 ss.

209 Si vedano S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 1 ss.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., 167 ss.; L. CASINI, *Politica e amministrazione: “the Italian style”*, cit., 18.

210 S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, cit., 2.

anche la capacità di guidare l'azione amministrativa²¹¹. Allo stesso tempo, la stessa amministrazione contribuisce alla riduzione della propria libertà d'azione dal momento che, intimorita dal fatto che il pieno esercizio della propria discrezionalità possa aumentare il rischio di controlli e sanzioni, essa chiede frequentemente copertura legislativa prima di adottare determinati provvedimenti. Ne deriva un inevitabile e profondo malessere dell'amministrazione – la cui essenza è la discrezionalità, non la meccanica applicazione di norme²¹² – che rende necessario disincentivare la promozione dell'atteggiamento fideistico da parte della p.a. nei confronti di leggi e regolamenti, nonché valorizzare una “buona discrezionalità” che, unita a ponderati meccanismi di responsabilizzazione, consenta sia di calibrare la decisione sul caso specifico, sia di curare al meglio il pubblico interesse.

8.3. (b) I problemi interni alla pubblica amministrazione

Se si guarda “nella pancia” dell'amministrazione, l'immagine che viene restituita è quella di una p.a. vecchia, indigente, senza ricambio né prospettive di carriera, tristemente caratterizzata dalla *path dependency*; una realtà, insomma irremovibile ed eterna, quasi al pari delle istituzioni religiose²¹³. Liberare l'amministrazione dai retaggi del passato viene ritenuto un compito «titanico», ragion per cui i tentativi di riforma sin ora effettuati hanno solo scalfito la superficie del granitico assetto amministrativo, limitandosi ad introdurre procedure di eccezione, ad approvare leggi di principio che rimandano i problemi ai decreti di applicazione, o ad ideare interventi modesti che hanno finito con il ren-

211 È quanto sostenuto da A. BATTAGLIA *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, disponibile su www.irpa.eu.

212 In merito alla limitazione della responsabilità nel contesto delle gare pubbliche, cfr. anche M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, *cit.* e ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 35 ss. Si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, 271, che osserva che «la legislazione [...] non è il mezzo per conferire forza di legge [...] a qualunque volontà»; a pensarla diversamente, si incorrerebbe infatti nell'«abuso di funzione legislativa».

213 Così Y. MENY, *La riforma amministrativa in Europa: possiamo ancora crederci?*, *cit.*; si vedano anche M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, *cit.*; L. CASINI, *Politica e amministrazione: “the Italian style”*, *cit.*

dere il sistema ancora più caotico²¹⁴. In più, la promozione delle autonomie ha determinato una notevole frammentarietà e differenziazione dell'amministrazione, oggi costituita da una «*costellazione di apparati variegata e multilivello*», i cui ambiti di competenza non sono sempre definiti in modo chiaro, e tra cui spesso mancano efficaci canali di comunicazione e raccordo²¹⁵. Ne consegue un'amministrazione spesso lenta, poco trasparente, irrigidita dalle tortuosità burocratiche e, in definitiva, poco vicina alle esigenze della collettività²¹⁶. Una possibile soluzione in tal senso, già segnalata in dottrina²¹⁷, potrebbe consistere nel portare a termine l'anagrafe degli enti pubblici, dal momento che una mappatura completa consentirebbe di eliminare le realtà amministrative ormai inutili o non più operative e sostituirle con uffici pubblici «*start-up*», che possano essere rapidamente attivati o chiusi in caso di raggiungimento o mancato raggiungimento del proprio scopo.

Un ulteriore problema scontato dall'amministrazione è l'assenza di personale dotato di preparazione adeguata. La conseguenza è che più che «fare», quest'ultima «*fa fare*»²¹⁸: la mancanza di corpi professionali propri fa sì, cioè, che essa debba collocare ai suoi margini organismi in funzione servente, rendendola completamente dipendente dall'esterno e determinandone, dunque, l'annichilimento. Tale tendenza potrebbe essere arginata se l'esternalizzazione avvenisse previa attenta predisposizione di linee di indirizzo politico, definendo i criteri dell'esternalizzazione affinché questi non si traducano in deleghe in bianco e prevedendo dei meccanismi di *disclosure* nei confronti dell'amministrazione dei risultati conseguiti²¹⁹. Si dovrebbe altresì puntare decisamente di più sulla

214 Si veda Y. MENY, *ibidem*.

215 M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., 169 ss. Si veda anche S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 2, 465 ss.

216 M. CLARICH, *ibidem*.

217 G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, cit.

218 S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., 7; ID., *Maladministration e rimedi*, cit.; B. G. MATTARELLA, *La riforma amministrativa: istruzioni per l'uso*, cit. Per un esempio concreto si rimanda a C. CLERICETTI, *Ancora licenziamo i dirigenti pubblici*, 6 marzo 2021, disponibile su <https://clericetti.blogautore.repubblica.it>.

219 È quanto suggerito anche A. AVERARDI *et al.*, *La pubblica amministrazione dinanzi ai nuovi interventi di sostegno all'economia: gestione diretta vs esternalizzazione*, disponibile su www.irpa.eu.

formazione dei funzionari pubblici – aumentando gli investimenti, distribuendo meglio le attività di formazione per quanto riguarda temi e categorie di dipendenti, migliorando la formazione iniziale e quella continua, elaborando piani formativi²²⁰ –, nonché sulla professionalizzazione dei soggetti preposti alla loro selezione e valutazione²²¹. I dipendenti pubblici andrebbero poi scelti in base al merito e in funzione delle esigenze delle amministrazioni, tenendo presente che «solo l'impiego di uomini competenti assicura la buona amministrazione, solo un'amministrazione tecnicamente competente è una buona amministrazione»²²². In tema, il metodo di reclutamento merita di essere ripensato: andrebbe ridisegnata la modalità di svolgimento dei concorsi per renderli davvero selettivi ed orientati al merito, esplicitati dei *framework* di competenze per i ruoli dirigenziali, prevista la presentazione di una lettera motivazionale o un programma delle azioni da compiere per l'accesso agli incarichi di vertice e potenziate le prospettive di carriera, così che sempre più frequentemente i capaci e meritevoli siano incentivati a guardare alla pubblica amministrazione come possibile destinazione professionale²²³.

Significativi progressi sono ancora da compiere anche sul fronte del procedimento. Non si può trascurare che «dopo oltre trent'anni di vigenza, la L. n. 241/1990 è rimasta in mezzo al guado»²²⁴: avendo fallito nell'evolversi in una disciplina organica e omnicomprensiva, il procedimento amministrativo rappresenta

220 Per ulteriori suggerimenti si veda D. AGUS *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. La pubblica amministrazione dispone di effettive leve di gestione del personale? Incentivi vs disincentivi*, disponibile su www.irpa.eu.

221 Così G. DELLA CANANEA *et al.*, *Gli appalti pubblici si semplificano in tre mosse*, 23 aprile 2021, disponibile su www.lavoce.info.

222 Queste le parole in F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 104. Cfr. anche G. DELLA CANANEA, *Tutti i rischi della stabilizzazione*, 27 novembre 2007, disponibile su www.lavoce.info.

223 Sui possibili interventi si rimanda a D. BEVILACQUA *et al.*, *Come può la pubblica amministrazione reclutare le migliori competenze? Le buone pratiche*, disponibile su www.irpa.eu; C. CARMOSINO *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. Lo stato dell'amministrazione: dati di partenza e chiavi interpretative*, disponibile su www.irpa.eu; M. BARBIERI, G. GIROSANTE *et al.* (a cura di), *Sistemi di selezione e valutazione dei dirigenti pubblici in Europa. Spunti per la riforma in Italia*, Milano, Egea, 2016.; L. CASINI, *Politica e amministrazione: "the Italian style"*, *cit.*, 35 ss.; D. AGUS *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo*, *cit.*

224 Si veda G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, *cit.*

spesso una «selva oscura», che finisce col disincentivare anche gli investimenti esteri²²⁵. Parimenti, la digitalizzazione nel nostro Paese è ancora ferma ad uno stadio embrionale e il Codice dell'amministrazione digitale non è ancora riuscito ad imporsi come modello ordinario di interazione tra cittadini e p.a.²²⁶

Per quanto concerne, poi, il rapporto politica-amministrazione, è noto che alla separazione tra dirigenza e politica sul piano teorico non sia seguita quella sul piano pratico, sicché si profila nella sostanza una netta sudditanza dell'amministrazione nei confronti della politica²²⁷. Sebbene i principi di strumentalità e imparzialità possano trovare differenti declinazioni e condurre a modelli organizzativi differenti²²⁸, al potere politico non dovrebbe mai essere concesso di esercitare sull'amministrazione un controllo tale che si «consumi il delitto perfetto», ossia che il primo decida senza assumersene la responsabilità giuridica²²⁹. Invece – a causa tanto del meccanismo dello *spoils system*²³⁰, quanto a di

225 *Ibidem*.

226 *Ibidem*; ID., *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, cit., che fa notare come la Francia abbia investito molto nella direzione della digitalizzazione; oggi è infatti tra i Paesi più avanzati nel processo di digitalizzazione pubblica ed è terza nelle classifiche internazionali sul tasso di trasparenza. Si veda anche A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Riv. AIC*, 2021, 1, 422 ss., che osserva che in Italia «fra le carte abbiamo pezzi di digitale: una specie di grande spezzatino».

227 La riforma del 1972 – con cui si riconosceva la dirigenza come *status* e ad essa si attribuiva non solo il potere di adottare decisioni vincolanti verso l'esterno, ma anche una forma di responsabilità diversa da quella politica – è rimasta sulla carta fino agli anni '90, quando ha iniziato a prendere piede l'idea della separazione tra *policy* e *management* ed è nata la responsabilità dirigenziale. La dirigenza tuttavia non è mai riuscita a trovare la propria identità, né ad esercitare il potere nelle modalità in cui le era stato riconosciuto sulla carta. Si rimanda a S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, disponibile su www.irpa.eu; ID., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2002, 12, 1341 ss.; ID., *La nuova sfida dei dirigenti pubblici*, in *Corriere della Sera-Opinioni*, 31 agosto 2016, disponibile su www.corriere.it; B. CIMINO, *La dirigenza pubblica tra privatizzazione e politicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 4, 1001 ss.; G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Variazioni su Temi del Diritto del Lavoro*, 2020, 1; ID., *La dirigenza pubblica in cerca d'identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 1, 155 ss.

228 È quanto affermato da S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, cit., dal momento che si tratta di principi e non di regole.

229 In questi termini F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, cit., 91; si veda anche A. BATTAGLIA, S. BATTINI et al., «Burocrazia difensiva»: cause, indicatori, rimedi, cit., 1299, che affermano che così «le decisioni corrono verso l'alto, cioè verso chi non può essere chiamato a rispondere delle opinioni espresse o dei voti dati nell'esercizio delle sue funzioni (art. 68 Cost.)».

230 Con sent. n. 103/2007, la Corte costituzionale ha sancito la illegittimità costituzionale dello *spoils system* *in tantum* perché contrastante con gli artt. 97 e 98 Cost., nonché con il principio di continuità dell'azione amministrativa; esso è comunque rimasto operativo con riferimento agli

quello delle nomine dell'alta dirigenza, spesso poco trasparente e volto ad assicurare nelle posizioni chiave personale in linea con gli obiettivi della maggioranza di governo —, ciò a cui si assiste è un rapporto politica-amministrazione del tutto squilibrato a sfavore della seconda, cosicché «*chi non sa, decide e chi sa, invece, non conta*»²³¹. Paradossalmente però, Governo e Parlamento sono soliti guardare alla burocrazia come causa di malfunzionamenti amministrativi, additandola come «*il regno del bizantinismo, delle complicazioni, della corruzione*», scaricando così «*agli occhi dell'opinione pubblica, tutte le colpe ad una impersonale "burocrazia"*»²³². Al fine di assicurare l'indipendenza dell'amministrazione dalla politica, bisognerebbe riconoscere che il nesso fiduciario appare giustificato solo per le funzioni amministrative di ausilio al Governo e non anche per quelle di gestione vera e propria, che dovrebbero svolgersi all'insegna della autonomia organizzativa ed ispirarsi al principio di imparzialità che, per definizione, è opposto a quello sottostante l'attività politica. In proposito, è stato suggerito che il perno della separazione tra politica e amministrazione potrebbe ruotare sul principio di responsabilità e, dunque, sul sistema dei controlli, individuando «*una figura di garanzia dell'agire amministrativo e della leale cooperazione*» che possa «*interpretare in modo nuovo il sistema relazionale tra politica e amministrazione, perseguendo l'obiettivo generale di efficientamento del sistema*»²³³.

A proposito del sistema delle nomine, la selezione avviene per lo più sulla base dell'anzianità, delle aspettative, della vicinanza politica e, di fatto, tra operazioni di contenimento della spesa e blocco pluriennale delle assunzioni, forti sono i limiti al ricambio generazionale. Ne consegue l'inevitabile sacrificio

incarichi di vertice, le cui nomine sono basate ancora su un rapporto fiduciario.

231 Così S. DE FELICE, *Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per il Recovery*, cit.; si veda anche F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, cit., 93 che afferma che «*gli organi ad investitura politica senza garanzia di competenza (e nei fatti in larga parte "occupati" da persone prive di competenze tecniche 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 dilettantismo e dunque ad una diffusa inefficienza*».

232 Queste le parole di S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., 1.

233 È quanto suggerito da A. BLASINI et al., *I responsabili dell'efficienza nella pubblica amministrazione: politica vs burocrazia*, disponibile su www.irpa.eu.

della valorizzazione dei risultati raggiunti²³⁴. Il diritto amministrativo dell'efficienza, sviluppatosi a partire dagli anni '90 del secolo scorso, non ha ancora attecchito ed è per molti profili rimasto sulla carta; se, da un lato, proliferano le norme che ascrivono la responsabilità in caso di violazione di regole di condotta, lo stesso non può dirsi, dall'altro lato, in caso di violazione di obblighi di risultato. Si può dunque affermare che l'amministrazione difensiva non sia causata esclusivamente dall'eccesso di responsabilità e sanzioni, ma anche da un difetto delle stesse: vi è sostanzialmente «*un differenziale di sviluppo [...] fra il diritto amministrativo della legalità e il diritto amministrativo dell'efficienza, che crea un assetto sbilanciato degli incentivi*», tale per cui «*il funzionario teme i controlli di legalità, mentre i controlli di efficienza non destano alcuna preoccupazione*»: ne deriva che «*l'amministrazione difensiva è favorita tanto dal primo timore quanto dall'assenza del secondo timore*»²³⁵. Sebbene, poi, il d.lgs. n. 150 del 2009 preveda la presenza nell'ordinamento di un sistema di valutazione della *performance*²³⁶, quest'ultimo è frequentemente percepito come un adempimento solo formale, dal momento che la politica individua obiettivi spesso generici se non ovvi, e che i premi legati alla *performance*, quando riconosciuti, lo sono in modo indiscriminato²³⁷. Inoltre, in caso di mancata adozione degli atti necessari per compiere la misurazione-valutazione, nessuna responsabilità sorge in capo all'organo politico; le conseguenze si riversano, piuttosto, sui pubblici dirigenti, che non essendo stati valutati nei risultati raggiunti non ricevono alcun premio, nemmeno se meritevoli²³⁸. È pertanto necessario prendere atto della «*perdurante disarmonia tra politiche di pena e di gratificazioni*»²³⁹ e prevedere premialità, economiche e non, tanto a fronte dell'assunzione

234 In questi termini L. CASINI, *Politica e amministrazione: "the Italian style"*, cit., 26 ss.

235 Così S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 317, che sottolineano come i dirigenti rimossi per risultati negativi della gestione in più di vent'anni «*si contano sulle dita di una sola mano*».

236 Cfr. artt. 8 e 11.

237 Si veda F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, cit., 99 ss.

238 *Ibidem*.

239 Così M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, cit., 639; si vedano anche D. AGUS *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo*, cit., e A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 54 ss.

di scelte rischiose, quanto del raggiungimento di risultati, guardando non solo ai profili quantitativi ma anche e soprattutto a quelli qualitativi dell'azione amministrativa. Bisognerebbe altresì rivitalizzare la responsabilità dirigenziale, la quale nella prassi è spesso banalizzata o assimilata ad altre forme di responsabilità: non rispondendo il dirigente dei risultati negativi della gestione, bensì di comportamenti adottati in violazione di regole, viene così contraddetto lo spirito stesso della responsabilizzazione²⁴⁰.

Agli interventi sin qui suggeriti andrebbe certamente il merito di conferire maggiore prestigio sociale alla burocrazia, contribuendo a restituire ai cittadini l'immagine di un'amministrazione al servizio del Paese e riducendo i dubbi circa la sua efficienza e trasparenza²⁴¹, al pari di quanto avviene – ad esempio – in Francia, Germania o Inghilterra, paesi caratterizzati dalla presenza di un corpo di funzionari altamente qualificato, garantito nelle modalità di accesso agli impieghi pubblici, formato in apposite scuole e selezionato in base al merito²⁴².

8.4. (c) Il mercato assicurativo a copertura del rischio percepito

Uno dei fattori che maggiormente consente di riconoscere l'esistenza del fenomeno dell'amministrazione difensiva e su cui sarebbe opportuno intervenire per ridurla, è rappresentato dall'andamento del mercato assicurativo a copertura del rischio percepito²⁴³. La privatizzazione del rapporto di lavoro e la centralità assunta dalla figura del dirigente hanno imposto nuove riflessioni anche in merito all'ammissibilità di una copertura assicurativa per i danni commessi

240 Cfr. S. BATTINI, *La disciplina del lavoro pubblico tra crisi del modello privatistico e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 187 ss.; R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2, 309 ss.

241 Si veda F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 1 ss.

242 Cfr. C. SARTORETTI, *Il contrasto alla corruzione "amministrativa": riflessioni sul modello francese*, in *DPCE Online*, 2019, 1, 561 ss.

243 S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 294 ss. oltre all'evidenza fornita dall'esistenza di un florido mercato assicurativo, la prova dell'esistenza della burocrazia difensiva è fornita anche, nell'ambito delle gare pubbliche, dai c.d. tempi di attraversamento intercorrenti fra l'avvio del primo livello di progettazione di un'opera pubblica e l'affidamento della sua realizzazione. In proposito, M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 35 ss.

nell'esercizio delle pubbliche funzioni²⁴⁴. Se con riferimento alla possibilità da parte dell'amministrazione di stipulare polizze assicurative per la responsabilità civile verso terzi a favore dei propri dipendenti non si sono mai posti particolari problemi²⁴⁵, discorso diverso va fatto a proposito delle polizze a garanzia della responsabilità amministrativo-contabile. Infatti, oltre al danno patrimoniale patito dalla p.a. per la sopportazione dei costi del premio, la copertura assicurativa della responsabilità amministrativo-contabile a spese dell'ente pubblico di appartenenza pone i problemi dal punto di vista della deresponsabilizzazione della classe dirigente, che riceverebbe tutela gratuita a fronte di scelte illegittime o irragionevoli. Pertanto, ferma restando *ex art.* 1900 cod. civ. l'impossibilità di assicurare le condotte dolose, il legislatore, all'art. 3, co. 59 della legge n. 244 del 2007, ha espressamente previsto la nullità di ogni contratto assicurativo stipulato dall'ente pubblico a beneficio dei propri amministratori²⁴⁶ e ha stabilito il termine del 30 giugno 2008 per la cessazione di efficacia di eventuali prodotti assicurativi già sottoscritti in violazione del divieto; ha poi disposto, in caso di inosservanza della norma, l'obbligo di rimborsare a titolo di danno erariale una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto stesso²⁴⁷; fermo restando tale divieto, l'ente pubblico potrà comunque

244 Si veda L. TRUCCHIA, *La copertura assicurativa della responsabilità a carattere professionale dei dirigenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 2, 371 ss.

245 La regola della solidarietà è infatti stabilita dall'art. 28 Cost.

246 È stato chiarito che il riferimento a «*propri amministratori*» nel testo della norma non impedisce di ritenere applicabile la disposizione a tutti i pubblici dipendenti o, in ogni caso, a chiunque sia legato all'amministrazione da un rapporto di servizio: cfr. Corte conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 27 gennaio 2009, n. 3/PAR.

247 In realtà, anche prima del 2008 la dottrina maggioritaria negava la possibilità di estendere la copertura assicurativa per responsabilità amministrativo-contabile (non per quella civile) di amministratori e dipendenti pubblici ai danni arrecati alle pubbliche finanze, ritenendo che ciò urtasse con la personalità della responsabilità amministrativa. Si sosteneva che si sarebbe snaturata la funzione repressivo-sanzionatoria che, unitamente a quella risarcitoria, connota l'illecito amministrativo-contabile. Se, poi, il contratto di assicurazione fosse stato stipulato a spese dell'ente, alla nullità del contratto si sarebbe aggiunta la distrazione illecita di pubbliche risorse, dal momento che l'ente creditore verso il funzionario avrebbe dovuto accollarsi il pagamento del premio, diventando sostanzialmente creditore di sé stesso. Si rimanda a V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: contabilità, pensioni, controlli, cit.*, 434 ss.; I. CACCIAVILLANI, *Note minime sulla liceità della polizza assicurativa dei funzionari per il danno erariale*, in *Foro amm.*, 1998, 9, 2615 ss.; S. LANDINI, *Danno erariale, responsabilità sanitaria e assicurazioni*, in *Diritto e Salute*, 2020, 1, disponibile su www.dirittoesalute.org. In tale senso si era già espressa anche la giurisprudenza contabile

assicurarsi corrispondendo il relativo premio contro i rischi rientranti nella propria sfera.

Maggiori perplessità suscita invece il tema della responsabilità dell'amministrazione nell'ipotesi di danno cagionato dal dipendente con colpa lieve. Della colpa lieve del funzionario risponde infatti la sola amministrazione: a quest'ultima, che pur subendo un danno patrimoniale non può esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del dipendente (che, fatto salvo il regime transitorio introdotto dall'art. 21 del d.l. n. 76/2020, risponde solo in caso di dolo o colpa grave), sembra possibile riconoscere la possibilità di stipulare una polizza assicurativa²⁴⁸. Si può inoltre ritenere plausibile la stipula, da un lato, di un'assicurazione contro i danni commessi dal dipendente anche con dolo e colpa grave (con conseguente azione di rivalsa) all'assicuratore che abbia indennizzato la p.a. *ex art.* 1914 cod. civ. e, dall'altro, quella che copra l'eventuale infruttuosità dell'azione di rivalsa. In entrambi i casi, infatti, l'ente pubblico non si dota di un contratto assicurativo a copertura della responsabilità amministrativo-contabile del proprio dipendente, bensì di una polizza contro i danni che possono essere causati al proprio patrimonio²⁴⁹.

Per quanto riguarda la possibilità – non espressamente affrontata dalla norma – che il dipendente stipuli in proprio il contratto di assicurazione, la giurisprudenza si è da subito mostrata incline a riconoscere tale possibilità anche alla luce del fatto che, garantendo l'assicuratore una solvibilità maggiore rispet-

(Corte conti, sez. riun., 5 aprile 1991, n. 707/A) secondo cui l'assicurazione non si può trasformare «in un più favorevole trattamento economico per gli amministratori, ma in una legittima responsabile cautela adottata nell'interesse stesso dell'ente stipulante, a copertura dell'alea che sul medesimo sarebbe gravata qualora detti soggetti, nell'esercizio dell'attività istituzionale, avessero subito dei danni che l'ente medesimo avrebbe dovuto risarcire» e che «la copertura assicurativa, implicando una spesa pubblica, deve corrispondere adeguatamente allo scopo di salvaguardare soltanto la responsabilità civile incombente sulla struttura organizzativa pubblica, riguardata come mandante, con esclusione, cioè, di qualsiasi aggravio che deriva dall'assicurare anche altre evenienze dannose, le quali, non connesse all'espletamento del mandato, debbono restare a carico delle persone fisiche degli amministratori»; nello stesso senso, ID., sez. giur. Lazio, 12 febbraio 1997, n. 12; ID., sez. giur. Friuli Venezia Giulia, 19 ottobre 2000, n. 489/EL; ID., sez. giur. Lombardia, 10 maggio 2002, n. 942; ID., sez. giur. Sicilia, 25 ottobre 2006, n. 3054; ID., sez. giur. Emilia-Romagna, 7 luglio 2011, n. 319.

248 Corte conti, sez. contr. Molise, 14 ottobre 2008, n. 34.

249 S. LANDINI, *Il problema dell'assicurabilità del danno erariale*, in *Assicurazioni*, 2009, 4, 455 ss.

to a quella del dipendente, potrebbe essere in tal modo assicurato il pieno recupero delle somme oggetto di condanna, che oggi si assesta solo intorno al 12% del totale²⁵⁰. Proliferano così nel nostro ordinamento le compagnie assicurative che offrono a funzionari e dipendenti pubblici la possibilità di sottoscrivere polizze a copertura della responsabilità erariale, i cui contratti meriterebbero però di essere ripensati per potersi dire davvero efficaci contro la burocrazia difensiva. Per prima cosa, infatti, se si dà uno sguardo alle statistiche si nota che il prezzo medio dei premi pagati è pari a circa 300 € all'anno; tuttavia, in caso di incarichi di maggiore responsabilità, i premi possono raggiungere tetti più che doppi rispetto al valore mediano, con conseguenti massimali e periodi di retroattività maggiori. Inoltre, sebbene negli ultimi anni ci sia stata una crescita del prodotto offerto, a fronte di un aumento dei prezzi per i premi più alti, si è verificato un crollo delle polizze con valori di massimale maggiori, a dimostrazione del peggioramento dei rischi percepiti nel mercato. Non essendovi alcuna obbligatorietà di sottoscrivere le polizze però, molti sono anche i dipendenti pubblici che scelgono di rimanere privi di copertura assicurativa, vuoi perché non disposti a pagare il premio “di tasca propria”, vuoi per ragioni culturali. In più, i massimali sono spesso troppo esigui per garantire un'adeguata copertura a fronte di processi complessi e onerosi e i prodotti assicurativi sono quasi impossibili da reperire sul mercato per coloro che abbiano proprio carico precedenti sinistri segnalati. Non è poi spesso chiaro se le polizze offrano copertura anche per le spese legali relative alla difesa nel giudizio contabile, nonché nel giudizio penale o civile che siano stati il presupposto di quello contabile; infine, l'omogeneità dei premi su tutto il territorio nazionale dimostrerebbe come il mercato non sia ancora sufficientemente sviluppato per prezzare adeguatamente il rischio²⁵¹.

250 Corte conti, sez. contr. Molise, 14 ottobre 2008, n. 34, *cit.* Si veda V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: contabilità, pensioni, controlli*, *cit.*

251 Si vedano S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, *cit.*, specialmente da 301 a 303 e A. BATTAGLIA *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo*, *cit.*

In generale, mostrando il proprio disfavore verso la stipula di polizze assicurative che proteggano dalla responsabilità erariale, il nostro sistema pare svilire la funzione risarcitoria della responsabilità a favore di quella sanzionatoria. Ciò emerge con evidenza sia guardando alle società private – dove si stipulano polizze contro la responsabilità civile di consigli di amministrazione, sindaci e dirigenti per violazione di norme di legge, di regolamenti, dello statuto o per la cattiva gestione anche a danno della società stessa –, sia a ciò che accade negli altri ordinamenti, dove non si riscontrano i medesimi divieti²⁵². Al fine di rendere il mercato assicurativo per danno erariale più efficiente, si potrebbe iniziare a riflettere non solo sulle differenze, ma anche sulla potenzialità di una equilibrata coesistenza tra sistemi assicurativi in cui l'assicurato non è tenuto a pagare con sistemi di solidarietà collettiva, basati sulla mutualizzazione dei rischi²⁵³; si potrebbero altresì adottare modelli organizzativi che riducano le occasioni di danno e che siano essi stessi condizione di assicurabilità²⁵⁴. Prioritario sarebbe, tuttavia, prendere definitivamente atto del fatto che la primaria finalità della responsabilità amministrativo-contabile non è sanzionatoria, bensì risarcitoria e, fermo restando il divieto sancito dalla Legge Finanziaria 2008, si potrebbe consentire agli enti pubblici di negoziare con le imprese assicuratrici contratti per i propri dipendenti con condizioni più favorevoli rispetto a quelle oggi previste: da tali operazioni uscirebbe certamente rinvigorita la funzione re-

252 Si pensi a quanto accade in Francia, dove la responsabilità è limitata a condotte intenzionali o gravemente colpose, per le quali in ogni caso risponde l'ente di appartenenza e la cui azione di rivalsa raramente è esercitata.

253 Cfr. L. TRUCCHIA, *La copertura assicurativa della responsabilità a carattere professionale dei dirigenti pubblici*, cit., 390, che in proposito osserva che si potrebbe trarre spunto dall'esperienza francese, comune tra l'altro a quella americana e a molti altri paesi industrializzati, dove un ruolo centrale è stato assunto dalle *mutuelles d'assurance* e in particolare dalle *mutuelles d'assurance des fonctionnaires*, nell'ambito delle quali gli elementi caratteristici dell'assicurazione convivono con una logica mutualistica e con la possibilità di variare l'ammontare dei premi adattandoli *ex post* sulla base dei sinistri verificatisi, chiedendo un supplemento di quota o reinvestendo una parte dei premi riscossi a seconda dei casi.

254 È quanto suggerito da S. LANDINI, *Il problema dell'assicurabilità del danno erariale*, cit., che ricorda quanto avviene in molte clausole delle assicurazioni contro il furto, in cui l'adozione di determinate condizioni di sicurezza è essenziale al fine di ottenere l'indennizzo.

cuperatoria, mentre quella repressiva potrebbe essere valorizzata mediante altri strumenti, quali la responsabilità disciplinare e penale.

8.5. (d) Le inefficienze della funzione di controllo della Corte dei conti

La Corte, sommando su di sé sia una funzione consultiva, sia una giurisdizionale, sia una di controllo, rappresenta un efficace strumento a presidio della legalità, la cui centralità emerge con massima forza soprattutto nei sistemi caratterizzati da inefficienze nell'ambito politico e burocratico, in cui le si domanda maggiore severità e un allargamento della platea dei soggetti controllati²⁵⁵. Naturalmente, affinché possa adempiere al suo ruolo, è necessario che tutte le sue attività si svolgano correttamente e che la sinergia tra esse sia ottimale.

Innanzitutto, è opportuno osservare come lo sforzo compiuto verso la riorganizzazione territoriale della giustizia contabile non abbia prodotto i risultati sperati. L'obiettivo è stato compromesso²⁵⁶, in primo luogo, da fattori ambientali, quali la scarsa trasparenza dell'ambiente amministrativo e dei processi decisionali da sottoporre a controllo; in secondo luogo, vi sono problematici aspetti di natura procedurale inerenti le modalità di attivazione della giustizia contabile, quale la previsione – in molti casi – che siano gli stessi soggetti controllati a doversi auto-denunciare; in terzo luogo, si è riscontrata una resistenza da parte delle amministrazioni locali, che vedono l'intervento dei magistrati contabili e del loro “braccio esecutivo”, ossia la Guardia di Finanza, come un ostacolo alla realizzazione di una completa autonomia e libertà gestionale, talora intesa in modo distorto come l'assenza di vincoli e di controlli esterni; infine l'insuccesso dei sistemi di controllo è stato dovuto alla scarsa credibilità degli stessi, generata dalla oggettiva difficoltà di recuperare le somme dovute a titolo di risarcimento del danno erariale. Non si è, poi, mancato di considerare che in

255 Si vedano M. NUNZIATA, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: una problematica sinergia*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 457 ss. e G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2017, 13, 1 ss.

256 La ricostruzione che segue è opera di M. S. RIGHETTINI, *Decentramento e legalità. L'efficacia della magistratura contabile dopo la regionalizzazione della corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 2, 407 ss.

un sistema come quello italiano – in cui dilagano i fenomeni di corruzione e cattiva amministrazione – il decentramento rischia, all'opposto delle ragioni per cui è stato introdotto, di ridurre ulteriormente il livello di trasparenza e di efficacia nei processi di allocazione delle risorse.

Inoltre, si è rilevato come la Corte dei conti sia caratterizzata contemporaneamente da «*troppi e nessun controllo*»²⁵⁷. Infatti pur essendosi – da un lato – moltiplicate le sedi di controllo per effetto della riorganizzazione territoriale e – dall'altro lato – aggiunta e sovrapposta all'attività della Corte quella dell'Anac, sono stati trascurati quei controlli ritenuti realmente utili, ossia quelli di risultato e di qualità, ancor più rilevanti alla luce della trasformazione della Corte in un organo a servizio dello Stato-comunità e che tutela il buon andamento della pubblica amministrazione²⁵⁸; l'introduzione di tali controlli consentirebbe pertanto alla Corte dei conti non solo di monitorare con maggiore attenzione la gestione delle pubbliche risorse e ridurre complessivamente i costi dell'attività amministrativa, ma anche di assolvere compiutamente al compito che oggi è domandato ai giudici contabili²⁵⁹.

Infine, se la compenetrazione tra funzioni di controllo e giurisdizione da un lato rafforza la tutela contro la *maladministration*, dall'altro intensifica l'attività ispettivo-sanzionatoria, alimentando i timori dei funzionari di incorrere in responsabilità e, dunque, gli atteggiamenti difensivi²⁶⁰. A questo proposito, è stato osservato che se gli altri strumenti di filtro, responsabilizzazione e controllo funzionassero, così come sul piano del controllo si è superata la verifica meramente formale sulla gestione e sulla finanza, su quello giurisdizionale si potrebbero limitare le ipotesi di responsabilità ai soli danni patrimoniali, senza che quest'ultimo debba farsi carico anche di un sindacato sulla corretta cura

257 S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 353 ss.; cfr. ID., *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit.

258 È quanto riconosciuto anche dalla Consulta: cfr. Corte cost., sentt. nn. 29/1995 e 267/2006.

259 Si veda anche Cfr. Intervista al Presidente Calamaro, *La Corte dei Conti nei giorni dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020, 21, 1 ss.

260 Cfr. M. NUNZIATA, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: una problematica sinergia*, cit., 478, definisce l'attività di controllo come un «*moltiplicatore di responsabilità*».

dell'interesse pubblico, per altro estraneo alla funzione originaria della Corte²⁶¹; ne sarebbe prova il fatto che negli ordinamenti che hanno predisposto presidi efficaci contro la *maladministration* non si è affatto avvertita l'esigenza di istituire un organo come la Corte dei conti²⁶².

Il primo passo per riportare la Corte al suo ruolo di garante della legalità dell'azione amministrativa potrebbe essere quello di meglio definire i confini dell'attività di controllo, anche alla luce del fondamentale ruolo di «fabbrica[trice] degli indirizzi amministrativi»²⁶³ che tale funzione dovrebbe assolvere. In questo senso, è stato evidenziato che il tema dell'esonero dalla responsabilità a fronte di condotte che siano state positivamente valutate in sede di controllo andrebbe più attentamente disciplinato²⁶⁴; allo stesso tempo, la ridefinizione dell'ambito del controllo preventivo e l'eliminazione delle storture nell'applicazione delle relative esimenti, se accompagnate ad una rinnovata attenzione alla tempestività dell'attività di controllo, potrebbe condurre ad un importante ridimensionamento del fenomeno della burocrazia difensiva²⁶⁵. Bisognerebbe altresì intensificare le sinergie sia tra sezioni di controllo regionali e centrali, sia di queste con l'OLAF, l'EPPO e i p.m. dei Paesi europei in cui operano organi di controllo che svolgono anche funzioni giurisdizionali²⁶⁶. Per concludere, andrebbe valorizzato il ruolo di interprete ricoperto dalla Corte, la quale, stante l'obsolescenza normativa che caratterizza il nostro Paese, ha il potere attualizzare il signifi-

261 F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, cit., 685.

262 M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, cit., 236.

263 Così V. TENORE, *Le funzioni di controllo "indirizzante" della Corte dei conti nell'ordinamento costituzionale*, in V. TENORE, A. NAPOLI (a cura di), *Studio sui controlli affidati dalla costituzione alla corte dei conti*, Napoli, ESI, 2020, 8 ss. Nel senso della necessità di un riordino delle attribuzioni di controllo, G. DELLA CANANEA, *Verso un codice dei controlli?*, in *Riv. Corte conti*, 2017, 1-2, 723 ss.

264 Così M. NUNZIATA, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: una problematica sinergia*, cit., 478.

265 Si veda quanto suggerito da A. BLASINI *et al.*, *I responsabili dell'efficienza nella pubblica amministrazione: politica vs burocrazia*, cit.

266 Così A. CANALE, *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, cit. e P. RUSSO, *Sinergie tra la Corte dei conti europea e l'OLAF*, 12 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it.

cato delle disposizioni di legge senza alterarle, conferendo loro un significato costituzionalmente conforme e più in linea con l'evoluzione sociale²⁶⁷.

9. La corsa a ostacoli verso la semplificazione

Come più volte ribadito, malgrado il nome che porta, il d.l. n. 76 del 2020 sembra dare un contributo opposto alla semplificazione, termine che significa «*facere sine pligā*», ossia rendere scorrevole ciò che è tortuoso, ma senza alterare la sostanza e la natura dell'oggetto dell'intervento²⁶⁸. L'esigenza di semplificazione è da sempre avvertita in tutti i Paesi democratici²⁶⁹, e generalmente riconosciuta come una attività estremamente complicata²⁷⁰, dovendo essa coniugare una pluralità di interessi meritevoli di tutela, potendo investire tanto il settore normativo quanto quello amministrativo²⁷¹ e intervenendo sia sul profilo organizzativo, sia su quello funzionale dell'amministrazione. In Italia, però, a causa della lunghezza dei procedimenti, della frammentazione amministrativa, della pervasività dei controlli, della sovrabbondanza normativa, della confusione dei ruoli tra personale politico e amministrativo e della compenetrazione tra interessi pubblici e privati²⁷², i tentativi di semplificazione si sono sempre arrestati ad una «*generica esigenza di semplificazione*»²⁷³, che ha posto l'attenzione più sul

267 Si rimanda a G. VILLANACCI, *Le insidie del neocontestualismo nella rinnovata funzione di controllo della Corte dei conti*, cit.

268 Cfr. M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 9, 3041 ss.

269 Cfr. S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 265 ss.

270 Si rinvia a E. CASSETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 336 ss.; A. CHIRICO, *Come semplificare un paese da mille e una norma*, in *Il Foglio*, 28 luglio 2020; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 662 ss.

271 Per amor di precisione, occorre chiarire che la semplificazione normativa – che, con operazioni di riordino, codificazione e delegificazione mira a risolvere l'inesauribile fame di nome – si riscontra più o meno in tutti i Paesi europei, mentre quella amministrativa – cioè la revisione organica dell'assetto dei poteri amministrativi – dipende dai modelli di semplificazione amministrativa adottati che variano a seconda della rilevanza che assume il procedimento amministrativo nel singolo ordinamento. Sul punto si veda V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2000, 3-4, 617 ss.

272 Queste e altre cause in G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, cit., 655 ss.

273 Così S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 669 ss.

riordino organizzativo che sul ridisegnare i procedimenti²⁷⁴. Il rilievo accordato alla semplicità e gli sforzi compiuti per ottenerla si sono spesso dimostrati in contraddizione, risolvendosi in una semplificazione «più apparente che reale»²⁷⁵, che comporta ulteriori costi per le amministrazioni e logora il rapporto dei consociati con il potere pubblico²⁷⁶. Inoltre, la diffusa convinzione che semplificazione sia sinonimo di efficienza comporta che sia sottratto tempo ad un'attenta valutazione della realtà e dei bisogni dell'amministrazione, dal momento che la complessità dell'azione amministrativa spesso stride con le prerogative di celerità e sommarietà che l'efficienza impone²⁷⁷. A ciò si aggiunge il rilievo che non sempre la semplificazione si rivela lo strumento idoneo a combattere la corruzione – che a volte viene, anzi, da essa alimentata – e che non sempre un paese ad alto tasso di corruzione è indietro nella via della semplificazione, e viceversa²⁷⁸. È stato infatti rilevato come molti interventi legislativi volti a combattere la corruzione abbiano in realtà determinato un irrigidimento dei processi decisionali: la moltitudine di procedure, controlli e oneri da soddisfare ha così finito con l'imbrigliare l'amministrazione nel monitoraggio di sé stessa, a discapito della flessibilità e della differenziazione, essenziali per fare fronte alla molteplicità di situazioni che la realtà presenta²⁷⁹.

274 A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.*, 2016, 5, 5362 ss., che afferma che anche laddove si sono toccati i procedimenti si è erroneamente pensato che la riforma di questi ultimi avrebbe portato a una riforma anche degli apparati amministrativi.

275 In questi termini R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, 323 ss.

276 Gli interventi di semplificazione sono stati spesso determinati dall'assenza di sistematicità e coordinamento; molti strumenti di semplificazione sono stati oggetto di continue modifiche che hanno contribuito ad esasperare l'instabilità della regolamentazione, mentre altri sono rimasti lettera morta; in più, spesso la semplificazione viene attuata ricorrendo a deroghe ed eccezioni che però, essendo o specifiche o ad efficacia provvisoria, non risolvono il problema della complessità amministrativa alla radice. Si rinvia a M. BENEDETTI *et al.*, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? Vincoli vs opportunità*, disponibile su www.irpa.eu.

277 D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2018, 18, 1 ss.

278 F. COSTANTINO, *Semplificazione lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 623 ss.

279 Si veda M. DELSIGNORE, M. ROMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, *cit.*, 70-71.

Alla luce di tali considerazioni, si potrebbe affermare che la semplificazione sia una tecnica «*che documenta, in ultima analisi, una crisi, piuttosto che la sua soluzione*»²⁸⁰ e che dimostra l'incapacità di ricorrere agli strumenti che potrebbero davvero migliorare la *performance* dell'amministrazione. Occorrerebbe, pertanto, prendere atto che la semplificazione non debba fare riferimento solo alla riduzione della complicazione, ma anche soprattutto alla comprensione e alla corretta gestione della complessità, avendo consapevolezza che quest'ultima sia un aspetto ineliminabile e connaturato all'ordinamento, che emerge quando un fenomeno viene osservato da più punti di vista e con logiche diverse²⁸¹; è necessario altresì adottare un approccio sistemico, che tenga conto che l'introduzione, la modifica o l'eliminazione di una fonte determina il mutamento dell'evoluzione di un intero sistema²⁸². La semplificazione richiederebbe perciò un impegno «*focalizzato e perdurante nel tempo*», non «*spendibile nella perenne campagna elettorale in cui viviamo*»²⁸³, il quale necessiterebbe, tra l'altro, di una apposita e stabile struttura dedicata che, grazie al carattere istituzionale e *super partes*, assicuri un percorso permanente e sistematico di semplificazione normativa. Potrebbe in questo senso risultare utile, al pari di quanto avvenuto negli Stati Uniti, in Gran Bretagna e in Francia, monitorare i processi volti ad incidere sulle norme fin dal momento del loro concepimento, per compararne i costi e i benefici e valutare, laddove possibile, strumenti alternativi per raggiungere i medesimi obiettivi²⁸⁴.

Gli articoli 21 e 23 del d.l. n. 76/2020 rappresentano solo una delle più recenti dimostrazioni della difficoltà (per non dire della pigrizia) del legislatore a prendere coscienza della necessità di ripensare il suo approccio alla semplificazione, spesso invocata come *slogan*, ma raramente realmente perseguita o rag-

280 A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit.

281 M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, cit., 1035 e ss.

282 *Ibidem*.

283 Queste le parole in M. BENEDETTI et al., *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione?*, cit.

284 Per un approfondimento, si rinvia a M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit.

giunta. Come si è avuto modo di illustrare nelle pagine precedenti, infatti, l'unica semplificazione riscontrabile negli artt. 21 e 23 è quella relativa ai problemi che dette disposizioni si propongono di risolvere. Pertanto, le scelte del legislatore si sono rivelate – ancora una volta, direbbe la dottrina che dagli anni '90 evidenzia il deludente esito di molte delle politiche di semplificazione – più che semplificatrici, semplicistiche: ne consegue il confezionamento di due norme che, piuttosto che semplificare, complicano.

10. Osservazioni conclusive

Si può guardare alla pandemia come ad una «stagione del tempo sospeso»²⁸⁵, che ripropone i problemi mai risolti del passato presentandone al contempo di nuovi, così culminando in «un mondo di serpenti, cioè di creature velenose che si divorano a vicenda e che esistendo impediscono, per il loro stesso fatto di esistere, che si possa procedere a un radicale risanamento»²⁸⁶ dell'ordinamento, quantomeno fin tanto che non vengano in soccorso un Parlamento funzionante e un Governo che non perda di vista le esigenze di buon andamento e imparzialità. Le riforme e i tentativi di semplificazione che hanno interessato l'Italia soprattutto a partire dalla metà del secolo scorso, o hanno fallito nel fare i conti con le reali cause dei malfunzionamenti amministrativi – individuabili nell'eccessiva e caotica produzione normativa, nell'inefficienza del sistema dei controlli, nell'incapacità dell'amministrazione di rinnovarsi, della sua eccessiva dipendenza dall'organo politico, dell'inadeguata formazione e selezione dei dipendenti e nella presenza di un mercato assicurativo inadatto a prezzare adeguatamente il rischio –, oppure hanno contribuito ad esacerbarli; la crisi del sistema amministrativo e quella del sistema Paese si sono così reciprocamente nutrite, in una spirale diabolica che genera crisi su tutti i livelli. L'emergenza sanitaria, dal canto suo, non ha fatto che peggiorare la situazione: da un lato, ha legittimato preoccupanti ed ampie

285 A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, disponibile su www.irpa.eu.

286 M. S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici e la costituzione*, in G. AMATO et al., *Attualità e situazione della costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, 104.

deroghe al principio di legalità, alla gerarchia delle fonti, ai diritti fondamentali²⁸⁷ e, dall'altro, ha reso ancora più evidenti le esigenze di riforma della burocrazia, degli ordinamenti giudiziari e del metodo di semplificazione normativa ed amministrativa.

Gli interventi del Titolo II, Capo IV del decreto-legge n. 70 del 2020 appaiono come l'ultimo atto del movimento di opinione che addita il rischio di incorrere in responsabilità come la principale causa dei rallentamenti dell'attività amministrativa e non considera, tra l'altro, che la responsabilità raramente costituisce una minaccia per il funzionario scrupoloso e rispettoso delle leggi, rappresentandola invece – com'è giusto che sia – per chi assolva al proprio compito con negligenza, o subordinando l'interesse pubblico al proprio tornaconto personale²⁸⁸. Le innovazioni introdotte in tema di responsabilità amministrativo-contabile e penale, inserite nel contesto della “semplificazione” e volte a combattere la “paura della firma” di dipendenti e amministratori pubblici, fenomeno ritenuto particolarmente nocivo in tempo di emergenza, suscitano – in capo a giudici, funzionari e consociati – incertezze e non offrono efficaci soluzioni; troppo timido è l'intervento di cui all'art. 23, contrastante con i principi generali in tema di responsabilità e buon andamento quello dell'art. 21. È stata agevolata, di contro, una gestione negligente e incauta della cosa pubblica, che “spunta le armi” al giudice contabile in nome di una accelerazione del funzionamento della macchina amministrativa che rimane, a ben vedere, solo sulla carta. Il legislatore pare essersi dimenticato, da un lato, che la gravità della colpa costituisce il *proprium* della responsabilità erariale, l'architrova che consente di trovare un punto di equilibrio tra etica, responsabilità e promozione del fare²⁸⁹; a fronte di una scelta legislativa così delicata, essenziale sarebbe stato abbando-

287 A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, cit., 422, dove afferma che «anche lo Stato Italiano risulta positivo al COVID».

288 È quanto ribadito anche da A. CANALE, *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, cit.

289 A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità*, cit., 16.

nare la miopia, la fretta e la tendenza all'introduzione di «*norme bandiera*»²⁹⁰ che solitamente lo animano e utili al solo consenso politico, in favore di un dibattito approfondito in sede parlamentare e di una meticolosa ponderazione degli interessi in gioco. Dall'altro lato, l'incentivo all'azione mediante la limitazione dello spettro di responsabilità erariale pare trascurare il fatto che l'amministrazione difensiva non è solo quella che omette di fare, bensì anche quella che “fa troppo” o che “fa male”, come tra l'altro il divieto di aggravio del procedimento amministrativo, di cui all'art. 1, co. 2 della legge n. 241 del 1990, dimostra. A fronte di ciò, sarebbe opportuno recuperare «*il senso più profondo della responsabilità e dei doveri di ciascuno di noi*», dal momento che «*non può esservi esercizio di diritti e libertà in assenza di una visione etica, che comprenda anche la tutela della res publica*»²⁹¹, ancor più essenziale in questo particolare momento storico e alla luce delle obbligazioni assunte dal Paese nei confronti dell'Unione europea.

Tanto a proposito dell'art. 21, quanto dell'art. 23, determinante sarà il ruolo della giurisprudenza, ancora in larga parte da scrivere. Dal momento che «*legiferare contro la giurisprudenza non porta lontano*»²⁹², è del tutto verosimile attendersi un “braccio di ferro” tra legislatore e giudice: laddove il primo cerca di limitare il secondo, ecco che questi prontamente reagisce riappropriandosi del proprio potere, e così via, in una corsa instancabile, potenzialmente inesauribile e, di fatto, dannosa per la collettività tutta perché mai chiarificatrice. In ogni caso, a fronte di un legislatore che, in nome della semplificazione e dell'emergenza, pare non volersi dare troppa cura di preservare l'integrità delle finanze pubbliche, spetta proprio alla giurisprudenza garantire il recupero delle stesse e, in definitiva, tutelare il buon andamento della pubblica Amministrazione, quanto meno nel breve periodo. Al fine di combattere le inefficienze dell'amministrazione pubblica con interventi che possano portare a benefici duraturi nel

290 Così M. MASI, *Intervento della Presidente del Consiglio Nazionale Forense alla Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022 della Corte dei conti*, 1 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it, che fa riferimento a disposizioni «*visibili*» e «*mediaticamente spendibili*», ma «*assai poco pertinenti e spesso del tutto inadone alla risoluzione delle problematiche che dovrebbero affrontare*».

291 Sono le parole di G. CARLINO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021*, cit.

292 Si veda S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1251ss.

tempo, tuttavia, sarebbe in primo luogo essenziale prendere coscienza di tutti gli elementi che ne sono causa; secondariamente, sarebbe necessario elaborare i giusti rimedi per ognuna di esse, facendo tesoro anche delle esperienze straniere, europee e non, ed elaborando, piuttosto che singoli interventi mirati, una riforma strutturale della p.a., da condurre senza prescindere da una «*visione aggregata*» dei problemi²⁹³ e con la consapevolezza che, affinché quest'ultima possa dirsi realmente “buona”, essa richiede un adeguato dispendio di tempo, che i suoi costi si manifestano nell'immediato e che gli interessi di alcune categorie e gruppi ristretti potrebbero risultarne sacrificati. È altresì necessario pensare tale riforma con realismo, abbandonando gli obiettivi non realizzabili ed evitando di affidarsi alla regola del «*one size fits all*»²⁹⁴; in questo senso, sarebbe prioritario predisporre degli interventi *ad hoc* per contrastare il degrado che affligge alcune zone del Mezzogiorno.

Prima di intraprendere un tale cammino verso il virtuosismo istituzionale, sarebbe però necessario che fosse garantito un ampio consenso tra le forze politiche, e – come Giannini trent'anni fa già suggeriva²⁹⁵ – che fossero ridefiniti gli equilibri tra i poteri pubblici e la stabilità dei governi e che si comprendesse che velocità raramente risulta, nel lungo periodo, sinonimo di efficienza²⁹⁶. Cambiamenti, questi, che, fintanto che il Parlamento rimane sotto il dominio dei partiti – i cui esponenti possiedono le amministrazioni che dovrebbero riformare, ma delle quali sono tributari per il mantenimento del loro potere – pare difficile la politica possa essere in grado di concepire, prima ancora che di attuare. Pertanto, la prima riforma di cui il Paese parrebbe necessitare, nonché la più difficile da realizzare, sarebbe quella culturale e ideologica; vi sarebbe bisogno, cioè, di un “Rinascimento culturale”, di un cambiamento della mentalità

293 G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, cit., 1221ss.

294 B. G. MATTARELLA, *La riforma amministrativa: istruzioni per l'uso*, cit.

295 Cfr. G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, cit., specialmente da 1215 a 1217.

296 Si veda A. BATTAGLIA, S. BATTINI *et al.*, «*Burocrazia difensiva*»: cause, indicatori, rimedi, cit., 1299 che affermano che le proposte per combattere la burocrazia difensiva possono «*apparire illuministiche forse utopistiche se non si segue la realizzazione di un nuovo “ambiente” amministrativo in cui possano farsi realtà*».

della classe politica e dirigente, i cui esponenti devono essere rinnovati e sostituiti da individui adeguatamente formati, che abbiano un “senso alto” della funzione pubblica, che promuovano comportamenti virtuosi e contribuiscano alla realizzazione di uno Stato in cui al rispetto della *rule of law* si affianchi una capacità amministrativa adeguata. Fin tanto che mancherà il coraggio di portare a compimento una tale “rivoluzione culturale”, è dubitabile che la lotta contro la *maladministration* possa mai dirsi davvero vinta; al massimo, qualche intervento particolarmente ben congegnato potrà farsi vanto di averne scalfito la superficie.