

DONATO VESE

Ricercatore in Diritto dell'economia presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa

donato.vese@unipi.it

**IL COMPORTAMENTO AMMINISTRATIVO NELLA
PROSPETTIVA DEL DIRITTO DELL'ECONOMIA:**

LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER DANNO DA RITARDO*

**ADMINISTRATIVE BEHAVIOR FROM THE LAW AND ECONOMICS
PERSPECTIVE:**

THE LIABILITY OF OFFICIALS FOR DELAY DAMAGES

SINTESI

Il comportamento amministrativo, sin dallo straordinario lavoro di Herbert Simon (1947), è stato oggetto di importanti studi e ricerche nelle scienze economiche, sociologiche, manageriali, politologiche e amministrative. Eppure, tale argomento è rimasto piuttosto inesplorato nelle scienze giuridiche, dove, tuttavia, non sono mancati significativi contributi che hanno arricchito la conoscenza su un tema così interessante per la comprensione del funzionamento della macchina burocratica dello Stato. In vista di dare nuova linfa a questo campo di ricerca, il presente articolo intende offrire un contributo settoriale allo studio del comportamento amministrativo nella prospettiva del diritto dell'economia, attraverso l'analisi di un profilo ancora poco esplorato: la responsabilità civile dei funzionari pubblici per danno da ritardo.

ABSTRACT

** Questo articolo trae in parte spunto dal mio progetto "ARBITRIUM", risultato vincitore nel 2023 presso l'Università di Pisa per il bando di finanziamento alla preparazione dello Starting Grant dell'European Research Council (ERC) 2024. Desidero ringraziare la prof.ssa Michela Passalacqua per avermi supportato nella realizzazione della proposta progettuale e il prof. Francesco Dal Canto, che, in qualità di Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, ha offerto la disponibilità a ospitare la realizzazione del progetto.

Since the seminal work of Herbert Simon (1947), the administrative behaviour has been the subject of important studies and research in the economic, sociological, managerial, political, and administrative sciences. Yet, this topic has remained rather unexplored in the legal sciences where, however, there has been some significant research that has broadened knowledge on such an interesting topic to understand the functioning of the state bureaucratic machine. This article provides insightful research about the administrative behaviour in the law and economics perspective, through the analysis of a still little-explored topic: the tort liability of public officials for damage of delay.

PAROLE CHIAVE: Comportamento amministrativo, pubblici ufficiali, razionalità limitata, responsabilità civile, danno da ritardo.

KEYWORDS: Administrative behaviour, public officials, bounded rationality, civil liability, damage by delay.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. La funzione correttiva e deterrente della responsabilità civile e i suoi limiti. – 2.1. Il risarcimento non elimina il danno, ma lo trasferisce. – 2.2. La funzione generale di garanzia del patrimonio dell'amministrazione. – 2.3. Asimmetrie informative, azzardo morale, burocrazia difensiva, danni per la collettività. – 2.4. Funzione di deterrenza ed efficacia della responsabilità: l'orientamento della giurisprudenza. – 2.5. Norme risarcitorie e criticità. – 3. La responsabilità civile per danno da ritardo. – 3.1 L'autonomia del danno da ritardo. – 3.2 I presupposti: ingiustizia, nesso causale, elemento soggettivo. – 3.3. Natura extracontrattuale della responsabilità, alcuni punti critici. – 4. Norme di responsabilità e *nudges*. 5. La responsabilità soggettiva fra benefici e difetti. – 6. La responsabilità contrattuale. – 6.1. Il rapporto legale tra privati, imprese e amministrazione. – 6.2. Inversione dell'onere della prova e diritti procedurali. – 6.3. L'indennizzo automatico del danno da ritardo. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Se le varie figure di responsabilità (disciplinare, amministrativo-contabile, civile e penale) previste in capo ai funzionari pubblici¹ – che nell'ordinamento italiano trovano fondamento nel principio sancito dall'articolo 28 della Costituzione² – possono effettivamente costituire un disincentivo al fine di ridurre e dove possibile eliminare i comportamenti opportunistici e dilatori che si verifi-

1 Si v. il fondamentale studio di L. RAGGI, *La responsabilità civile dei pubblici funzionari amministrativi*, Piacenza, Stabilimento tipografico piacentino, 1899. Inoltre, più recente, si v. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, Giuffrè, 1979. Si v. pure G. PERULLI, *La responsabilità civile, penale, amministrativa degli amministratori pubblici comuni, province, regioni, USL e aziende speciali con la giurisprudenza della Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 1995; S. C. DE BRACO, *Le responsabilità del pubblico impiegato*, Padova, Cedam, 2003; V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente civile, penale, amministrativa, disciplinare, dirigenziale normativa, dottrina, giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2013.

cano nella pubblica amministrazione, l'argomento, proprio perché nodale per i risultati cui esso può portare sul versante degli studi del diritto dell'economia, merita un approfondimento scientifico, come noi proveremo a offrire in questa sede.

Sebbene nei sistemi legali europei si vada diffondendo l'idea che un'estensione della responsabilità del funzionario realizzi un efficace strumento di contrasto alle condotte opportunistiche e dilatorie messe in atto dal comportamento burocratico³, ciò nondimeno appare utile sottoporre ad un esame critico simile convincimento e riconsiderare – ed eventualmente ridimensionare – l'effettivo impatto che tali sistemi di *accountability* hanno dal punto di vista della efficacia delle norme di responsabilità amministrativa⁴. Gli studi del diritto e l'economia comportamentale sulla razionalità limitata⁵ – originati dalle pioneri-

2 Si v. l'originale ricerca curata da D. SORACE, *Le responsabilità pubbliche civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, Cedam, 1998.

3 U. SCHWEIZER, *Efficient Compensation: Lessons from Civil Liability* in *Journal of institutional and theoretical economics*, 173(1), 2017, pp. 54-70.

4 Si v. l'interessante lavoro di G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.

5 Nella dottrina straniera, per una impostazione teorica, si v. S. BECKER, *Irrational Behavior and Economic Theory*, 70 *Journal Political Economics* 1, 1962, pp. 1-13; R. A. POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 *Stanford Law Review*, 1997, p. 1551 ss.; C. JOLLS – C. R. SUNSTEIN – R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471 ss.; C. R. SUNSTEIN – T. KURAN, *Availability Cascades and Risk Regulation*, in 51 *Stanford Law Review*, 1999, p. 683 ss.; R.H. THALER – C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, London, Allen Lane, Penguin Books Random House (trad. it. *Nudge. La spinta gentile*. L'edizione definitiva, Milano, Feltrinelli, 2022). Per l'applicazione al diritto privato, si v. T. S. ULEN, *Behavioral Contract Law*, in *Review of Law and Economics*, 2, 2021, pp. 281-322. Nell'ordinamento dell'UE, si v., recentemente, A. ALEMANNI – A. SPINA, *Nudging Legally on the Checks and Balance of Behavioural Regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2014, pp. 429-459; C. WINTER, *The Value of Behavioral Economics for EU Judicial Decision-Making*, in *German Law Journal*, 2, 2020, pp. 240-264. Nella dottrina italiana, per una impostazione generale, si v. recentemente F. VELLA, *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, il Mulino, 2023. Nel diritto dell'economia, sempre nella dottrina italiana, fra i più recenti lavori si v. N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012, pp. 7-18; EAD., *Making Law Effective: Behavioural Insights into Compliance*, in *European Journal of Risk Regulation*, 3, 2018, pp. 483-501; U. MORERA – N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2013 pp. 383-394; C. MARCHETTI, *Law and Behavioral Economics, mercati finanziari e corporate governance*, in U. MATTEI – A. CANDIAN – B. POZZO – A. MONTI – C. MARCHETTI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Gambaro. Un giurista di successo*, Milano, Giuffrè, 2017; M. MOTTERLINI – L. CANOVA – G. GIACOMINI, *Dalla neurofinanza all'economia della felicità. Nuovi paradigmi economici per cittadini consapevoli*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012, pp. 191-206. Nel diritto privato, recentemente, si v. A. ZOPPINI, *Contratto ed economia comportamentale*, in G.

stiche ricerche nel campo della psicologia comportamentale⁶ – e quelli più recenti sul difetto del giudizio di individui e organizzazioni⁷ sono significativi a tal riguardo e descrivono uno scenario ben diverso da quello immaginato e voluto dai *policy makers* europei. In questo lavoro noi daremo conto di questi studi innovativi provenienti dalle scienze sociali e comportamentali e proveremo a mostrare i principali traguardi che la loro applicazione ottiene sul versante delle norme di responsabilità civile dei funzionari, concentrandoci sul particolare aspetto del danno da ritardo causato dai dipendenti pubblici.

Il presente articolo offre un'analisi del comportamento amministrativo nella prospettiva del diritto dell'economia, esplorando la responsabilità civile dell'amministrazione e dei funzionari per danno da ritardo. A questo scopo, traendo spunto dai considerevoli risultati raggiunti nel campo delle scienze comportamentali e cognitive a partire dagli originali lavori di Herbert Simon

D'AMICO (a cura di), *Enciclopedia del diritto. I tematici*, vol. I, Contratto, Milano, Giuffrè, 2021; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè, 2019. Si v. anche A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Rivista Di Diritto Civile*, 5, 2013, pp. 1105-1127. Nel diritto processuale civile si v., recentemente, M. TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2016, pp. 1239-1252. Nel diritto pubblico e amministrativo si v., recentemente, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, ESI, 2021; G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, pp. 31-64.

6 A. TVERSKY – D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185(4157), 1974, pp. 1124-1131; IID., *Prospect theory: An analysis of decision under risk*, in *Econometrica*, 47(2), 1979, pp. 263-291; IID., *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 211, 1981, p. 453 ss.; D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin, 2011 (trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012). Per una diversa impostazione, sempre a partire dall'insegnamento di Herbert Simon, ma con profili molto critici ai lavori di Tversky e Kahneman, si v. G. GIGERENZER, *Gut Feelings. The Intelligence of the Unconscious*, New York, Penguin, 2007 (trad. it. *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Milano, Cortina, 2009); ID., *Risk Savvy. How to Make Good Decisions*, New York, Penguin, 2013 (trad. it. *Imparare a rischiare. Come prendere decisioni giuste*, Milano, Cortina, 2015).

7 Per tutti, si v. recentemente, KAHNEMAN – O. SIBONY – C. R. SUNSTEIN, *Noise: A flaw in human judgment*. Harper Collins (trad. it. *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, 2021).

sulla *bounded rationality*⁸ e da quelli più recenti della *nudge theory*⁹, l'articolo discute i benefici e mette in luce i costi che le norme risarcitorie implicano nell'attività delle amministrazioni e dei funzionari¹⁰, in vista di comprendere le ragioni e di offrire le soluzioni per migliorare il comportamento amministrativo sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'equità dell'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia.

Prima di addentrarci nella nostra analisi, una premessa metodologica appare fondamentale. Sebbene sappiamo quanto sia importante nella letteratura giuridica specialistica la distinzione fra le varie tipologie di errore nel *decision-making* dei funzionari (illegittimità, illiceità, ecc.), in questa ricerca noi non ne terremo conto. A noi non interessa la diagnosi, ma piuttosto la prognosi di una

8 H.A. SIMON, *A behavioral model of rational choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 1955, 99-118; ID., *Models of man*. Wiley, 1957; ID., *Models of bounded rationality*, MIT Press, 1982; ID., *Rationality in psychology and economics*, in *The Journal of Business*, 59(4), 1986, 209-224; ID., *Administrative behavior: A study of decision-making processes in administrative organizations*, 4th ed., New York. Free Press, 1997, ID., *Bounded rationality in social science: Today and tomorrow*, in *Mind and Society*, 1(1), 2000, 25-39. La seminale ricerca di Simon sul comportamento amministrativo dimostrò come nel processo decisionale il comportamento reale degli individui/enti fosse lontano dall'ipotesi di «razionalità oggettiva», cioè da un'immane capacità che ciascun individuo possiede, in una specifica situazione, nel massimizzare le proprie decisioni. Anzi, sulla base di questo studio, si può affermare che l'attitudine a massimizzare perfettamente le proprie scelte non esiste, in quanto se esistesse richiederebbe senz'altro la conoscenza perfetta delle conseguenze che derivano da ciascuna scelta. Simon, introducendo il concetto di razionalità limitata, pone in risalto la limitatezza dell'individuo che si pone dinnanzi a una scelta, mettendo così in risalto l'esistenza di barriere cognitive ed euristiche che l'agente decisionale incontra nel momento topico della selezione delle alternative in gioco. Razionalità limitata cui allude Simon che è di tipo soggettivo e che si differenzia da quella di tipo oggettivo, in quanto pone i limiti razionali nella semplificazione dell'ambiente decisionale. Secondo Simon, inoltre, per la straordinaria serie di prove cui siamo abituati ad assistere, la conoscenza del reale non può che essere frammentaria e «la razionalità [non] determin[a] il comportamento [...], [ma il] comportamento, invece, è determinato da elementi irrazionali e non razionali che circoscrivono l'area della razionalità. L'area della razionalità è quella dell'adattabilità a questi elementi non razionali [...] Per questo la teoria amministrativa deve occuparsi dei limiti della razionalità e del modo in cui l'organizzazione influisce su questi limiti per la persona che prende la decisione [...] La teoria deve essere una critica dell'effetto (giudicato dal punto di vista di tutta l'organizzazione) della struttura organizzativa sulle decisioni delle sue parti componenti e dei suoi singoli individui» (pp. 241).

9 Si v. il fondamentale libro di R.H. THALER – R.C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Yale, 2008 trad. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2008.

10 Sull'argomento si v. l'interessante libro di S. DHAMI – C. R. SUNSTEIN, *Bounded rationality: heuristics, judgment, and public policy*, MIT Press, Massachusetts, 2022.

decisione sbagliata del funzionario e su quest'aspetto focalizzeremo la nostra attenzione in vista di trarre utili considerazioni sulla reale efficacia degli attuali sistemi di *accountability*.

L'indagine sull'effettiva portata delle norme di responsabilità¹¹ dei funzionari e dei dirigenti¹² possono avere un ruolo cruciale nel contesto dei rapporti fra amministrazione, ufficiali, privati e imprese¹³.

Nell'articolo si farà riferimento alla sola responsabilità civile¹⁴. Tuttavia, nulla ci vieta di estendere i risultati raggiunti anche alle altre tipologie di responsabilità (amministrativo-contabile, disciplinare, penale)¹⁵. Nella presente ricerca, come il lettore avrà modo di vedere, le diverse tipologie di *accountability* possono essere accomunate – sempre tenendo a mente la loro diversità e peculiarità – dal fatto di rappresentare efficaci strumenti di correzione delle condotte sbagliate dei funzionari pubblici e più in generale delle amministrazioni¹⁶.

Vero è che tale operazione può essere coerente se si considera che la responsabilità amministrativa-contabile, vale a dire una tipologia di responsabilità che si configura quando il funzionario causa un danno patrimoniale erariale all'ente pubblico, non è poi così diversa dalla responsabilità civile. Nella responsabilità amministrativa-contabile lo schema prevede: *i*) una peculiare qualificazione del soggetto autore del danno (il pubblico funzionario o soggetto legato alla pubblica amministrazione da rapporto di servizio); *ii*) la natura del

11 R. MOULES, *Actions against public officials: Legitimate expectations, misstatements and misconduct*, London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.

12 Sugli errori e le decisioni sbagliate degli alti dirigenti si v. P. B. CARROLL, M. CHUNKA, *Billion Dollar Lessons: What You Can Learn from the Most Inexcusable Business Failures of the Last 25 Years*, New York, Penguin, 2008. Si v. anche S. FINKELSTEIN, *Why Smart Executives Fail: And What You Can Learn from Their Mistakes*, New York, Penguin, 2004, tr. it. *Perché i bravi manager sbagliano. E cosa possiamo imparare dai loro errori*, Etas, Milano, 2004.

13 Si v. l'interessante ricerca della banca mondiale, World Bank, *Fraud and Corruption Awareness Handbook: A Handbook for Civil Servants Involved in Public Procurement*, Warsaw, 2013.

14 P. BIRKS – J. BEATSON, *The frontiers of liability*. Oxford, Oxford University Press, 1994.

15 Per un interessante studio di diritto comparato si v. K. OLIPHANT, *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

16 Si v. il seminale lavoro di R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1967; si v. anche F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, 4. ed., Torino, UTET, 2007.

soggetto danneggiato (l'ente pubblico); *iii*) la causazione del danno nell'esercizio di pubbliche funzioni.

Inoltre, sul versante del diritto processuale, è utile ricordare che l'ente pubblico danneggiato agisce nei confronti del funzionario per il risarcimento del danno dinanzi alla Corte dei conti anche per l'azione di rivalsa, in vista di reintegrare il patrimonio pubblico dell'ente che ha sostenuto inizialmente i costi dei danni provocati dal dipendente.

L'articolo si divide in sette paragrafi. Il primo paragrafo introduce l'argomento e presenta alcune questioni aperte su un tema poco esplorato dalla letteratura giuridica ed economica.

Il secondo paragrafo analizza la funzione correttiva e deterrente della responsabilità civile, mettendo in luce alcuni dei suoi più problematici limiti. In questo paragrafo vengono esaminate le asimmetrie informative, enfatizzati i fenomeni dell'azzardo morale e della burocrazia difensiva, descritti i danni per la collettività e argomentato che il risarcimento non elimina il danno, bensì lo trasferisce soltanto. In questa parte vengono anche considerate la generale funzione di garanzia del patrimonio dell'amministrazione e l'orientamento della giurisprudenza italiana sull'efficacia in termini di deterrenza del comportamento amministrativo delle norme di responsabilità civile.

Il terzo paragrafo si focalizza su una particolare ipotesi di responsabilità civile, ossia quella riguardante il danno da ritardo. L'autonomia di tale tipologia di danno, la sua natura extracontrattuale nonché i presupposti dell'ingiustizia, del nesso causale e dell'elemento soggettivo della responsabilità legata al fattore temporale dell'azione amministrativa sono indagati in questa parte dell'articolo.

Il quarto paragrafo è dedicato a inquadrare le norme di responsabilità civile come *nudges*, ossia "spinte" utili a direzionare il comportamento amministrativo di funzionari e amministrazioni verso una maggiore efficacia dell'azione pubblica e una migliore tutela di privati e imprese.

Il quinto paragrafo esplora la natura soggettiva della responsabilità civile per danno da ritardo e discute dei benefici e dei difetti di simile impostazione.

Il sesto paragrafo offre la nostra opinione in merito alla natura della responsabilità civile per danno da ritardo, argomentando la tesi della natura contrattuale di tale responsabilità. Esso enfatizza il rapporto legale tra privati, imprese e amministrazione, l'inversione dell'onere della prova e i connessi diritti procedurali e infine l'indennizzo automatico del danno da ritardo.

Il settimo paragrafo conclude l'articolo con alcune considerazioni critiche sul comportamento amministrativo nella prospettiva del diritto dell'economia.

2. La funzione correttiva e deterrente della responsabilità civile e i suoi limiti.

2.1. Il risarcimento non elimina il danno, ma lo trasferisce.

Nel corso dell'indagine faremo spesso riferimento al metodo dell'analisi economica¹⁷. Per questo motivo è necessario tracciare, seppure brevemente, al-

17 La primigenia definizione di analisi economica del diritto è riconducibile all'opera di R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, VII ed., Aspen Publisher, New York, 2003. L'evoluzione degli studi di analisi economica del diritto si sono sviluppati nella seconda metà dello scorso secolo per l'impulso della scuola di Chicago, la quale ha proposto un approccio agli studi del diritto mediante gli strumenti e i criteri interpretativi propri delle scienze economiche con l'intento di dimostrare i fallimenti dell'intervento regolativo pubblico rispetto all'autoregolazione del mercato. Un apporto fondamentale è offerto dalla scuola di Yale, i cui studi si contraddistinguono per l'attenzione dedicata alle questioni di equità, i quali si affiancano a quelli dell'efficienza ed emergono soprattutto nello studio dell'assicurazione e della responsabilità come strumenti collegati alla regolamentazione. Nella Scuola di Yale, spicca la figura di Guido Calabresi, su cui si v. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 7 ss. Il problema, secondo l'A., è legato al tema dell'efficienza. Secondo l'A.: «le critiche levatesi di recente nei confronti dell'analisi economica del diritto, sebbene di differente provenienza, si sono incentrate sulla nozione che l'efficienza economica dipende sempre, per il suo stesso significato, per la sua applicazione, da valori ad essa estranei. Senza valutazioni che l'economia non può fare intorno all'equità distributiva ed all'assegnazione dei diritti, o punti di partenza, l'analisi economica non dà alcuna risposta. Secondo questo tipo di critica, pertanto, si dovrebbe abbandonare l'analisi economica e ritornare a nozioni di giustizia, nel far diritto. [...] l'uso dell'analisi economica del diritto da parte di molti dei suoi fautori si presta proprio alle critiche che le sono state rivolte [...]. Questi fautori sembrano quasi dire che, poiché noi non possiamo dire alcunché di scientifico sui punti di partenza od i valori distributivi, li dobbiamo ignorare ed analizzare il diritto soltanto sulla base dell'effi-

cune direttive che servono per comprendere meglio il ragionamento che abbiamo inteso seguire su quel versante di studio. In particolare, occorre chiarire che mediante gli schemi teorici dell'analisi economica alla responsabilità civile¹⁸ può essere attribuito uno scopo essenziale: ridurre i costi per i privati e le società del reciproco disturbo che scelte e azioni individuali non armonizzate dallo strumento contrattuale sono in grado di arrecare¹⁹. È sotto questo profilo che la responsabilità civile, intesa nella sua duplice dimensione di strumento giuridi-

cienza economica, definita astrattamente come massimizzazione del benessere [...]. Mentre questo argomento implicherebbe che l'analisi economica del diritto non vince e non può vincere, esso non significa che i valori che l'analisi economica tende a promuovere possano essere ignorati».

18 Nel panorama italiano l'analisi economica del diritto si è sviluppata e diffusa principalmente nel diritto privato. Tra le opere più significative che hanno avviato gli studi in questo campo della scienza giuridica si v. G. ALPA, *Colpa e responsabilità oggettiva nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 431 ss., ID., *Interpretazione economica del diritto*, in *Noviss. dig. it., ad vocem*, IV, Torino, 1983, p. 315 ss.; ID., *Diritto e analisi economica (a proposito di un recente libro di R. Bowles)*, in *Dir. impresa*, 1984, p. 111 ss.; F. PULITINI, *Regole giuridiche e teoria economica*, in *Pol. dir.*, 1977, p. 297 ss.; R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 699 ss.; ID., *Analisi economica del diritto*, in *Digesto civ.*, Torino, I, 1990, p. 309 ss.; ID., *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro it.*, V, 1993, 1 ss.; M. BESSONE, *Gli «standard» dei contratti di impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giur. mer.*, 1984, p. 982 ss.

19 R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law & Economics*, 3 (1960), pp. 1-44 (anche in ID. *Impresa, mercato e diritto*, trad. it., II ed. Bologna Il Mulino, 2006, 199 ss.). Secondo Coase gli effetti esterni o esternalità negative comprendono fenomeni di economia e diseconomia esterna ossia i risultati in termini di costi – i.e. esternalità negativa – o benefici – i.e. esternalità positiva – che l'attività di un'impresa o di una persona può generare, al di fuori delle contrattazioni di mercato, a carico ovvero a favore di un altro soggetto. Siffatti effetti furono descritti per la prima volta dall'economista A. MARSHALL, *Principles of Economics*, 8th ed., Macmillan & Co., London, 1890, 39 ss., e approfonditamente studiati, seppure con diversi approcci e soluzioni, dagli economisti Pigou e Coase. In particolare, secondo l'impostazione offerta da A. C. PIGOU, *Economia del benessere*, trad. it., Utet, Torino, 1953, il problema delle esternalità (negative va affrontato attraverso l'intervento pubblico e autoritativo dello Stato, mediante la tassazione delle esternalità medesime, in modo da correggere l'inefficiente allocazione delle risorse in presenza di costi privati e sociali divergenti, fissando l'importo dei tributi sul danno stimato. Tutt'altra tesi è quella sostenuta da Ronald Coase, il quale sposta l'accento sui meccanismi di (auto) regolazione del mercato come soluzione ai fenomeni delle diseconomie esterne. Se il fine è quello di evitare il maggior danno – i.d. il costo sociale – allora l'attenzione non deve incentrarsi esclusivamente sul produttore di esternalità, ma deve focalizzarsi anche sul soggetto che patisce i costi imposti dell'altrui attività, tenendo conto delle capacità negoziali potenziali di entrambi. Per Coase la presenza di esternalità non sta a significare necessariamente che vi è una inefficiente allocazione delle risorse; egli sostiene, infatti, che se gli attori economici sono in grado di contrattare volontariamente l'eliminazione degli effetti esterni, si possono raggiungere miglioramenti efficienti indipendentemente dall'intervento dei pubblici poteri. Nelle due tesi appena riportate l'enfasi è posta sui profili dell'efficienza degli scambi tra gli operatori economici: sia Pigou che Coase, infatti, rivolgono la loro attenzione ai metodi per risolvere le diseconomie esterne al fine di porre freno ai fallimenti di mercato determinati dalla sot-

co ed economico, può assolvere ad una importante funzione correttiva di tutte le situazioni che non sono altrimenti conciliabili attraverso la spontaneità del mercato e degli altri strumenti negoziali privati²⁰.

La responsabilità civile ha lo scopo di reintegrare il patrimonio del soggetto danneggiato (privato o impresa) con quello del soggetto danneggiante (il pubblico funzionario e l'amministrazione), producendo una compensazione con le perdite e i mancati guadagni provocati dagli errori dei funzionari. Un ruolo cruciale della responsabilità civile risiede nella sua funzione deterrente, la quale contribuisce ad elevare gli standard di diligenza e a far rispettare il paradigma legale e disciplinare di riferimento. In sostanza, il timore della sanzione irrogabile può disincentivare i funzionari dal tenere comportamenti sbagliati o opportunistici.

Nella prospettiva del diritto dell'economia, uno degli obiettivi della responsabilità civile è quello di minimizzare gli oneri del danno e della sua prevenzione e, più analiticamente, di abbattere i costi primari, secondari e terziari dei fatti lesivi, in accordo con i criteri che sono stati autorevolmente elaborati a proposito della funzione di riduzione del "costo degli incidenti"²¹. In particola-

tovalutazione dei costi inerenti alle esternalità medesime. Se si sposta però l'attenzione dal contesto di mercato a quello sociale si osserva come le teorie sopra esposte determinino degli effetti distorsivi. La soluzione autoritativa mediante la tassazione delle attività che generano esternalità non risolve il problema del danno subito dal soggetto danneggiato dagli effetti dell'attività stessa, così come, a maggior ragione, l'affidare la soluzione al mercato costituisce una iniqua discriminazione per quei soggetti, gli inquinati, che non avranno la forza economica per contrattare con gli inquinatori. Ciò non è nitidamente osservabile se si resta sul piano delle diseconomie esterne cc.dd. di mercato giacché le stesse non si pongono interrogativi sugli effetti sociali che talune attività arrecano ai consociati. Così non accade per quelle diseconomie esterne sociali ove gli effetti gravano su taluni soggetti di per sé estranei alla dinamica di mercato. È il caso del soggetto che è esposto agli effetti dell'altrui attività e che non necessariamente è beneficiario dall'imposizione di una misura pubblica – quale un tributo – ovvero dalla negoziazione di condizioni migliori – quale un contratto – per la sua attività.

20 In argomento, si v. P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Interpretazione e Decisione Diritto ed Economia*, Atti del XVI Convegno nazionale tenutosi a Padova il 21-23 maggio 1987, Milano, Giuffrè, 1989, 134-135 e G. ALPA, *L'analisi economica del diritto nella prospettiva del giurista*, in G. ALPA – F. PULITINI – S. RODOTÀ – F. ROMANI (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 12.

21 G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile: un'analisi economico-giuridica*, (ristampa inalterata con presentazioni di S. Rodotà e E. Al Mureden), Milano, 2015, 50 ss.

re, la riduzione dei costi primari si identifica con l'effetto preventivo e deterrente cui le norme di responsabilità assolvono. La riduzione dei costi secondari si sostanzia nella ripartizione del peso del danno tra i consociati, in modo da alleggerirne gli effetti globali. I costi terziari sono invece legati al funzionamento dello stesso sistema di responsabilità (ad esempio i costi della giustizia civile).

È bene osservare come le tre sottocategorie, rappresentate dalle tipologie di inconvenienti monetari sopra descritti, sebbene indirizzate alla riduzione dell'onere economico complessivo degli eventi dannosi, spesso entrano in conflitto per il fatto che i criteri utilizzati per diminuire i costi primari potrebbero incrementare quelli secondari e terziari, allo stesso modo questi ultimi, nell'intento di ridurre gli eventi dannosi *ex post*, potrebbero rivelarsi inadeguati sul versante del corretto impiego degli incentivi *ex ante*²².

Per risolvere tali problematiche, la letteratura specialistica ha preferito dare maggiore enfasi alla dimensione correttiva e deterrente della responsabilità civile²³. Tuttavia, come vedremo di seguito, la preferenza per questa dimensione che pone in risalto lo scopo della riduzione dei costi sociali sconta il fatto che il risarcimento non elimina il danno bensì lo trasferisce soltanto. Siccome il trasferimento è per sua stessa natura costoso, quest'ultimo non diminuisce, ma piuttosto aumenta le perdite che il fatto dannoso produce sulla collettività in termini di costi sociali.

2.2. La funzione generale di garanzia del patrimonio dell'amministrazione.

In generale, il funzionario dispone di risorse limitate (ad esempio il reddito da lavoro dipendente) e difficilmente può risarcire i danni prodotti dai suoi

22 Si v. R. D. COOTER – A. PORAT, *Getting Incentives Right*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

23 Si v. S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Belknap Press, 2004, 473 ss. Nella dottrina italiana si vedano: P. TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 108 e R.D. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 2006, spec. 279.

errori. È il caso del dipendente pubblico che emanando in ritardo un provvedimento che incide su ingenti interessi economici, produce un danno cospicuo e non risarcibile con il proprio patrimonio. Un danno provocato da un provvedimento illegittimo sotto il profilo temporale²⁴ che facesse perdere un ingente finanziamento o che determinasse una grave perdita per una società di capitali, è sufficiente a rendere del tutto insufficiente il patrimonio del funzionario pubblico, benché il residuo e maggiore onere venisse risarcito con risorse pubbliche dall'ente. Questa circostanza dimostra che nel caso in cui vengano chiamati a rispondere in solido tra di loro, amministrazione e funzionario, il patrimonio pubblico finisce con l'assorbire la maggiore quota dei costi indebitamente provocati dal dipendente.

È chiaro che nelle ipotesi di danni da ritardo imputabili al funzionario, le pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati – al netto di situazioni marginali – saranno avanzate dai soggetti danneggiati – privati e imprese – nei confronti dell'ente pubblico, stante il fatto che esso è dotato di un patrimonio più solido e solvibile rispetto a quello del singolo funzionario.

Un secondo argomento a sostegno della generale funzione di garanzia del patrimonio dell'amministrazione risiede negli inconvenienti di carattere giuridico che il soggetto danneggiato incontra nell'intraprendere l'azione di responsabilità civile nei (soli) confronti del funzionario. Il danneggiato dovrebbe anzitutto riuscire ad individuare il singolo funzionario dell'amministrazione responsabile dell'illecito e, una volta individuato, dovrebbe provare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Nell'ordinamento italiano, le norme previste in tema di responsabilità civile stabiliscono che il funzionario risponde del danno solo se lo «*abbia commesso per dolo o per colpa grave*»²⁵. Allo stesso modo, le norme in materia di responsabilità amministrativo-contabile prevedono che i fun-

24 Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss., e 532, dove si afferma come il fattore "tempo" è un elemento fondamentale nello stato del mercato.

25 L'articolo 23, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957.

zionari siano sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti «*personalmente e limitatamente dei fatti e delle omissioni commessi con dolo o colpa grave*»²⁶.

2.3. Asimmetrie informative, azzardo morale, burocrazia difensiva, danni per la collettività.

Le norme che allargano l'ambito della responsabilità, attraendo sempre di più entro quest'area il singolo funzionario inadempiente, possono essere spiegate con uno dei principali strumenti impiegati dall'analisi economica per misurare l'efficienza in contesti in cui le informazioni sono scarse o asimmetricamente ripartite fra le parti: la *agent/principal theory* (teoria dell'agenzia)²⁷.

Nella relazione di agenzia, il funzionario (agente) che agisce in nome e per conto dell'amministrazione – e per essa della collettività (principale) – sebbene si trovi a prendere parte al rischio del risultato dei propri atti o dei provvedimenti alla cui adozione abbia collaborato, difficilmente percepisce nello stesso modo i vantaggi di cui beneficerebbe la collettività (tramite l'amministra-

26 Articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543 (convertito, con modificazioni, in legge 20 dicembre 1996, n. 639),

27 Gli studi inerenti alla teoria dell'agenzia si possono suddividere essenzialmente in due indirizzi di ricerca: la c.d. *positivist agency theory* e la c.d. *principal-agent research*. I due filoni soffermano l'attenzione prevalentemente sulle implicazioni teoriche del rapporto tra principale e agente, e hanno in comune alcune asserzioni in riferimento ai comportamenti degli individui e delle organizzazioni e al compito delle informazioni. Le maggiori differenze si ravvisano nel metodo di analisi e nel settore nel quale il rapporto di agenzia viene declinato. I fautori della *positivist agency theory* non fanno riferimento ai metodi di analisi matematica, né studiano la realtà nella sua complessità, ma si concentrano, in sostanza, sulla ricerca dei costi di agenzia che attanagliano azionisti ed amministratori degli enti pubblici. La *principal-agent research*, viceversa, è orientata a una ricostruzione del modello di agenzia fondato sui modelli matematici, che non si limitano all'osservazione del rapporto di agenzia tra azionista e manager, ma analizzano i costi di agenzia in tutti gli ambiti, aziendali e non, in cui si possono verificare tali costi. Sulla teoria dell'agenzia in generale, si v. M. JENSEN, *Organization Theory and Methodology*, in *The Accounting Review*, 50, 2, 1983, 319-339. Sulla *positivist agency theory*, M. JENSEN, W. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 4, 1976, 305-360; E. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, in *Journal of Political Economy*, 88, 1980, 288-307. Sulla *principal-agent research*, S. ROSS, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, in *The American Economic Review*, 63, 1973, 134-139; M. HARRIS, A. RAVIV, *Optimal Incentive Contracts with Imperfect Information*, in *Journal of Economic Theory*, 20, 1979, 231-259; S. GROSSMAN, O. HART, *An Analysis of the Principal-Agent Problem*, in *Econometrica*, 51, 1983, 7-45; W. BISHOP, *A Theory of Administrative Law*, in *Journal of Legal Studies*, 9, 1990, 489-530.

zione) grazie al maggior impegno richiestogli, da una parte, e i costi personali cui si sottoporrebbe personalmente con decisioni sbagliate, dall'altra.

Verosimilmente all'interno della struttura del *decision-making* amministrativo si alimenterebbero distorsioni difficilmente evitabili e pertanto produttive di costi sociali e perdite economiche. Ritardi e comportamenti sbagliati o inopportuni dei vari funzionari compartecipi della formazione dei provvedimenti amministrativi possono sfociare in nuove occasioni di azzardo morale e di macchinazione delle asimmetrie informative, tali da arrecare disfunzioni gravi per l'efficiente e imparziale svolgimento dell'azione pubblica a danno dei privati e delle imprese.

Vero è che le norme che stabiliscono una responsabilità solidale per l'amministrazione e il funzionario possono provocare un effetto disincentivante diametralmente opposto a quello ricercato, niente affatto desiderabile sul piano della protezione dei diritti e degli interessi di privati e imprese. Si tratta di un effetto sottovalutato, ma che, se non adeguatamente corretto, può causare problemi ben più gravi di quelli che si voleva prevenire con l'imposizione degli obblighi risarcitori in capo ai funzionari. In altre parole, il disincentivo connesso ai rischi che il funzionario deve sopportare può essere superiore all'incentivo che lo motiva all'azione. L'incertezza e il timore dei singoli funzionari di incorrere in errore e di dover risarcire i danni, comporta un eccesso di prudenza che si spiega con il fenomeno della "burocrazia difensiva". Allora, al pericolo di ritardo nella conclusione del procedimento si sostituisce il pericolo di inerzia, che paralizza, condizionandolo irreparabilmente, il buon andamento dell'azione amministrativa.

In definitiva, le norme che prevedono l'allargamento della responsabilità ai singoli dipendenti dell'amministrazione, in funzione di disincentivo delle condotte opportunistiche, non ottengano il risultato voluto in ragione del fatto che il danno provocato dai funzionari sarà destinato a gravare per la maggior parte sul patrimonio dell'amministrazione e pertanto sulla platea dei contri-

buenti. Pertanto, le norme risarcitorie sebbene vengano impiegate per correggere le distorsioni che si manifestano nelle varie forme di opportunismo (*moral hazard*)²⁸, lasciano irrisolta la questione del maggior onere economico in concreto sostenuto dall'amministrazione e quindi dalla collettività, in conseguenza del danno causato e trasferito sulla stessa dagli errori commessi dai funzionari.

2.4. Funzione di deterrenza ed efficacia della responsabilità: l'orientamento della giurisprudenza.

Se analizziamo la giurisprudenza sulla responsabilità civile, un *landmark case* è offerto da una decisione della Corte costituzionale italiana che ha offerto un'interessante interpretazione rispetto alle finalità ispiratrici delle norme di responsabilità²⁹. In particolare, la Corte costituzionale si era pronunciata sulla legittimità costituzionale di una importante norma emanata dal Governo italiano riguardante la limitazione della responsabilità dei funzionari pubblici dinanzi alla giurisdizione contabile (Corte dei conti italiana) per «*fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave*»³⁰.

Secondo la Corte sarebbe infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento agli articoli 3, 97 e 103 della Costituzione italiana, rientrando nella discrezionalità del legislatore il potere di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia necessario per la delineazione dell'illecito e a quale soggetto la responsabilità sia da imputarsi³¹. Secondo la Corte, con la regola in questione si andava configurando un nuovo assetto normativo della responsabilità civile

28 S. v. F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2011.

29 Corte costituzionale italiana del 20 novembre 1998, n. 371. La sentenza e un interessante commento della stessa è offerto in *Riv. amm. rep. it.*, II, 945 ss.

30 Si v. sempre Corte costituzionale italiana del 20 novembre 1998, n. 371. Sul punto si v. anche la Corte dei conti italiana (Regione Lazio), Sezione giurisdizionale, del 17 febbraio 2015, n. 117, secondo la quale in base a quanto disposto dall'art. 3, decreto-legge n. 543/1996 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 639/1996), nel giudizio di responsabilità davanti alla Corte dei conti, il giudicante, nella quantificazione del *quantum* da risarcire, deve tenere conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione, per effetto della condotta gravemente colposa del responsabile del danno erariale.

31 Corte Costituzionale del 7 aprile 1988, n. 411.

dei funzionari che mirava a ridurre il fenomeno della burocrazia difensiva e quindi evitare l'inefficienza dell'attività amministrativa.

La limitazione della responsabilità amministrativa e contabile dei funzionari nei giudizi della Corte dei conti ai soli casi di dolo e colpa grave dovrebbe essere funzionale a rendere più efficace l'azione della pubblica amministrazione, anche sotto il profilo temporale³². La Corte costituzionale ha posto l'accento sull'esigenza di tracciare una linea di demarcazione tra il rischio che può assumersi il funzionario (evidentemente in base alla sua remunerazione) ed il rischio di impresa che deve restare a carico dell'amministrazione. Ma ha anche sottolineato l'importanza della deterrenza e la necessità di ricercare un punto di equilibrio affinché la prospettiva della responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo.

La combinazione di elementi correttivi e di deterrenza che caratterizzano gli istituti della responsabilità del funzionario, permette alle norme risarcitorie di produrre un bilanciamento fra il rischio dell'attività posta a carico dell'organizzazione (l'amministrazione pubblica) e quella posta in capo al singolo (il funzionario)³³. L'obiettivo è quello di evitare che, per timore di incorrere in responsabilità, il funzionario limiti a tal punto il proprio raggio d'azione (burocrazia difensiva) da condizionare il buon andamento dell'azione pubblica (art. 97 Cost.). In definitiva, il regime della responsabilità non serve a definire la misura del comportamento del dipendente pubblico, ma è funzionale piuttosto a inquadrare le sue condotte nel più ampio contesto della disciplina dell'azione amministrativa, della sua efficacia e dei suoi obiettivi.

2.5. Norme risarcitorie e criticità.

32 Si v. il fondamentale articolo di G. MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, *Il foro italiano*, 86(2), 1963, 23-24 e 37-38.

33 Si v. B. E. HARCOURT, *The Systems Fallacy: A Genealogy and Critique of Public Policy and Cost-Benefit Analysis*, in *The Journal of legal studies*, 47(2), 2018, 429.

Le considerazioni svolte denotano che, nonostante i tentativi di bilanciamento della disciplina sostanziale e dei poteri sanzionatori, il regime della responsabilità dei funzionari e le modalità della sua concreta applicazione rappresentano spesso uno dei principali fattori di remora e disincentivo all'adozione di decisioni amministrative tempestive ed efficienti a beneficio di diritti e interessi di privati e imprese; il che potrebbe indurre a riconsiderare l'effettiva portata del sistema di responsabilità così come si è affermato con riguardo al rispetto dei termini dell'azione amministrativa.

Tuttavia, i dubbi sulla reale efficacia dell'attuale assetto della responsabilità civile restano e l'obiettivo di sanzionare ogni comportamento sbagliato del funzionario con i rimedi civilistici, in vista di un'azione deterrente nei confronti dei dipendenti chiamati a disimpegnare l'attività provvedimentale, si dimostra difficile da realizzare nonché controproducente. La maggior parte del danno ricadrebbe sulla collettività e non sul funzionario, provocando, sotto il profilo preventivo, spese inutili e costi ingenti.

L'indagine condotta consente, in conclusione, di mettere in luce come le norme contemplate dall'articolo 2, comma 9 e ss., della legge n. 241/1990 s.m.i, le quali, come visto, estendono la responsabilità dei funzionari anche alle condotte che arrecano ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo, sono spesso destinate a sortire l'effetto opposto di quello voluto. Cosicché, proprio il fine cui si mirava, ossia il maggior benessere economico, rischia di essere perso di vista approdando a risultati inefficienti, oltreché insoddisfacenti per diritti e interessi di privati e imprese, proprio sotto l'aspetto temporale dell'azione amministrativa, la quale rischia di essere maggiormente paralizzata dal proliferare degli effetti distorsivi che l'applicazione delle norme di responsabilità implicitamente comporta.

In definitiva, a noi sembra più efficace e promettente una strategia basata su specifici *nudges* (“pungoli”)³⁴, capaci di allineare opportunamente il comportamento amministrativo dei funzionari ai risultati dell’azione pubblica in termini di soddisfacimento delle pretese di privati e imprese.

3. La responsabilità civile per danno da ritardo.

3.1. L’autonomia del danno da ritardo.

A completamento del quadro resta da esaminare il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione per ritardo nella conclusione del procedimento³⁵. Analizzare la delicata questione della natura della responsabilità civile per ritardo della pubblica amministrazione, di cui all’art. 2-*bis* della l. n. 241/1990, offre l’opportunità di volgere lo sguardo verso alcuni interessanti sentieri che risultano ancora poco esplorati³⁶. La norma di cui all’art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, svolge una funzione cruciale in favore della tutela degli interessi e dei diritti di privati e imprese nei confronti dell’amministrazione. Ciò in quanto tale norma non subordina più i diritti individuali al ristoro dei danni subiti per

34 Si v. C.R. SUNSTEIN, *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*, Yale, Yale University Press, 2014.

35 In dottrina sull’argomento della responsabilità civile si vedano L.TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, vol. II, Milano, 2000, 1649 ss.; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, 203 ss.; D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi*, comparando, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, 2005, 227 ss.; G. DELLA CANANEA, A. SANDULLI, *La responsabilità dell’amministrazione per omessa vigilanza sugli operatori finanziari: Italia e Regno Unito*, in AA.VV., *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 53 ss.; J. BELL, *La responsabilità del Governo, alcune riflessioni comparate*, *ivi*, 27 ss.; AA.VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, in D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS, J. BELL (eds.), *The British Institute of International and Comparative Law*, London, 2002.

36 Cfr. G. ALPA, *Colpa e responsabilità oggettiva nella prospettiva dell’analisi economica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1976, 431 ss.; G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell’analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 7 ss.; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Property Rules versus Liability Rules. An Economics Analysis*, in *Harvard Law Review*, 109, 1996, 713 ss.; I. AYRES, E.T. TALLEY, *Distinguishing Between Consensual and Nonconsensual Advantages of Liability Rules*, in *Yale Law Journal*, 105, 1995, 235 ss.; I. AYRES, P.M. GOLDBART, *Optimal Delegation and Decompiling in the Design of Liability Rules*, in *Michigan Law Review*, 249, 2001, 1 ss.

il ritardo nella emanazione del provvedimento al previo riconoscimento della spettanza dell'utilità finale o bene della vita da parte di privati e imprese.

D'altra parte, il fatto che il legislatore italiano abbia considerato il termine dell'art. 2, l. n. 241/1990 come uno strumento a garanzia della certezza temporale e dell'affidamento delle sfere private nei confronti dei poteri pubblici può avere un certo significato. Secondo il nostro punto di vista, il legislatore ha inteso limitare le ipotesi di risarcimento alle fattispecie in cui ricorra non solo il "danno ingiusto" per il comportamento *sine iure* dell'amministrazione, ma anche il comportamento "doloso o colposo" della stessa³⁷. In particolare, si è voluto vincolare la responsabilità da ritardo dell'amministrazione ai tipici elementi costitutivi dell'illecito di cui all'art. 2043 del Codice civile italiano che disciplina la responsabilità extracontrattuale³⁸.

Il tal senso, l'articolo 2-*bis* della l. n. 241/1990³⁹, prevede che la condotta tenuta dall'amministrazione, per poter essere qualificata *contra ius*, deve concretizzarsi nella lesione di interessi del privato o dell'impresa⁴⁰, anche non necessariamente patrimoniali, meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in violazione del dovere generale di *alterum non laedere*⁴¹. Rientrando nello schema della responsabilità extracontrattuale, l'illiceità del danno, come dispone espres-

37 M. DENTAMARO, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico contributo allo studio dell'illecito nella decisione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996.

38 R. CARANTA – L. TORCHIA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano, la responsabilità della pubblica amministrazione dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2002, 836-838. Inoltre, si v. sempre R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano la responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, Giuffrè, 2001.

39 L'art. 2-*bis*, l. n. 142/1990, sembra stabilire un parallelo con la norma di cui all'art. 23 del d.P.R. n. 3/1957. L'art. 23 citato, come si è visto, è rubricato «danno ingiusto». In particolare, la disposizione sancisce la responsabilità del funzionario pubblico prevedendo espressamente che sia «danno ingiusto quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave. La norma precisa che «restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti». Inoltre, importante specificazione è inerente alla responsabilità personale dell'impiegato che «sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nella omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento».

40 Sul punto, anche se risalente, si v. D. FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, *Il foro italiano*, 86(8), 1963, 81-82 e 109-110.

41 Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 710 ss.

samente la norma, deve essere direttamente ricollegabile all'inosservanza dolosa o colposa dell'amministrazione che non ha rispettato il termine finale per provvedere.

3.2. I presupposti: ingiustizia, nesso causale, elemento soggettivo.

Questa impostazione conduce a ritenere, secondo la tesi avanzata dalla giurisprudenza italiana⁴², che l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris et de iure* in automatica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve, *ex art. 2697* del Codice civile italiano, provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda. In altre parole, occorre verificare la sussistenza sia dei presupposti di carattere oggettivo: *i)* prova del danno; *ii)* ammontare; *iii)* ingiustizia; *iv)* nesso causale. Occorre poi provare l'elemento soggettivo: *a)* dolo; *b)* colpa.

A tal riguardo, le corti amministrative hanno affermato che la sussistenza dell'elemento soggettivo non può essere dichiarata in base al solo dato oggettivo della illegittimità dell'atto adottato o dell'ingiustificato protrarsi del tempo utile all'adozione del provvedimento, essendo invece necessaria anche la dimostrazione che l'amministrazione abbia agito con dolo o colpa. Ciò è utile a mostrare come il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile

42 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1001, secondo cui l'inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta, in generale, il risarcimento del danno ingiusto qualora, con dimostrazione del nesso di causalità, questo consegua alla già menzionata inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione (art. 2-bis, comma 1, l. n. 241/1990). Nei casi espressamente previsti questo comporta il riconoscimento di un indennizzo, il cui titolo a ricevere questo (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e che, ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria, è detratto dalle somme complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo (art. 2-bis, comma 1-bis, l. n. 241/1990). Negli stessi termini si è espresso recentemente Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5143, secondo cui la responsabilità da ritardo di cui all'art. 2-bis, l. n. 241/1990, dev'essere ricondotta, relativamente all'identificazione dei suoi elementi costitutivi, all'art. 2043 c.c. Conseguentemente il danno da ritardo risarcibile non può essere presunto *iuris tantum*, quale effetto scontato del semplice scorrere del tempo, ma è necessaria la verifica della sussistenza dei presupposti di carattere soggettivo e oggettivo, richiesti dalla succitata norma codicistica.

ad un comportamento negligente o ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 della Costituzione⁴³.

In virtù dell'orientamento della giurisprudenza, si tende a riconoscere il danno da ritardo al ricorrere dei seguenti presupposti: *I*) la prova di un danno economicamente apprezzabile nella sfera giuridica del soggetto (ingiustizia del danno); *II*) il danno deve essere direttamente connesso con la violazione del termine di conclusione del procedimento da parte dell'amministrazione (nesso causale); *III*) la violazione della regola procedimentale (sotto il profilo temporale) deve essere effettivamente imputabile all'amministrazione almeno a titolo di colpa (elemento soggettivo).

Se l'impostazione seguita è quella della natura extracontrattuale della responsabilità, il comportamento dell'amministrazione deve essere allora valutato unitamente alla condotta del privato e/o dell'impresa richiedente che rivestono il ruolo di parti essenziali e attive del procedimento e in tale ruolo dispongono di poteri idonei a incidere sulla tempistica e sull'esito del procedimento stesso attraverso il ricorso ai rimedi processuali e stragiudiziali riconosciuti dall'ordinamento giuridico⁴⁴.

Per la parte privata sono applicabili le stesse considerazioni valide in materia di obbligazioni sulle condotte potenzialmente idonee che il creditore deve tenere per impedire il verificarsi dell'evento dannoso, in vista di accertare se il danno poteva essere evitato attraverso un uso corretto e tempestivo degli strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela della posizione soggettiva di cui il privato e l'impresa sono portatori.

Tra i rimedi vi è la procedura mediante il silenzio dell'amministrazione, che deve essere attivata con tempestività dal privato e dall'impresa al fine dell'accertamento della spettanza del risarcimento, nonché della quantificazione

43 TAR Puglia, Lecce, sez. I, 7 aprile 2016, n. 575.

44 È di rilevante portata sul punto la ricerca di M. ARONSON, M. GROVES, G. WEEKS, *Judicial review of administrative action and government liability*, Sixth. Pyrmont, N.S.W, 2017.

del danno risarcibile, rilevando altrimenti la stessa condotta colposa del privato e/o dell'impresa ai sensi dell'art. 1227 Codice civile. Tale norma stabilisce che se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate⁴⁵.

3.3. Natura extracontrattuale della responsabilità, alcuni punti critici.

Nell'ordinamento italiano, come visto, la giurisprudenza assegna alla responsabilità dell'amministrazione per il danno da ritardo, prevista dalla norma dell'articolo 2-*bis*, l. n. 241/1990, una natura extracontrattuale ai sensi dell'articolo 2043 del Codice civile⁴⁶. Si tratta, a nostro modo di vedere, di una posizione piuttosto garantista delle prerogative dell'amministrazione pubblica. È paradigmatica la posizione di questa giurisprudenza in un caso dove si stabiliva che il danno da ritardo, se da un lato deve essere ricondotto al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere, dall'altro, in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile, costituisce una fattispecie *sui generis*, di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta all'articolo 2043 del Codice civile, per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità⁴⁷.

A nostro modo di vedere, affrontando la questione alla luce di quanto sinora si è detto non può sottacersi l'esistenza di un certo contrasto fra il costante orientamento assunto dalla giurisprudenza in materia di risarcimento del danno da ritardo, a favore dell'applicazione dei canoni dell'illecito extracontrat-

45 Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 26 novembre 2015, n. 3032; TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 24 gennaio 2012, n. 762.

46 Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5143, in *Responsabilità civ. prev.*, 2016, 1, 295. Sul tema si v. M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 C.c.*, Milano, Giuffrè, 2006.

47 Cons. Stato, Sez. IV, 04 maggio 2011, n. 2675 in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 5, 1507. Di conseguenza l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, «presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve *ex art. 2697 c.c.*, provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda».

tuale (2043 Codice civile) e l'evoluzione delle norme che disciplinano l'istituto del termine di conclusione del procedimento amministrativo a garanzia dei diritti dei privati e delle imprese.

Come sosteniamo di seguito, il tentativo da parte della giurisprudenza di vincolare la nuova dimensione della risarcibilità del danno derivante dai ritardi del procedimento alla responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione appare scarsamente idoneo ad assicurare l'efficacia e la tempestività dell'azione amministrativa per la soddisfazione dei diritti dei privati e delle imprese che si rapportano con la sfera (economica) pubblica.

4. Norme di responsabilità e *nudges*.

L'interpretazione delle norme preposte a tutela del tempo delle procedure pubbliche è cruciale sul versante del buon andamento dell'amministrazione⁴⁸. Se consideriamo le norme in esame alla stregua di incentivi per i soggetti che operano nel sistema amministrativo, inducendo questi a tenere condotte virtuose, si potrebbe sostenere che tali norme sono idonee ad incrementare

48 Si v. A. PETRETTO, *L'analisi economica del procedimento amministrativo*, in *Giust.Amm.it*, 10, 2015, 1 ss., ma in part. 4, secondo il quale il procedimento amministrativo ha tutte le caratteristiche di un processo produttivo, per fasi verticalmente integrate, che impiega input produttivi e quindi ne sostiene i relativi costi. L'A. fornisce una formalizzazione da cui è possibile definire una funzione di costo relativa ad un ufficio u : $C_u = C(y_u, w_u, K_u, q_u, e_u)$ $u=1, \dots, U$ dove y_u è il vettore dei tipi di atti amministrativi prodotti dall'ufficio in questione, w_u il vettore dei costi dei fattori, la retribuzione dei funzionari e i costi degli *input* intermedi (spesa pubblica corrente), K_u è lo *stock* di capitale assegnato all'ufficio u (risultato della spesa in conto capitale effettuata in passato). La variabile q_u rappresenta la qualità dei procedimenti, strettamente connessa alla tempestività e all'accuratezza dell'istruttoria, nonché l'estensione e applicazione concreta dell'istituto della partecipazione e del diritto di accedere ai documenti amministrativi che limitano il potere monopolistico di natura informativa detenuto dalla pubblica amministrazione. La variabile e_u rappresenta la produttività del personale dell'ufficio. Sia q_u che e_u sono numeri positivi definiti in un intervallo, da un minimo ad un massimo. In generale, il costo è una funzione crescente di q_u , dato che pratiche tempestive e accurate richiedono l'impiego di risorse, mentre la funzione è costante rispetto agli atti di partecipazione, quando è disposto che i relativi costi ricadono direttamente nei portatori di interessi diffusi. La funzione di costo è viceversa ovviamente decrescente di e_u . Mentre quest'ultima è una variabile puramente organizzativa, la variabile q_u dipende dalla disciplina, in particolare dalle norme volte alla semplificazione del procedimento.

esponenzialmente il *surplus* di benessere di ciascun soggetto e più in generale della collettività⁴⁹.

Tali norme potrebbero essere viste come un insieme di *nudges* (pungoli) rivolti agli individui per tenere una determinata condotta positiva o negativa. In questa prospettiva, le regole giuridiche introducono un sistema di “prezzi impliciti” per i comportamenti da adottare o non adottare, cosicché qualunque sia il comando di una norma esso può essere trasgredito al prezzo di pagare la relativa sanzione⁵⁰. Le regole giuridiche, collegando prezzi impliciti a ciascuna delle condotte disciplinate, possono condizionare i comportamenti verso la massimizzazione degli obiettivi. Sulla base di questa impostazione, una variazione della regola giuridica condiziona il comportamento alterando la stessa struttura dei prezzi e con essa anche il problema di ottimizzazione affrontato sul mercato⁵¹. La massimizzazione della ricchezza, fungendo da paradigma per l'analisi delle norme, può quindi essere incentivata o vincolata dalle regole di diritto e il ruolo del diritto viene concepito come mezzo per variare i prezzi.

Una simile impostazione può funzionare soprattutto per le norme della responsabilità civile, le quali più di altre possono assolvere al compito di correggere i fallimenti del mercato. Con la funzione deterrente, la responsabilità civile contribuisce ad innalzare il livello di diligenza del comportamento degli attori in gioco – funzionari e amministrazioni – e a far rispettare gli standard legali vigenti nel contesto di riferimento. In sostanza, il timore della sanzione ir-

49 Secondo G. ALPA, *Introduzione*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit., 9, il metodo di analisi economica è «l'applicazione delle teorie dell'economia del benessere al sistema del diritto nel suo complesso».

50 Sul punto, si v. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, 15-16. In tal modo il metodo giuseconomico si pone lo scopo di verificare l'efficienza che le regole giuridiche hanno nel conseguire i loro obiettivi. Ogni norma, dunque, viene valutata sulla base della sua idoneità a determinare gli effetti che intende ottenere, ai mezzi utilizzati per la realizzazione di tali effetti e agli oneri che a tale scopo sono fissati in capo ai soggetti privati e ai poteri pubblici.

51 Si v. G. ALPA, *Consumatore e mercato*, in G. CAPILLI (a cura di), *I contratti del consumatore*, Torino, Giappichelli, 2021.

rogabile dovrebbe preventivamente indurre i funzionari e le amministrazioni a adottare atti e comportamenti coerenti con il paradigma legale.

D'altra parte, a noi sembra coerente pensare che la disposizione di cui all'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, quando stabilisce che le amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, assolve anche a tale funzione: tradurre la minaccia del precetto – quella di incorrere in responsabilità patrimoniale – in un incentivo volto ad ottenere la diligenza dell'amministrazione nell'adempimento dell'obbligo di concludere tempestivamente il procedimento, vale a dire entro il termine assegnato dalla legge o dal regolamento.

Se tale disposizione non avrà alcun effetto in via preventiva, allora potrà entrare in gioco, sempre a tutela del rispetto del tempo dei procedimenti pubblici, la disposizione sul risarcimento del danno che dovrebbe permettere ai privati e alle imprese danneggiate dal ritardo dell'amministrazione di ottenere il ristoro economico per il pregiudizio subito. In quest'ultimo caso, la responsabilità civile può così adempiere anche alla sua tipica funzione correttiva, reintegrando per equivalente, attraverso il pagamento di un prezzo, il patrimonio del soggetto danneggiato.

La responsabilità civile, secondo l'impostazione qui offerta, sarebbe idonea ad "internalizzare" i danni prodotti in conseguenza del ritardo dell'amministrazione. L'azione deterrente della responsabilità civile dipende dal fatto che essa vincola chi agisce a computare, nella propria sfera giuridica, anche gli effetti pregiudizievoli che eventualmente si possono riverberare sui terzi.

Allo stesso modo anche la norma di responsabilità di cui all'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, enfatizzando la risarcibilità di privati e imprese che verrebbero lesi da una sua condotta illecita, impone all'amministrazione di valutare gli inconvenienti che si generano nella propria sfera patrimoniale per l'esercizio di un'azione intempestiva che avesse colpevolmente trasgredito il termine di conclusione del procedimento.

Tuttavia, questa potenziale capacità della norma di obbligare a calcolare preventivamente i costi, internalizzandoli nel bilancio economico del soggetto agente, che altrimenti resterebbero esterni, viene limitata dal modo in cui: *i)* si identifica il danno meritevole di ristoro, *ii)* dal criterio di imputazione della condotta illecita; *iii)* dalla struttura dei rimedi posti a presidio del danneggiato.

In particolare, i limiti all'azione deterrente delle norme risarcitorie sono cioè contrassegnati da:

a) misura delle esternalità rilevanti ai sensi della legge, ossia dalla quantificazione del danno ingiusto di cui all'art. 2-bis, l. n. 241/1990; *b)* dal regime previsto per l'addebito della responsabilità, vale a dire il dolo o la colpa richiamati dall'art. 2-bis citato; *c)* dai mezzi di reazione che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dei potenziali danneggiati, ossia l'azione risarcitoria per danno da ritardo di cui all'art. 30 del codice del processo amministrativo; *d)* dalla possibilità dell'agente di valutare l'opportunità di svolgere l'azione rischiosa in rapporto a calcoli di convenienza personali ed economici, vale a dire una valutazione costi-benefici del risarcimento tra prezzo e sanzione.

Partendo da quest'ultimo profilo, si potrebbe argomentare che un certo comportamento sarà tenuto o non tenuto – e nel caso dell'art. 2-bis, l. n. 241/1990, anche tenuto tardivamente – e il relativo divieto o obbligo sarà rispettato, solo se il prezzo di quel comportamento o della sua omissione siano sufficientemente elevati e quindi tali da rendere più conveniente astenersi o, viceversa, attuarlo. Nel caso del danno ingiusto previsto dall'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, è possibile supporre che l'amministrazione sarà tanto incentivata a rispettare il termine finale del procedimento, quanto maggiore sarà l'interesse economico sotteso al procedimento medesimo.

5. La responsabilità soggettiva fra benefici e difetti.

I criteri di imputazione della responsabilità soggettiva cui l'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990 è caratterizzata dall'essere imputata all'autore di un atto lesivo

mediante la valutazione del carattere doloso o colposo della sua condotta. Tale modello di responsabilità mostra come il danneggiato, dovendo sopportare la responsabilità complementare a quella del danneggiante, sarà incentivato ad assumere particolari cautele.

Nella responsabilità soggettiva ciò avviene proprio perché tale modello si configura nei casi in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto che ha cagionato il danno sono avvenute in violazione di regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione da parte dell'organizzazione, nonché di errori commessi da parte di quest'ultima⁵².

In particolare, nel sistema della responsabilità soggettiva l'ordinamento giuridico richiede che l'amministrazione agisca secondo il criterio della diligenza. Lo standard legale di diligenza, molto usato nell'analisi economica, è quello di Hand. Si tratta di una formula che fa riferimento al costo marginale della precauzione, al valore monetario del danno provocato dal fatto o atto colposo e alla probabilità marginale riferita al verificarsi del fatto/atto che cagiona il danno ingiusto.

Nel caso di specie l'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, prevedendo espressamente il canone della colpa (e del dolo) quale criterio di imputazione per la condotta antiggiuridica, incentiva implicitamente l'amministrazione a adottare diligentemente tutte le precauzioni del caso affinché non si verifichi la violazione del termine di conclusione del procedimento.

Uniformandosi alla misura di diligenza richiesta dalla norma, l'amministrazione sarebbe esente da responsabilità anche se un danno effettivamente si verifica e dovrebbe sopportare solo i costi di prevenzione e non già il risarcimento del danno. L'ente pubblico sarebbe portato a comportarsi in maniera diligente, come richiesto dalla norma.

52 Sugli errori di organizzazione, si v. D. HOFMANN – M. FRESE (eds.), *Errors in Organizations. SIOP Organizational Frontiers Series*, New York, Routledge, 2011; C. PERROW, *Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies*, New York, Basic Books, 1984; J. REASON, *Human Error*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, tr. it. *L'errore umano*, Il Mulino, Bologna, 1994.

In caso contrario, l'amministrazione dovrebbe sopportare gli interi costi sociali per aver prestato un livello di precauzione inferiore allo standard richiesto. Ciò contribuisce a rendere diligente l'azione dei pubblici uffici nel definire le pratiche di privati e imprese in modo efficiente, ossia nel concludere i procedimenti nei tempi fissati dalle leggi o dai regolamenti.

Tuttavia, l'efficienza del sistema di responsabilità soggettiva va incontro ad alcuni importanti limiti che possono sintetizzarsi come segue.

I) Il primo limite mostra la difficoltosa gestione normativa e giudiziale che la responsabilità soggettiva comporta, la quale impone al legislatore di calibrare e al giudice di determinare in via applicativa le precise caratteristiche della condotta diligente corrispondente al livello di precauzione socialmente ottimo, operazione questa non particolarmente facile, soprattutto se riferita a norme, come quella di cui all'articolo 2 della l. n. 241/1990, che disciplinano il tempo del procedimento amministrativo.

II) A simili difficoltà valutative, insite nel concetto stesso di colpa, si aggiunge l'ulteriore fattore di rischio costituito dalla frequenza con cui viene svolta l'attività dannosa, ossia dal livello di efficienza dell'attività. Dato che la maggiore frequenza nello svolgimento di attività dannosa aumenta la probabilità di causare danni, il criterio della responsabilità soggettiva potrebbe non essere in grado di incidere su tale variabile, poiché generalmente il requisito della diligenza attiene alle modalità di realizzazione di un comportamento e non già alla frequenza del compimento dello stesso.

Mentre le amministrazioni danneggianti sottoposte ad un regime di responsabilità oggettiva hanno tutto l'interesse a non eccedere nell'esercizio di attività dannose, mantenendosi entro i limiti di un livello efficiente di attività, le potenziali amministrazioni danneggianti vincolate al criterio della responsabilità soggettiva, una volta rispettato lo standard legale di diligenza mediante l'adozione del livello efficiente di precauzioni, non sono affatto incentivate a mante-

nere un livello di efficienza dell'attività, non subendone le conseguenze in termini di responsabilità.

Al contrario, l'assolvimento dei diritti e degli interessi di privati e imprese richiede che, oltre all'adozione del livello precauzionale efficace, l'amministrazione aumenti il livello di efficienza dell'attività fin quando l'incremento dell'utilità, derivante dal miglior livello di attività, non ecceda la crescita dei prevedibili costi totali derivanti dai danni.

III) Un elemento ulteriore e non trascurabile che denota l'inefficienza del regime di responsabilità extracontrattuale è da identificarsi nelle conseguenze distributive – in termini di minore equità – che da esso derivano. In particolare, la responsabilità soggettiva restringe notevolmente le possibilità risarcitorie delle persone e ne disincentiva la soddisfazione.

IV) Il sistema fondato sulla colpa comporta costi amministrativi maggiori sotto il profilo probatorio, perché maggiori saranno gli oneri per i soggetti danneggiati di provare la condotta negligente dell'amministrazione.

V) In un sistema di responsabilità soggettiva, gli errori attinenti alla fissazione del paradigma legale di diligenza influenzano in modo diretto il contegno dell'amministrazione danneggiante, in quanto uno standard legale non coincidente con il livello socialmente ottimale di prevenzione per difetto o per eccesso provoca il ricorso a misure preventive rispettivamente insufficienti o eccessive, comunque inefficienti per la soddisfazione dei diritti di privati e imprese. La sola incertezza circa il criterio normativo di diligenza fissato in un sistema di responsabilità colposa può portare inevitabilmente le potenziali amministrazioni danneggianti ad incrementi non efficienti delle proprie misure di prevenzione⁵³.

53 Inoltre, il criterio di responsabilità colposa può subire una parziale metamorfosi in relazione all'intervento di istituti quali il c.d. concorso di colpa (*contributory negligence*) e del c.d. concorso di colpa con colpa comparativa (*comparative negligence*). Come affermato dalla dottrina, il favore per un sistema di responsabilità per colpa si giustifica ove si consideri che anche l'amministrato può utilmente contribuire alla prevenzione o comunque alla riduzione del danno. Così F. FRACCHIA, *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 147 ss., secondo il quale

6. La responsabilità contrattuale.

6.1. Il rapporto legale tra privati, imprese e amministrazione.

Le considerazioni appena svolte denotano, soprattutto sul versante della tutela dei privati e delle imprese che possono subire un danno dal ritardo nella conclusione del procedimento da parte dell'amministrazione, la scarsa efficacia del modello di responsabilità di cui all'articolo 2-*bis*, l. n. 241/1990.

In questa parte, offriremo una diversa lettura della norma in questione in vista di sostenere il modello di responsabilità contrattuale come sistema efficace, efficiente e capace di tutelare maggiormente i diritti e gli interessi delle sfere private nel mercato⁵⁴.

La responsabilità contrattuale si fonda sul seguente schema giuridico. Alla base abbiamo un rapporto legale tra i privati, le imprese e l'amministrazione pubblica. Tale rapporto si costituisce dapprima in forza dell'instaurarsi del procedimento, poi in virtù dell'obbligo che sorge in capo all'amministrazione di concludere il procedimento, come previsto dall'articolo 2, l. n. 241/1990.

La violazione dell'obbligo determina una responsabilità di tipo contrattuale assoggettata al regime dell'articolo 1218 del Codice civile italiano. L'articolo 1218 stabilisce la regola secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

la colpa può essere considerata quale regola atta a distribuire l'onere di «autoprotezione» tra danneggiante e vittima.

54 Ma anche nella c.d. responsabilità da «contatto amministrativo qualificato» recentemente proposta dalla dottrina e sui cui si v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 649 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, 147 ss.; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2001, III, 18 ss.; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 213 ss.

6.2. Inversione dell'onere della prova e diritti procedurali.

Nella responsabilità contrattuale, l'elemento soggettivo dell'illecito e la sua prova spettano all'amministrazione, la quale deve allegare a sua discolpa i motivi ostativi alla tempestiva conclusione del procedimento amministrativo.

Si può argomentare, dunque, come l'impatto maggiore che provoca l'assunzione del modello di responsabilità contrattuale non risiede tanto nella presunzione della colpa in capo all'amministrazione danneggiante, che pure avrebbe un effetto dirompente. Al contrario, un aspetto fondamentale attiene al riparto dell'onere della prova sull'elemento psicologico, che sottrae impresa e privati danneggiati dal provare la colpa dell'amministrazione danneggiante, imponendo a quest'ultima di dimostrare che l'inadempimento è dovuto a cause ad essa non imputabili.

A noi sembra che la fattispecie dell'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, prevedendo la pretesa ad una risposta certa e tempestiva dei privati e delle imprese nei confronti dell'amministrazione, abbia voluto configurare un diritto procedimentale ascrivibile al novero di quelle situazioni giuridiche che non mettono in gioco il risultato, rispetto al quale sono indifferenti, ma solo il dovere di concludere il procedimento⁵⁵.

In questa prospettiva, l'art. 2-*bis*, comma 1, della l. n. 241/1990, come si è avuto modo di vedere, proprio perché ha introdotto nell'ordinamento italiano il principio della risarcibilità del danno da ritardo, anche a prescindere dalla spettanza del provvedimento richiesto, ha inteso accordare al diritto procedimentale di persone e imprese una tutela risarcitoria autonoma rispetto all'interesse a conseguire l'utilità finale o bene della vita⁵⁶.

Per questa ragione, secondo il nostro punto di vista, l'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990 fonda una responsabilità di tipo contrattuale regolata in quanto tale dall'articolo 1218 del Codice civile italiano.

⁵⁵ Si v. G. D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile*, Torino, 2003, 57.

⁵⁶ Si v. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013, 178.

6.3. L'indennizzo automatico del danno da ritardo.

La natura “contrattuale” della responsabilità è confermata dall'introduzione del comma 1-*bis* all'interno dell'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990, con cui il legislatore italiano ha previsto un indennizzo per il mero ritardo da corrispondere all'interessato in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento⁵⁷.

Con tale disposizione, si è inteso realizzare un meccanismo tipico della responsabilità contrattuale, assimilabile per certi versi alla previsione di cui all'art. 1382 Codice civile italiano. Quest'ultima norma, disciplinando gli effetti della clausola penale in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, ha la funzione di esonerare il creditore dall'onere di provare il danno da inadempimento, in quanto ne costituisce liquidazione anticipata, e al contempo di incentivare l'adempimento del debitore, il quale conosce sin dall'inizio l'entità della prestazione cui è tenuto se inadempiente.

Allo stesso modo, la disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, è finalizzata a sanzionare l'amministrazione, attraverso la corrispondenza al privato/impresa istante di una prestazione risarcitoria determinata in modo forfettario e automatico, per il mancato o ritardato adempimento dell'obbligo di concludere il procedimento nel termine.

La norma sembra rafforzare la responsabilità in capo all'amministrazione, secondo lo schema dell'art. 1218 Codice civile, per prevenire il danno che conseguirebbe dalla condizione di incertezza sulle sorti del procedimento qualora questo non si concluda entro il termine prestabilito dalla norma o dal regolamento.

7. Conclusioni.

57 Sul tema generale dell'indennizzo, da ultimo, si v. A. GIANNELLI, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova 'rete di contenimento'?*, in *Diritto e società*, 2020, 509-548.

In questo articolo abbiamo analizzato le norme sulla responsabilità civile di funzionari e amministrazioni per violazione del termine finale del procedimento e abbiamo argomentato come tali norme svolgano una importante funzione precauzionale nel minimizzare l'incidenza dei costi che derivano dai comportamenti lesivi delle situazioni giuridiche soggettive protette di privati e imprese nel contesto economico⁵⁸.

Abbiamo sostenuto come la disciplina della responsabilità civile di funzionari e amministrazioni diviene un utile strumento per la tutela del fattore temporale del procedimento, laddove riesce a internalizzare i costi esterni provocati dall'inosservanza del termine, obbligando i funzionari e gli enti che causano ingiustamente un danno a risarcire privati e imprese.

In questo modo, funzionari e amministrazioni che si trovano a prendere una decisione – ma la stessa cosa vale, nel nostro caso, per chi colpevolmente si trovi a non prendere alcuna decisione o a prenderne una troppo tardi – sono incentivati a tenere conto degli ipotetici effetti pregiudizievoli che la propria condotta – attiva, omissiva o tardiva – potrebbe causare a privati e imprese. Tale condizione dovrebbe indurre, tramite appositi *nudges*, pubblici ufficiali e amministrazioni a prendere adeguate misure precauzionali che impediscano, in virtù di una stima probabilistica, il danno a sua volta fonte di un obbligo risarcitorio non conveniente⁵⁹.

Se così fosse la responsabilità civile non solo potrebbe garantire l'effettività e la certezza, ma fornirebbe un formidabile incentivo al buon andamento dell'azione amministrativa sotto il profilo temporale, preordinando l'operato dei funzionari al rispetto del termine entro il quale il procedimento deve concludersi, in modo da favorire la tempestività dell'agire amministrativo per il soddisfacimento dei diritti di privati e imprese secondo i canoni del buon andamento e dell'imparzialità, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione italiana.

58 G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile: un'analisi economico-giuridica*, cit., *passim*.

59 Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 282-283.

Tuttavia, ciò impone ancora di vagliare a tale scopo i criteri seguiti nel contesto legale di riferimento per l'imputazione di tale responsabilità. In base a come vengono interpretate, le norme risarcitorie producono effetti molto diversi fra di loro, talvolta finanche diametralmente opposti. Spesso accade che il criterio ermeneutico, nonostante si riveli particolarmente adatto, non riesca a fugare del tutto il pericolo della dispersione e della vaghezza. Sicché il rinvio da parte delle norme sul procedimento amministrativo alla responsabilità civile si dimostra mezzo interpretativo tutt'altro che agevole da gestire e per diverse ragioni.

Non è scontato che gli incentivi o i risultati associabili alla predisposizione di una tutela per equivalente assicurino il raggiungimento dello stato più prossimo a quello che la collettività avrebbe reputato desiderabile o di cui avrebbe usufruito grazie a comportamenti osservanti. Una sanzione risarcitoria non efficacemente adattabile potrebbe spingere ad esiti divergenti dagli obiettivi programmati dalla norma violata, anche più di quanto non lo sarebbero le implicazioni della rinuncia al rimedio extracontrattuale⁶⁰, di quello contrattuale o ancora di quello per responsabilità oggettiva. Talvolta, poi, le scelte legislative o le decisioni giurisprudenziali rivelano la consapevolezza che un eccesso di deterrenza potrebbe provocare costi – in termini di mancata produzione di utilità – maggiori rispetto ai danni che essa sarebbe in grado di evitare⁶¹.

Sebbene si tratti di preoccupazioni fondate, le considerazioni appena svolte non mettono in seria discussione i benefici che l'utilizzo della responsabilità civile può apportare per l'ordinamento giuridico. La prevenzione degli atti pregiudizievoli attuata con la minaccia del trasferimento dei relativi oneri e l'attenuazione dell'incidenza del danno che si sia comunque verificato, perseguita *ex post* con la distribuzione delle perdite, sono ricomposte nell'obiettivo

60 Si v. M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, Giuffrè, 129 ss.

61 Si v. P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. prin.)*, op. cit., 90 ss., ma in part. 101. Con riferimento al comportamento amministrativo, si v. il risalente lavoro di M. MAZZA, *In tema di responsabilità della pubblica Amministrazione con riguardo all'illecito di polizia*, Il foro italiano, 75, 1952, IV.

unitario di ridurre, per gli individui e per la società, i costi dei comportamenti vietati e dannosi.

È in questa logica che la responsabilità civile dei funzionari e dell'amministrazione dovrà perseguire l'obiettivo di ottenere il massimo rispetto dei tempi di conclusione del procedimento a garanzia delle situazioni soggettive di privati e imprese che operano nei vari settori del mercato.

Se è vero che tale prospettiva non è da sola sufficiente per un sistema ottimale di responsabilità civile di funzionari e amministrazione, è altrettanto vero che questa prospettiva è quanto meno necessaria. Alla responsabilità civile dovrà guardarsi come modello di ottimizzazione di molti comportamenti amministrativi e dei costi sociali conseguenti, al tempo stesso tenendo presenti le esigenze di deviare da tale percorso in nome di ragioni etiche e di equità, le quali faranno preferire soluzioni meno efficienti.