

LA DUBBIA EFFICACIA DELLO “SCUDO ERARIALE” COME STRUMENTO DI TUTELA DEL BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

Salvatore Cimini, Federico Valentini*

Abstract: Il sistema amministrativo risulta sempre più caratterizzato da condotte patologicamente cautelative dei decisori pubblici e tale fenomeno, noto come “burocrazia difensiva”, compromette il buon andamento della pubblica amministrazione con conseguente pregiudizio allo sviluppo economico del Paese. La rimodulazione della responsabilità erariale nei termini indicati nell’art. 21 del d.l. 76/2020 (convertito con modificazioni in legge 120/2020) costituisce un mezzo di dubbia efficacia per conseguire il nobile obiettivo di migliorare l’agire pubblico e favorire la ripresa degli investimenti. Restituire la serenità ai decisori pubblici è possibile e necessario al fine di rendere la burocrazia più veloce ed efficiente, ma ciò può raggiungersi solo attuando riforme strutturali e permanenti. Nel presente lavoro si suggerisce una tipizzazione della colpa grave – auspicabile per il riordino della disciplina della responsabilità erariale in ottica di una effettiva semplificazione – e una valorizzazione della c.d. amministrazione di risultato da attuare mediante un potenziamento del sistema dei controlli sull’attività dei funzionari e dei dirigenti.

Abstract: *The administrative system is increasingly characterized by the pathologically precautionary conduct of public decision-makers and this phenomenon, known by the term "defensive bureaucracy", compromises the good performance of the public administration with consequent prejudice to the economic development of the country. The reshaping of administrative responsibility in the terms indicated in art. 21 of the d.l. 76/2020 (converted with amendments into law 120/2020) is a dubious means of achieving the noble objective of improving public action and encouraging the resumption of investments. Restoring peace of mind to public decision-makers is possible and necessary in order to make bureaucracy faster and more efficient, but this can only be achieved by implementing permanent and structural reforms. In this paper we point out the typing of the hypothesis of gross negligence – necessary for the reorganization of the tax liability discipline with a view to effective simplification - and even an enhancement of the administration of results, implemented by strengthening the system of controls on the activity of officials and managers.*

SOMMARIO: **1.** “La patologia”: paralisi amministrativa da burocrazia difensiva; **2.** “La cura”: la modifica del dolo; **3.** (Segue): l’eliminazione (parziale) della colpa grave nella responsabilità erariale; **4.** (Pre)visione critica degli effetti della riforma sulla pubblica amministrazione; **5.** Spunti *de jure condendo*: la tipizzazione della colpa grave; **6.** Ulteriori riflessioni *de jure condendo*: semplificazione normativa e amministrazione di risultato per il buon andamento della P.A.

1. “La patologia”: paralisi amministrativa da burocrazia difensiva.

Proprio quando erano tangibili segni di ripresa dal lungo periodo di buio economico che ha oppresso l’Unione Europea a cominciare dal 2008¹, l’emergenza sanitaria da Covid-19 ha fatto ripiombare l’intero territorio unionale (ma in realtà l’estensione è globale) in una profonda crisi istituzionale, sociale ed economica i cui effetti verosimilmente sono ancora lontani dal manifestarsi in tutta la loro intensità e graveranno sulla popolazione per diversi decenni².

In Italia, in questo particolare momento storico, si avverte - più forte di prima - la necessità di migliorare un sistema che certamente già negli anni passati - e in situazione di ordinarietà - aveva manifestato falle non indifferenti nella pubblica amministrazione, tali da compromettere i tanto invocati e positivizzati, quanto imprescindibili, principi di efficacia ed efficienza.

Nello specifico, infatti, è noto come molte iniziative (anche di matrice europea) finalizzate allo sviluppo economico e sociale abbiano trovato spesso difficoltà di attuazione nell’incapacità delle pubbliche amministrazioni locali, con conseguente fallimento dei nobili obiettivi di sviluppo e crescita: si pensi - tornando un po’ indietro negli anni - alla c.d. Strategia di Lisbona del 2000³, quale programma di riforme economiche e sociali finalizzato all’obiettivo strategico dell’aumento nel medio termine (decennio successivo) del tasso di occupazione (3% di crescita economica, 70% di occupazione e 60% di forza lavorativa femminile) che però non fu raggiunto, complice anche la crisi economica degli anni successivi⁴.

Altro esempio, più recente, di impegno comunitario per lo sviluppo economico che non ha sortito gli effetti sperati, è stato il Trattato di Lisbona del 2010⁵ che al primo comma dell’art. 174 (ex art. 178 del TCE), recita: «*Per promuovere uno sviluppo*

1* Il presente lavoro è frutto di una riflessione condivisa degli Autori. Tuttavia, al prof. Salvatore Cimini si deve la stesura dei paragrafi 2, 3 e 5, al dott. Federico Valentini quella dei paragrafi 1, 4 e 6.

Per un approfondimento del tema della crisi economica e finanziaria, si veda G. DE GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria: dinamiche del potere finanziario e crisi sistematiche*, Cedam, Padova, 2011.

2 Sulle conseguenze economiche causate dalla pandemia a livello mondiale, si vedano O. JORDA, S.R. SING, A.M. TAYLOR, *Longer-Run Economic Consequences of pandemics*, working papers 2020-09, Federal Reserve Bank of San Francisco, in www.frbsf.org.

3 Per l’approfondimento di tale manovra e per l’evoluzione delle strategie comunitarie, si rinvia a G. ALLULLI, *Dalla strategia di Lisbona a Europa 2020*, Roma, Centro Nazionale Opere Salesiane, 2015.

4 Sul punto, si veda F. MANGANARO, *Aspetti istituzionali delle politiche di coesione*, in S. CIMINI, M. D’ORSOGNA (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 1 ss.

5 Per un valido commento al riguardo, si rinvia, per tutti, a F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010.

armonioso dell'insieme dell'unione, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale». Un'azione, quella descritta, che mirava a ridurre il divario tra diverse regioni del territorio europeo sostenendo maggiormente le zone più in difficoltà come quelle rurali, di montagna o transfrontaliere⁶. Ad oggi, tale divario non si può dire certo colmato⁷.

Rivolgendo lo sguardo al futuro, è di particolare importanza ed attualità la c.d. Strategia Europa 2020 (elaborata dopo la Strategia di Lisbona) che si pone l'obiettivo di conseguire «una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva come mezzo per superare le carenze strutturali dell'economia europea, migliorarne la competitività e la produttività e favorire l'affermarsi di un'economia di mercato sociale e sostenibile»⁸. Senza scendere nel dettaglio di tale ambizioso progetto, troppo recente per valutarne gli effetti, giova rilevare il ruolo fondamentale attribuito alle singole realtà nazionali in quanto gli obiettivi prefissati costituiscono parametri di azione per ogni singolo Stato membro che, tuttavia, non viene vincolato nel *modus operandi*, così consentendo di contestualizzare gli obiettivi alla situazione (sociale, economica) specifica del territorio.

La libertà di agire accordata a ciascuno Stato membro fa comprendere l'importanza del sistema amministrativo interno che, se non adeguatamente organizzato e in grado di garantire una buona amministrazione, può vanificare qualsiasi sforzo profuso dalla legislazione nazionale e sovranazionale con ripercussioni pregiudizievoli per i singoli cittadini.

Di qui la necessità che a livello statale si recuperi la buona organizzazione e il buon andamento, per un corretto ed efficiente agire pubblico, evitando così "inefficienze paralizzanti". Sotto tale aspetto, ad esempio, nel nostro Paese si registra una situazione allarmante nel settore degli appalti pubblici, occupando l'Italia una posizione poco dignitosa nella classifica dei Paesi dove è più facile avviare un'impresa, stilata dalla Banca mondiale.

In tale settore, e così in tutti gli ambiti della pubblica amministrazione, si registra (a ragione) sempre molta attenzione al tema della responsabilità, in tutte le sue declinazioni (amministrativa, civile, penale, disciplinare), al fine di ridurre al minimo le ipotesi patologiche di condotte corruttive dei funzionari finalizzate al perseguimento dell'interesse privato in luogo di quello pubblico. Tuttavia, l'aspetto

6 Su tale aspetto il Trattato ha portato ad una posizione di parità il Parlamento ed il Consiglio, infatti il successivo art. 177 (ex art. 161 TCE) stabilisce una procedura legislativa ordinaria di co-decisione tra le due Istituzioni che si va a sostituire alla procedura del parere conforme precedentemente applicabile.

7 Sul punto, cfr. F. CHIAPPINI, *Regions4EU: Lo sviluppo tra regioni e periferie d'Europa*, 27 giugno 2020, in www.lospiegone.com.

8 Commissione europea, *EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Bruxelles, 3 marzo 2010, in www.eur-lex.europa.eu.

(ugualmente importante) su cui il legislatore non ha evidentemente posto la dovuta attenzione è quello relativo al rischio che il funzionario amministrativo ponga in essere comportamenti attivi od omissivi, prettamente cautelativi ancorché non corruttivi, mossi dal fine egoistico di evitare conseguenze pregiudizievoli di natura patrimoniale e reputazionale, sempre a scapito dell'interesse pubblico⁹.

Tale fenomeno, che prende il nome di "amministrazione difensiva" è mutuato da una vecchia piaga di un settore fondamentale della pubblica amministrazione, la sanità. Infatti, di "medicina difensiva" si parla sin dal 1994 allorché l'*Office of Technology Assessment* affermava che «la medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano i pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti praticano una medicina difensiva negativa». La medicina difensiva, volta ad evitare pretese risarcitorie in ottica di maggior tutela della classe medica¹⁰, si è prepotentemente affiancata alla medicina tradizionale, il cui unico fine è quello della tutela della salute, e quindi del paziente, dando luogo ad un sistema parallelo di vastissime porzioni ed estremamente dannoso per la collettività¹¹.

Senza dilungarsi su tale aspetto, è sufficiente rilevare in questa sede come il settore della sanità - avvilito dalle pratiche difensive non solo degli operatori ma anche delle strutture¹² - avrebbe dovuto costituire un campanello d'allarme per lo Stato apparato al fine di tutelare dallo stesso tipo di "patologia" l'intera pubblica amministrazione che oggi, al contrario, in molti settori deve fare i conti con frequenti condotte distorsive da parte dei funzionari i quali, pregiudicando l'efficacia e l'efficienza nell'agire, rendono più arduo e oneroso il raggiungimento del fine pubblico.

9 Cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim., Dir. Pubbl.*, 2019, 293 ss.

10 Con questo intento, unitamente a quello di contenere l'eccessiva mole di contenzioso, sono state attuate le importanti riforme che hanno rivoluzionato la sanità italiana e il relativo sistema di responsabilità, ovvero la legge 8 novembre 2012, n. 189, (c.d. legge Balduzzi) e la legge 8 marzo 2017, n. 24 (meglio nota come legge Gelli-Bianco).

11 La letteratura sulla genesi, sulle cause e sulle conseguenze della medicina difensiva è sterminata: a titolo esemplificativo, si segnalano R. BARRESI, A. BATTIGLIANO, A. CALABRESE, R. LOMASTRO, G. MAFFIONE, V. NATOLI, E. PARENTE, A. QUAZZICO, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, in Programma Scienziati in Azienda, XII edizione, Stresa 26 settembre 2011 – 16 luglio 2012, I° *Project Work* della Fondazione Studi Stresa; G. GUERRA, *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Salute e diritto Politiche sanitarie*, Vol. 14, n. 4, ottobre - dicembre 2013, in www.politichesanitarie.it; F. STELLA, *Incomprensione reciproca tra scienza giuridica e scienza medico-legale: un pericolo da scongiurare*, in *Riv. it. Med. Leg.* 1979, 7 ss; A. CAPOZZI, *Lotta alla medicina difensiva*, edizioni Ecolab, aprile 2016, 43, in www.diritto.it; G. COSMACINI, R. SATOLLI, *Lettera ad un medico sulla cura degli uomini*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 162.

12 Queste tendono progressivamente ad abbandonare quelle specifiche aree di intervento nelle quali è più probabile che si generi un contenzioso.

Ed infatti, è dimostrato come l'amministrazione difensiva esista realmente e sia in continua crescita¹³ perché i decisori pubblici (dirigenti, funzionari) operano costantemente non solo nella paura di incorrere in una condanna da cui deriverebbe un pregiudizio economico spesso molto gravoso¹⁴, ma anche in quella di essere soggetti al sempre più spietato *clamor fori* che inizia non già dalla condanna ma dalla semplice apertura del procedimento, a prescindere dall'esito dello stesso.

La c.d. "paura della firma" è molto frequente, stante la marcata esposizione dei dipendenti pubblici all'occhio vigile del giudice ordinario, della Corte dei Conti e, spesso, dell'ANAC, inseriti peraltro in un ordinamento che ha previsto, in ossequio al diritto sovranazionale, un potere/dovere di controllo e segnalazione di condotte apparentemente distorsive esercitabile anche dal basso¹⁵. Non è un caso, infatti, che da un'analisi della giurisprudenza contabile risulti come negli anni sia impietosamente aumentato il numero delle citazioni e, conseguentemente, il numero delle sentenze di condanna, ivi comprese quelle definitive¹⁶.

Non può negarsi come esista un nesso eziologico tra la percezione del rischio di responsabilità da parte dei funzionari pubblici e il rallentamento delle procedure amministrative che compromette il buon andamento. Per tale circostanza il governo ha ritenuto opportuno intervenire sulla responsabilità erariale, rimodulandola in senso favorevole ai funzionari e ai dirigenti pubblici mediante un restringimento del campo di applicazione nei modi e nei tempi che verranno analizzati nel paragrafo che segue.

13 Come risulta da *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, maggio 2017, Forum PA, Collana ricerche.

14 Solo per fare un esempio, si rinvia a Corte Conti, Sez. giur. Lazio, 15 giugno 2018, n. 346, a cui ha fatto seguito Corte Conti, Sez. giur. centr. app., 7 marzo 2019, n. 50. La vicenda, conclusasi con una pronuncia di difetto di giurisdizione, riguardava un'ipotesi di responsabilità amministrativa in cui veniva chiesto un risarcimento danni di 3,9 miliardi di euro. Di recente è intervenuta sul caso Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2021, n. 2157, che ha invece riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità per danno erariale con la quale si faceva valere, quale *petitum* sostanziale, la *mala gestio* alla quale i dirigenti del Ministero del Tesoro (oggi MEF) avrebbero dato corso, in concreto, nell'adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a specifici contratti nell'ambito di strumenti finanziari derivati. Rimane ferma l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico, da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati.

15 Si pensi al *whistle-blowing* (dipendente pubblico che segnala illeciti di interesse generale e non di interesse individuale, di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro) previsto nel nostro ordinamento dall'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 così come modificato dalla legge 30 novembre 2017, n. 179.

16 Al riguardo, si vedano S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 293 ss.; E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei Conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Fasc. 1, 2019, 39 ss.; G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; A. ZULIANI, G. AURISICCHIO, M. DE BENEDETTO, A. CANZONETTI, G. GUAGNANO, A. LIVERANI, P. MENICHINO, L. RISPOLI, S. SALVI, *La responsabilità per danno erariale alla prova del contenzioso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Fasc. 2, 2013, 489 ss.

2. “La cura”: la modifica del dolo.

Tra le misure urgenti per la semplificazione amministrativa inserite nel *corpus* del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120¹⁷, l'intervento sull'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo contabile è uno di quelli che ha maggiormente suscitato perplessità in dottrina, sia per la sua opportunità che per la sua conformità alla Carta costituzionale¹⁸.

Il primo comma dell'art. 21, rubricato “responsabilità erariale”, modifica l'art. 1, co. I, legge 14 gennaio 1994, n. 20, stabilendo che «*la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*».

Per effetto di tale disposizione tramonta definitivamente l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, in verità minoritario, secondo cui il dolo contrattuale o *in adimplendo* (volontarietà della condotta antidoverosa) è sufficiente per la sussistenza dell'elemento soggettivo¹⁹ e viene consacrato quello restrittivo maggioritario che intende il dolo in senso penalistico, cioè come volontarietà dell'azione ma anche degli effetti che la stessa produce²⁰.

Come rilevato in dottrina²¹, la novità in esame (non anche quella relativa al secondo comma dell'art. 21, d.l. n. 76/2020) non rappresenta - a ben vedere - una deroga orientata ad una maggiore mitezza rispetto all'assetto tradizionale della responsabilità amministrativa delineato nella legge n. 20/1994, riguardando, piuttosto, il differente e generale aspetto dell'onere probatorio.

17 Recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, questo impianto normativo si inserisce nella logica delle esigenze di rilancio dell'economia a seguito dell'emergenza pandemica.

18 Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, oltre agli Autori che saranno citati *infra*, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in www.federalismi.it; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 1, gennaio-febbraio 2021, 14 ss.; M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2021, 280 ss.; E. AMANTE, *La “nuova” responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, in *Urb. e app.*, 2021, 1, 63 ss.; G. LA ROSA, *La “paura della firma” e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa*, in www.dirittifondamentali.it, n. 3/2021.

19 In tal senso, A. VETRO, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della corte dei conti*, 10 dicembre 2011, in www.contabilitapubblica.it.

20 In questo senso, invece, si vedano V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2018, 367 ss.; A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, 115; P. DELLA VENTURA, *La colpa grave e il dolo*, in E.F. SCHLITZER – C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 188 ss.

21 Il riferimento è ad A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, cit., 18 ss.

Il pericolo, più che altro, è quello di un'esegesi della disposizione che, intendendo la prova della volontà dell'evento dannoso come dimostrazione del dolo intenzionale o diretto, escluderebbe il dolo eventuale con conseguente snaturamento del sistema di responsabilità amministrativo-contabile. Siffatta interpretazione, in pratica, produrrebbe l'effetto intollerabile di rendere giuridicamente irrilevante un ampio ventaglio di condotte come quelle in cui la *deminutio patrimonii* non sia specificamente voluta o quelle nelle quali il pregiudizio consista nella lesione di interessi funzionali correlati all'azione amministrativa. Il danno all'immagine, il danno da disservizio, il danno alla concorrenza, non costituirebbero più pregiudizi rilevanti atteso che, al verificarsi di uno di questi, graverebbe sulle Procure contabili la *probatio diabólica* della volontà del soggetto di ledere il buon andamento della p.a.²² Di qui, una sostanziale immunità che neutralizzerebbe i principi generali della responsabilità amministrativo-contabile a cominciare dal disposto dell'art. 28 Cost.²³

Viceversa, aderendo alla concezione penalistica di dolo²⁴, dovrà rilevare ai fini della responsabilità amministrativa il dolo in tutti i suoi livelli di intensità: da quello più alto del dolo intenzionale, a quello intermedio del dolo diretto, fino al livello di intensità più mite costituito dal dolo eventuale che tradizionalmente si pone sulla linea di confine con la colpa cosciente e si configura quando l'agente pubblico, pur avendo agito per fini diversi da quello di arrecare danno all'amministrazione, abbia accettato il rischio che il danno si verificasse quale conseguenza della sua azione²⁵.

22 Cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 280 ss., secondo il quale il dolo erariale, nella sua innovativa qualificazione, sarà impossibile da dimostrare da parte delle Procure contabili mediante i poteri giudiziari loro propri, come risulta da un'analisi della giurisprudenza contabile. L'autore si esprime in termini di errore del legislatore di gravità inaudita che disarmare completamente la giurisdizione contabile. Per un approfondimento sulle tecniche di indagine che il pubblico ministero contabile dovrà adottare, si rinvia a M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *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. Per una analisi della prima giurisprudenza contabile, si segnala 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 www.lexitalia.it, n. 9/2020.

23 Per un valido approfondimento sulla genesi e interpretazione dell'art. 28 Cost., da cui potrebbe evincersi un possibile contrasto tra lo stesso e la disciplina del d.l. n. 76/2020, si vedano M. BENVENUTI, *Commento all'art. 28 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 594 ss; F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna 1991, 368 ss; M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, 8 settembre 2020, in www.lexitalia.it.

24 Così è detto espressamente nella relazione illustrativa al d.d.l. A.S. n. 1883 nella quale si legge: «*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, come invece risulta da alcuni degli orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuta raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto*».

25 Prima della riforma, in merito al dolo nella sua accezione penalistica e, nello specifico al dolo eventuale, si veda A. VACCA, *Il fondamento gnoseologico del dolo eventuale e la responsabilità contabile: una possibile*

Del resto, se il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica, la responsabilità contabile sarebbe cancellata ove non si tenesse conto di alcuni istituti tipici e imprescindibili del diritto penale come i reati di pura condotta e il dolo eventuale²⁶.

Con la modifica della nozione di dolo erariale in esame si è poi senza dubbio posto fine ad un contrasto sorto in seno alla Corte dei Conti che rischiava di frustrare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost²⁷.

Un aspetto che ha acceso un vivo dibattito, soprattutto in dottrina, è quello relativo all'ambito temporale di applicazione della norma.

Da un lato, c'è chi afferma la natura di interpretazione autentica di questa disposizione, il che comporta la sua efficacia retroattiva con la conseguente applicabilità anche ai giudizi in corso; dall'altro, c'è chi sostiene la natura sostanziale, con la conseguente applicabilità solo per le condotte successive alla sua entrata in vigore²⁸. Va ricordato, infatti, che il carattere sostanziale di una disposizione, ai sensi dell'art. 11, comma 1, disp. prel. c.c., non ne consente, a differenza delle norme processuali, l'applicazione nei giudizi in corso.

La giurisprudenza ha sposato la tesi della natura sostanziale della disposizione in esame, affermando di conseguenza che la medesima non si applica ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore²⁹.

Ed in effetti, dal tenore letterale della disposizione sembrerebbe emergere la sua natura sostanziale, di completamento della fattispecie normativa, con la conseguenza che non sembra potersi affermare la sua efficacia retroattiva.

estensione applicativa, 2 maggio 2012, in www.lexitalia.it.

²⁶ Così, A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, in *Rivista della Corte dei Conti*, cit., 18 ss.

²⁷ Ad indentificare il dolo erariale con la nozione penalistica di cui all'art. 43 c.p. è stata originariamente Corte Conti, Sez. Riun., 10 giugno 1997, n. 56 e, più recentemente, Corte Conti, Sez. II centr. app., 26 ottobre 2011, n. 549, Corte Conti, 18 marzo 2015, n. 127 e Corte Conti, 10 giugno 2015, n. 314. In senso contrario, che abbracciava cioè una nozione di dolo contrattuale, vi era comunque la parte prevalente della giurisprudenza, tra cui originariamente Corte Conti, sez. riun., 18 settembre 1996, n. 58/A e, più recentemente, Corte Conti Sicilia, sez. app., 27 novembre 2014, n. 461, Corte Conti, sez. giur., 30 marzo 2017, n. 60, Corte Conti, sez. centr. app., 9 febbraio 2017, n. 74, Corte Conti, sez. giur., 16 aprile 2018, n. 34, Corte Conti, sez. giur., 18 novembre 2019, n. 195 e Corte Conti, 27 dicembre 2019, n. 232.

²⁸ In questo senso, ad esempio, G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, cit., la quale rileva come il legislatore non si sia "limitato ad interpretare, quanto piuttosto a completare la fattispecie normativa, configurando in modo più preciso l'elemento soggettivo quale elemento costitutivo della fattispecie"; si veda però E. LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: messa da requiem o eterna araba fenice?*, cit., secondo cui "escludere la irretroattività della previsione espone la norma ad un concreto dubbio di costituzionalità, non essendo ragionevole e giustificabile la disparità di trattamento che si verrebbe a determinare". In giurisprudenza, si segnala Corte Conti, sez. I, 2 settembre 2020, n. 234, la quale, affermando la natura sostanziale della disposizione in esame, statuisce che la medesima non si applica ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

²⁹ Si veda, indicativamente, la già citata Corte Conti, sez. I, 2 settembre 2020, n. 234.

3. (Segue): l'eliminazione (parziale) della colpa grave nella responsabilità erariale.

Al comma secondo, l'art. 21 del d.l. n. 76/2020 introduce una controversa novità, abolendo la responsabilità erariale per le condotte connotate da colpa grave, ma limitatamente a quelle commissive e per un periodo di tempo limitato (il termine è stato da ultimo prorogato al 30 giugno 2023 dall'art. 51, co. I, lett. h), legge n. 108 del 2021).

Facilmente individuabile è la *ratio* di questa novità normativa, da ravvisare nella sopra richiamata "paura della firma" che rallenta le procedure amministrative e, giocoforza, compromette il buon andamento della pubblica amministrazione. Dunque, il governo, nell'esercizio della funzione legislativa che la Costituzione gli riserva (art. 77 Cost.), ha voluto dare una scossa alla pubblica amministrazione, privilegiando l'agire, il fare, il decidere, rispetto all'inerzia o ai comportamenti meramente dilatori³⁰. Ciò è testimoniato dalla relazione illustrativa che accompagna la riforma nella quale si legge espressamente che la disposizione fa in modo che «i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni o inerzie), rispetto al fare dove la responsabilità viene limitata al dolo».

Se l'obiettivo da perseguire è nobile (eliminare la paura della firma), il mezzo codificato per raggiungerlo (eliminazione della colpa grave) resta di dubbia efficacia: in via preliminare, occorre rilevare come adesso diventi importante stabilire se una condotta sia connotata da dolo o da colpa grave ai fini dell'*an* della responsabilità e non solo, come accadeva prima, ai fini del *quantum* di sanzione irrogabile³¹. Ebbene, per la Corte dei Conti stabilire se una condotta commissiva sia connotata da dolo o

30 Tali ragioni sono alla base della novella e, al riguardo, si rinvia a L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (cd. "decreto semplificazioni")*, 4 novembre 2020, in www.federalismi.it.

31 Sugli sforzi profusi nel tempo dal legislatore per ovviare al confine incerto dell'elemento soggettivo della responsabilità erariale e alla difficoltà di definizione del concetto di colpa grave, si veda C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, 7 aprile 2021, 197 ss., in www.federalismi.it, la quale rileva come prima del "decreto semplificazioni" la limitazione di responsabilità fosse per singole fattispecie (di cui ne dà ampia contezza), mentre con la riforma ex art. 21, co. II, d.l. n. 76/2020, si è dato luogo ad una scelta di ampio impatto perché destinata a far operare la limitazione di responsabilità ad una platea indeterminata di soggetti e ad una gamma indeterminata di fattispecie. In effetti, non è la prima volta che il legislatore interviene sulla colpa grave. Già, ad esempio, con l'art. 29, co. 7, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122), la responsabilità amministrativa dei funzionari dell'Agenzia delle Entrate, con riguardo alle valutazioni di diritto e di fatto effettuate ai fini della definizione delle transazioni con i contribuenti, è stata circoscritta alle sole ipotesi di dolo. La scelta del legislatore in questo caso riguardava una ipotesi specifica ed era chiaramente guidata dalla necessità di arginare la responsabilità conseguente a condotte intrinsecamente rischiose anche in termini economici agevolando le auspicate conclusioni transattive, proprio tramite la limitazione dell'elemento soggettivo rilevante.

da colpa grave (distinzione che prima rilevava solo in casi limitati) sarà certamente arduo atteso che il processo contabile è essenzialmente documentale e il Pubblico Ministero non è dotato di poteri istruttori penetranti e idonei ad un così difficile accertamento (come accade nel processo penale).

Entrando poi nel merito della scelta normativa, occorre rilevare come l'allarmante fenomeno della burocrazia difensiva non sembra risiedere nella previsione della "colpa grave", ma piuttosto nella vaghezza del suo concetto che lascia ampi margini di discrezionalità al giudice. La colpa grave infatti - pur menzionata nell'art. 1, co. I, della legge n. 20/1994, come elemento costitutivo (in alternativa al dolo e congiuntamente agli altri elementi) della responsabilità erariale, e in numerose altre norme - è sempre stata definita in via pretoria³². Sul punto va segnalato che la giurisprudenza contabile è granitica nell'identificare la colpa grave nella sprezzante trascuratezza dei doveri d'ufficio da parte del pubblico dipendente³³. Esaustiva, al riguardo, è una pronuncia del 2007 in cui i giudici affermano che «*la colpa grave si caratterizza per un atteggiamento di estremo disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima, di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e senza l'osservanza di un grado minimo di diligenza*»³⁴.

Dunque, non ogni condotta antiggiuridica è connotata da colpa grave, non essendo sufficiente il mancato rispetto delle leggi e delle regole di esperienza. Per dirla con le parole del giurista romano Ulpiano, la colpa grave è propria di chi *non intelligit quod omnes intelligunt* e si riferisce, pertanto, a casi estremi e abnormi in cui la colpa è talmente macroscopica da tendere e confondersi con il dolo (*lata culpa dolo aequiparatur*).

In definitiva, la colpa grave coincide con la marcata ed evidente trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta che si concretizza nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto, o con una marchiana imperizia,

32 In argomento si veda E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi vent'anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639*, in D. CROCCO (a cura di), *La Corte dei Conti tra tradizione e novità*, Jovene, 2014, 276 ss., in cui si riportano le «*figure sintomatiche*» della colpa grave elaborate dalla giurisprudenza contabile proprio con l'intento di semplificare l'attività di giudizio che il giudicante deve compiere: «*inosservanza del minimo di diligenza richiesta; carenza di difficoltà, oggettive ed eccezionali ostative all'ottemperanza ai doveri d'ufficio; prevedibilità e prevenibilità dell'evento dannoso; atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni da parte dell'agente che non osserva le opportune cautele; violazioni di elementari regole che anche i soggetti meno esigenti e cauti sono soliti osservare; deviazione al modello di condotta connesso ai propri compiti senza il rispetto delle comuni regole di comportamento; comportamento gravemente negligente sia nell'esame del fatto (omissione completa o limitazione ad aspetti marginali), sia nell'applicazione del diritto (nelle possibili forme dell'imperizia, dell'inosservanza e dell'erronea interpretazione di norme)*».

33 Cfr., *ex plurimis*, Corte Conti, Sez I, 16 luglio 2012, n. 381 e Corte Conti, Sez. II, 27 luglio 2011, n. 384.

34 Così Corte Conti, Sez. giurisd. Abruzzo, 27 marzo 2007, n. 372.

superficialità e non curanza quando non sussistono oggettive e speciali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito d'ufficio.

Partendo da tale presupposto, se dunque si tratta di ipotesi di estrema gravità, ci si chiede perché vi sia questo timore di incorrere in responsabilità, tanto da praticare la "burocrazia difensiva", da parte di funzionari e dirigenti che dovrebbero essere preparati e qualificati in ragione del superamento di un concorso pubblico.

La risposta più immediata, salvo poi individuare altre problematiche³⁵, sembra risiedere nella mancata tipizzazione della colpa grave da cui discende - come anticipato - una vaghezza del concetto che crea, inevitabilmente, incertezza sulla sua effettiva sussistenza nell'analisi dei casi concreti e finisce con l'enfatizzare eccessivamente il potere discrezionale del giudice. Del resto, ogni qual volta il legislatore abbia menzionato la colpa grave - facendola assurgere ora a criterio discrezionale della responsabilità, ora a criterio di dosimetria della sanzione irrogabile - non si è mai preoccupato di darne una definizione³⁶: si pensi, a titolo esemplificativo, alla legge n. 189/2012 o alla successiva legge n. 24/2017 in materia di responsabilità sanitaria. Dunque, anche la legge n. 120/2020 rappresenta in tal senso un'occasione perduta di rendere più chiaro e certo un concetto di fondamentale importanza in tema di responsabilità.

Ciò posto, la riforma introdotta nell'art. 21 dalla legge n. 120/2020, relativamente alla parte in cui introduce lo «scudo erariale»³⁷ con innalzamento della responsabilità contabile alle sole ipotesi di dolo, non può essere pienamente condivisa nel merito perché non risolve l'incertezza in cui si trovano i funzionari pubblici nell'espletamento delle loro funzioni³⁸.

Peraltro, la riforma *in parte qua* non convince sotto molteplici ulteriori profili, il primo dei quali è da ravvisare nel contrasto tra la nuova norma e il quadro della giurisprudenza della Corte Costituzionale *in subjecta materia*. Ed invero, se si analizza la giurisprudenza del giudice delle leggi, ci si rende conto come lo stesso, in tema di responsabilità amministrativa, abbia dapprima ritenuto ammissibile il passaggio

35 Le cause della burocrazia difensiva sono anche altre, più radicate, per le quali si rinvia all'ultimo paragrafo del presente lavoro.

36 Vi sono, in realtà, norme che definiscono la colpa grave. Tuttavia, non come concetto di portata generale ma in riferimento ad alcune materie specifiche menzionate nel paragrafo 5 del presente lavoro.

37 Così G.L. LA GATTA, *Da 'Spazza corrotti' a 'Basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, 17 luglio 2020, in www.sistemapenale.it, 3.

38 Cfr. V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2021, 416, la quale rileva come la colpa grave - che sparisce nel processo di responsabilità contabile nei termini di cui all'art. 21 della legge 120/2020 - non sparisce altrettanto nella pubblica amministrazione e continua a generare effetti negativi per le pubbliche risorse. Di talché, non prevedere la colpa grave sul piano processuale significa vanificare gli sforzi profusi negli anni per potenziare un sistema volto ad evitare sprechi di risorse pubbliche.

dalla colpa semplice alla colpa grave, configurandolo come una deroga non irragionevole al principio della non rilevanza del grado della colpa sull'*an* della responsabilità³⁹, dopodiché si è spinto fino ad evidenziare la necessità di una previsione della colpa grave per la sua funzione di strumento volto a garantire l'efficienza dell'azione amministrativa⁴⁰. Lo stesso giudice ha poi confermato tale impostazione allorquando ha ritenuto che i principi contenuti nell'art. 97 Cost. possono essere garantiti non tanto con la deresponsabilizzazione dei funzionari pubblici, ma più propriamente con un'equa ripartizione del rischio tra P.A. ed i suoi funzionari, evidenziando che la limitazione della responsabilità alla colpa grave risponde proprio «alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo»⁴¹. Ciò ha portato la Consulta ad affermare che può ritenersi ormai acquisito il principio dell'ordinamento secondo cui l'imputazione della responsabilità amministrativa ha come limite minimo la colpa grave⁴². Al contrario, la nuova riforma impedisce - limitatamente alle condotte attive poste in essere fino al 30 giugno 2023 - che sia configurabile un elemento soggettivo diverso dal dolo e ciò rappresenta una deroga in senso tecnico che rischia seriamente di minare l'intero impianto della responsabilità amministrativa⁴³.

Altro aspetto che solleva seri dubbi di conformità alla Costituzione per contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 è la positivizzata differenziazione tra condotta omissiva e commissiva, per cui se una inefficienza amministrativa è generata dalla prima si incorrerà in responsabilità, viceversa se è causata dalla seconda nessun rimprovero giuridicamente rilevante potrà essere mosso al soggetto agente⁴⁴. Non manca chi solleva perplessità sulla conformità al disposto dell'art. 3 Cost. anche con riferimento alla portata generale della riforma riferita indistintamente a tutti i lavoratori pubblici a prescindere dalla qualifica rivestita e dalle mansioni svolte, ciò trattandosi di un irragionevole appiattimento privo di

³⁹ C. Cost., 5 marzo 1975, n. 54 e C. Cost. 22 ottobre 1982, n. 164.

⁴⁰ C. Cost. 15 novembre 1988, n. 1032.

⁴¹ C. Cost. 11 novembre 1998, n. 371.

⁴² C. Cost. 24 ottobre 2001, n. 340.

⁴³ In questo senso, A GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, cit., 19.

⁴⁴ Si veda M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, cit., che critica aspramente tale novità ravvisandone una incostituzionalità anche per contrasto con l'art. 28 Cost. e, in generale, l'inutilità nel perseguimento degli obiettivi di efficienza e semplificazione della P.A.

valutazioni specifiche che sarebbero state doverose a tutela di alcune categorie di lavoratori aventi compiti più complessi e rischiosi⁴⁵.

Oltre alla dubbia costituzionalità per contrasto con l'art. 3⁴⁶, la distinzione tra danni cagionati da attività omissiva e commissiva appare anche irragionevole e di difficile applicazione pratica, atteso che spesso un unico danno erariale è conseguenza di un insieme di condotte attive, omissive e inerti⁴⁷. E le Procure contabili mantengono ferma, come è noto, la possibilità di avviare azioni con riferimento ai segmenti omissivi delle condotte miste, agli illeciti commissivi mediante omissione e all'inerzia di dirigenti e organi di controllo. Da ciò deriva l'impatto assai modesto che la nuova responsabilità erariale avrà sul sistema amministrativo (buon andamento della P.A.) e sul sistema economico (ripresa degli investimenti). Se a ciò si aggiunge la vaghezza che il concetto di inerzia assume in sede di accertamento della responsabilità, è facile comprendere come la suddetta distinzione porterà notevoli problemi applicativi⁴⁸.

Oltre alla conformità o meno al dettato costituzionale, la perplessità si pone anche con riferimento al quadro normativo europeo.

In argomento va anzitutto ricordato l'innegabile impegno profuso dall'U.E. per contrastare l'emergenza economica (logica ed inevitabile conseguenza di quella sanitaria), che si è concretizzato nell'attuazione del *Next Generation EU*, misura straordinaria che mette a disposizione degli Stati membri un'ingente somma per il finanziamento di progetti⁴⁹. Conseguentemente, è stato adottato il Regolamento (UE) 2021/241, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza e che, all'art. 3, individua sei pilastri del vasto piano di intervento⁵⁰.

45 Così C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit., 210.

46 Sul punto, si veda A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 5/2020, p. 4, secondo cui il vizio di incostituzionalità dell'art. 21, co. II, legge 120/2020 non sussiste in ragione del carattere eccezionale e transitorio della norma, tenendo presente altresì che una eventuale pronuncia di incostituzionalità del giudice delle leggi verrebbe resa a norma non più vigente (dopo il 31 dicembre 2021). Invero, il termine è stato prorogato fino al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. h), legge n. 108 del 2021, per cui i tempi per una pronuncia della Corte costituzionale attualmente ci sono.

47 Al riguardo, si veda A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 5 e 6, che si esprime in termini di riforma più apparente che reale.

48 Sulla differenza tra azione ed omissione che ha voluto fare il legislatore si sofferma anche V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, cit., 416, la quale rileva che la scelta normativa finisce col prediligere i dipendenti e funzionari pubblici che agiscono, anche se con negligenza e imperizia, a coloro che restano inerti, risolvendo il timore dell'azione ma ingenerando il timore dell'omissione.

49 Per approfondire nel dettaglio questo importante strumento di ripresa, cfr. www.ec.europa.eu. La somma complessivamente stanziata è pari a 723,8 miliardi di euro e l'Italia ne avrà a disposizione 209.

50 Questi sono la transazione verde, la trasformazione digitale, la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, la coesione sociale e territoriale, la salute e la resilienza economica, sociale e istituzionale, le politiche per la

A fronte di questo impegno dell'Unione, il controllo sulla corretta gestione delle risorse ad opera dei funzionari non può che avvenire sulla base della normativa europea e, sul punto, viene in considerazione l'art. 340, par. IV, T.F.U.E., secondo cui «La responsabilità personale degli agenti nei confronti dell'Unione è regolata dalle disposizioni che stabiliscono il loro statuto» in combinato disposto con l'art. 22 dello Statuto dei Funzionari dell'Unione Europea che, con riferimento al risarcimento danno subito dall'Unione in conseguenza di condotte distorsive dei dipendenti, richiede «la colpa personale grave del funzionario nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni»⁵¹.

Ne deriva che l'art. 21, co. II, l. n. 120/2020, quale norma interna che elimina in parte la colpa grave, si pone evidentemente al di fuori del solco tracciato dalla normativa europea. E la questione presenta una notevole portata applicativa laddove nel procedimento di spesa del *cd. Recovery Fund* intervengono organi delle istituzioni europee e organi dello Stato italiano di talché, in caso di fondi indebitamente impiegati come conseguenza di una condotta connotata da colpa grave, si assisterà ad una responsabilità erariale per il funzionario dell'U.E. e ad una immunità del funzionario dello Stato italiano⁵². Un risvolto che collide con le norme e i principi dell'ordinamento sovranazionale⁵³.

Una ulteriore perplessità di questa riforma è il suo limite temporale, dapprima individuato nel 31 luglio 2021, poi prolungato al successivo 31 dicembre in sede di conversione del decreto ed infine esteso fino al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. h), legge n. 108 del 2021. Il lasso temporale di validità della norma limitato rende meno realizzabile l'obiettivo della riforma che è quello di restituire la tanto sciorinata serenità ai dipendenti pubblici.

prossima generazione.

51 La norma, nella sua interezza, recita: «Il funzionario può essere tenuto a risarcire, in tutto o in parte, il danno subito dall'Unione per colpa personale grave da lui commessa nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni. La decisione motivata è presa dall'autorità che ha il potere di nomina, secondo la procedura prescritta in materia disciplinare. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha competenza anche di merito per decidere delle controversie cui possa dar luogo la presente disposizione».

52 Cfr. M. GERARDO, *Analisi e rilievi sui capisaldi, individuati dal governo, per l'utilizzo efficiente, del Recovery Fund, con speciale riguardo alla limitazione delle responsabilità gestorie ex art. 21 D.L. n. 76/2020*, in www.judicium.it. Si veda, altresì, A. CANALE, *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, 30 marzo 2021, in www.dirittoeconomi.it.

53 Su tali aspetti, si veda L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, in www.ambientediritto.it, n. 2/2021, secondo cui il nuovo assetto della responsabilità erariale è di dubbia ragionevolezza perché risulta composito e a geometria variabile, per cui non influirà sulla riduzione delle frodi nell'utilizzo delle somme stanziare dall'UE nell'ambito del programma *Next Generation EU*.

Sotto altro aspetto, la natura temporanea della novella sembra necessitata dal fatto di ridimensionare il rischio di una sua incostituzionalità⁵⁴, anche se resta concreto il pericolo che il provvisorio diventi definitivo come spesso accade nel nostro ordinamento giuridico⁵⁵.

Ultima, ma non meno importante, considerazione su questa norma, riguarda l'aspetto relativo alla sua applicazione retroattiva per i fatti commessi antecedentemente alla sua entrata in vigore: non estendere la limitazione al dolo anche alle condotte precedenti, vuol dire che ci si trova di fronte ad una norma che sarà fonte di disparità di trattamento censurabile dalla Corte Costituzionale.

4. (Pre)visione critica degli effetti della riforma sulla pubblica amministrazione.

Si è detto come nell'intenzione del legislatore l'abolizione della colpa grave, seppur limitata nel tempo e circoscritta alle condotte commissive, possa contribuire ad eliminare la "paura della firma", vale a dire il timore di finire *sub iudice* con tutte le conseguenze patrimoniali, relazionali e reputazionali che ne derivano.

In effetti, è indubbio che vi sia un collegamento eziologico tra rischio percepito dal funzionario di incorrere in responsabilità e il buon andamento della pubblica amministrazione: è proprio questo collegamento, del resto, che diede origine alla responsabilità contabile, come privilegio per il pubblico dipendente che, trovandosi nella scomoda posizione di maneggiare risorse pubbliche - e dunque avendo perciò solo una grande responsabilità - venne assoggettato, come deroga alla regola generale, ad un regime speciale e limitato di responsabilità.

Sin dall'inizio, dunque, si avvertiva la necessità di porre rimedio alla evidente sproporzione tra la retribuzione percepita dal pubblico dipendente e i rischi connessi alla propria attività. Così che, al fine di evitare che tale sproporzione comportasse un blocco o un rallentamento dell'attività amministrativa dovuto ad un immobilismo dei pubblici dipendenti (come avviene oggi in ambito sanitario con la sopra menzionata medicina difensiva) trovava applicazione una legge volta a contenere la

⁵⁴ Come notato da A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., 4, secondo cui «nonostante alcuni precedenti possano fare propendere per la sua incostituzionalità, la natura chiaramente eccezionale e transitoria della norma consente di ritenere assente, nella specie, tale vizio».

⁵⁵ Così A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, cit., 20. Nello stesso senso, V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, cit., 415 e ss. che rileva anche le questioni problematiche di diritto intertemporale che la transitorietà della novella comporterà.

responsabilità del dipendente, con riconoscimento anche del potere riduttivo dell'addebito, oggi esercitato dalla Corte dei Conti⁵⁶.

Quindi, a ben vedere, la responsabilità contabile nasce in senso positivo per il funzionario e rappresenta, sin dalla sua origine, una tutela per il medesimo (questo aspetto non deve essere dimenticato)⁵⁷.

Inoltre, tale forma di responsabilità ha subito con il tempo notevoli restrizioni come il carattere personale, una forte limitazione della intrasmissibilità agli eredi, il noto potere riduttivo dell'addebito, nonché la configurabilità solo in caso di dolo e colpa grave⁵⁸. Su quest'ultimo punto, l'intenzione del legislatore del 1996 (legge n. 639) non era certo quella di consentire un comportamento lassista, ma quella di tenere conto della complessità dei doveri d'ufficio dei pubblici dipendenti facenti parte di strutture organizzative in cui, con il passare del tempo, aumentavano le inefficienze⁵⁹.

Ciò detto, alla luce di tale impostazione della responsabilità erariale, nonché tenendo a mente la sentenza della Corte Costituzionale n. 371/1998 secondo cui la responsabilità amministrativa alla sola colpa grave costituisce il punto di equilibrio

⁵⁶ Il potere di porre a carico dei responsabili solo parte del danno arrecato o del valore perduto è stato attribuito alla Corte dei conti già dall'art. 20 della legge di contabilità generale dello Stato del 23 marzo 1853, n. 1483. È nota la famosa frase di Cavour che, nella seduta del Parlamento subalpino del 19 novembre 1852, in sede di discussione della citata legge piemontese di contabilità generale dello Stato, nella sua qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri e di Ministro delle finanze, affermò: «Il Ministero e la Commissione dei pari hanno voluto stabilire che, ove risultasse perdita allo Stato per colpa di un verificatore o d'un agente delle finanze, questo venisse ad essere punito pecuniariamente. L'On. deputato De Viry andrebbe più oltre e vorrebbe che questi fossero tenuti in solido col contabile a carico del quale sarebbe constatata la deficienza, e che essi fossero stretti a pagare l'intero ammontare del deficit che risulterebbe (...). Io credo che, per volere troppo, noi otterremo nulla, e che se noi stabiliamo che l'impiegato delle finanze, il quale per sua colpa avrà lasciato che si facesse un deficit abbia un castigo in danaro da determinarsi dalla Camera dei conti, la legge sarà applicata; ma se invece voi lo volete rendere garante e solidario di tutti i contabili da esso dipendenti, voi non troverete mai un Tribunale che dichiari che vi fu colpa reale, salvo che voi retribuiate così largamente i vostri impiegati da far sì che vi sia un corrispettivo fra l'onorario che loro è dato e la pena che è comminata per una colpa in cui non vi sia dolo o complicità». Questo passo del discorso di Cavour è stato citato, tra gli altri, da P. MADDALENA, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.amcorteconti.it, § 1.

⁵⁷ Sulla genesi e sulla funzione della responsabilità erariale, si rinvia, per tutti, a A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA, (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, 145 ss.; F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Giuffrè, Milano, 2007; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2018.

⁵⁸ Su tali elementi si veda, per tutti, S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *La responsabilità amministrativa e contabile*, in *Manuale di Contabilità pubblica*, a cura di G.F. Ferrari e E. Madeo, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 223 e ss., ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵⁹ Sull'origine della responsabilità amministrativo-contabile, la *ratio*, e la sua trasformazione con l'avvento della Costituzione, si veda A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 213 ss.

per il dipendente pubblico tra percezione del rischio di sanzione e serenità nell'operare, è legittimo chiedersi se fosse opportuna un'ulteriore riduzione di responsabilità o, al contrario, la stessa possa portare ad un risultato controproducente per il buon andamento dell'amministrazione.

La risposta - che permette anche di azzardare una previsione in termini critici degli effetti che produrrà siffatta novella - si ricava dalla natura giuridica di tale forma di responsabilità: come è noto, si è abbandonata l'idea della natura civilistica, speciale ma pur sempre contrattuale, avente finalità riparatoria e risarcitoria del danno patrimoniale cagionato dal dipendente alla pubblica amministrazione⁶⁰; così come ci si è discostati dalla natura sanzionatoria con funzione prettamente retributiva rispetto ai comportamenti illeciti che faceva leva sul potere riduttivo della Corte dei Conti⁶¹.

A partire dall'ultimo ventennio del secolo scorso si comincia a valorizzare la funzione - oggi pacificamente riconosciuta - di incentivo alla efficienza della p.a., quale funzione speciale che risiede nella capacità di tale forma di responsabilità a spronare ad un comportamento virtuoso i dipendenti e i dirigenti pubblici così da raggiungere un alto grado di efficienza delle pubbliche amministrazioni di appartenenza, attraverso un potere giurisdizionale che può condannare al pagamento di una somma di denaro⁶².

In tal senso si è mossa anche la più autorevole dottrina⁶³ che è giunta ad enfatizzare l'aspetto cangiante di tale forma di responsabilità, ritenendo che si tratti di un *tertium genus* (oltre quello civile e penale) in cui il vero elemento caratterizzante è dato dalla funzione preventiva, quale unica funzione in grado di assicurare il principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.*

Dunque, se è vero che la funzione della responsabilità contabile deve essere, per dirla con le parole di Franco Gaetano Scoca, «*di stimolo a far bene e non può costituire un*

60 Così, ad esempio, C. conti, Sez. I, decisione 4 luglio 1949, n. 32.

61 Era questo l'orientamento della Corte Costituzionale all'inizio degli anni 2000. In tal senso, ad esempio, C. Cost. 12 giugno 2007, n. 183. In dottrina, per una ricostruzione esaustiva delle teorie giurisprudenziali in tema di natura della responsabilità contabile, si veda V. REALI, *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, 29 aprile 2014, in www.lexitalia.it.

62 Cfr. Cass., Sez. Un., 21 marzo 2001, n. 123, che afferma il carattere *sui generis* della responsabilità amministrativa, negando che essa abbia una funzione unica, sia risarcitoria che sanzionatoria. Il rapporto tra responsabilità amministrativa e principio di efficienza è evidenziato da L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002; si veda anche M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, Giappichelli, Torino, 2018, 117 ss.

63 Il riferimento è a F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI° Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione, Varenna villa Monastero, 15-17 settembre 2005, Milano 2006, 68.

disincentivo, un ostacolo ad operare»⁶⁴, è altresì vero, al contrario, che una deresponsabilizzazione (seppur limitata nel tempo e riferita alle sole condotte commissive) possa costituire uno stimolo a far male, cioè un incentivo a comportamenti lassisti e non ossequiosi delle norme e dei principi che regolano il settore di appartenenza, in ragione della consapevolezza della impunità. Con buona pace del buon andamento che - inteso come corretto, celere ed efficace esercizio delle funzioni amministrative - si ottiene solo con una «deterrenza incentivante» e non con una «deterrenza disincentivante»⁶⁵.

Inoltre, vi è chi rileva che la quasi abolizione della colpa grave, che nell'intenzione del legislatore dovrebbe tutelare i dipendenti pubblici, finirà con l'indebolire fortemente le loro garanzie, in ragione della indipendenza reciproca tra l'azione di responsabilità da danno erariale e quella civilistica proponibile dall'amministrazione interessata, la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale al buon andamento, la seconda finalizzata, invece, all'interesse particolare della singola amministrazione attrice al ristoro del danno subito. E infatti, tale indipendenza comporta che l'azione di responsabilità possa essere esperita dinanzi ad entrambe le giurisdizioni, seppur con regole diverse, atteso che nel giudizio civile non esistono né le garanzie né la limitazione di responsabilità alla colpa grave tipiche del processo contabile. Ne deriva che il dipendente pubblico potrà ritrovarsi a rispondere dinanzi al giudice ordinario dell'intero danno erariale, con il termine di prescrizione decennale e con la trasmissibilità del danno agli eredi⁶⁶.

Tale circostanza, in effetti, è condivisibile e non va sottovalutata anche alla luce del più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui, in ragione dell'autonomia dei due giudizi, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario ai fini del ristoro delle somme illecitamente percepite dal dipendente in mancanza della preventiva autorizzazione della propria amministrazione a svolgere attività esterna⁶⁷.

In definitiva, il timore è quello che la responsabilità erariale, così come rimodulata dall'art. 21, co. II, legge 120/2020, seppur idonea a velocizzare le procedure amministrative, possa non portare benefici in termini di risultato⁶⁸. E la ripresa

⁶⁴ Così F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, cit., 68.

⁶⁵ Per mutuare le efficaci espressioni di A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei Conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F. G. SCOCA, A. F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 40.

⁶⁶ Così, M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, cit., 2.

⁶⁷ Cass, Sez. Un., Ordinanza 14 agosto 2020, n. 16722.

⁶⁸ Si rinvia ancora a M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 292 ss., che rileva come l'abolizione della colpa grave sia stata l'unica strada trovata dal legislatore per cercare di recuperare la speditezza nelle decisioni, ma la novella introduce il concetto "pericoloso" del «*purchè si agisca, si agisca anche*

dell'economia, che tanto si invoca in questo periodo di emergenza sanitaria, non può prescindere dalla efficacia e dalla efficienza dell'agire pubblico.

5. Spunti *de jure condendo*: la tipizzazione della colpa grave.

Passando alla *pars costruens* dell'indagine, va preliminarmente rilevato che per recuperare il buon andamento della pubblica amministrazione, e dare così concreta attuazione all'art. 97 Cost., è necessario un cambiamento strutturale e permanente dell'istituto della responsabilità erariale, non già a tempo come quello attuato dalla novella in esame⁶⁹. In tal senso, una riforma che operi "a pieno regime" quale valida soluzione per debellare - o quantomeno contenere - l'amministrazione difensiva potrebbe essere la tipizzazione della colpa grave⁷⁰. Del resto, già adesso sono in vigore norme che scolpiscono ipotesi di colpa grave: si pensi all'art. 5, co. III, del d.lgs. n. 472/1995 che, in materia di sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie, stabilisce espressamente che «*la colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari. Non si considera determinato da colpa grave l'inadempimento occasionale ad obblighi di versamento del tributo*».

male, tanto non c'è responsabilità!» ed elogia l'esercizio di un'azione, qualunque essa sia, senza l'obbligo di una adeguata avvedutezza dell'operare. Si veda, altresì, C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit., 213, secondo la quale l'intervento normativo in esame rappresenta il culmine di scelte normative che hanno sempre scomposto e frammentato l'illecito erariale e non risponde realmente ad una *ratio* di semplificazione amministrativa. La riforma – continua l'Autrice – con il suo carico di indeterminatezza ed imprevedibilità, non dà affatto certezze ai dipendenti pubblici su come operare in un momento di estrema difficoltà per le pubbliche amministrazioni. A porsi in netto contrasto con la scelta del legislatore del 2020 è stata anche la stessa Corte dei Conti che, a sezioni riunite in sede di controllo, nell'Audizione sul d.d.l. 1883, con parere del 28 luglio 2020, hanno rilevato come l'incapacità provvedimentale della P.A. dipenda non solo da una paura di incorrere in responsabilità ma anche da altri importanti fattori come la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale e l'insufficienza degli organici. Inoltre, la non punibilità per colpa grave non si concilia con la realtà processuale secondo cui la maggior parte delle citazioni in giudizio sono collegate proprio a condotte gravemente colpose. Nelle conclusioni, la Corte non ha mancato di rilevare come l'eliminazione della colpa grave non produce alcun effetto accelerativo sull'azione amministrativa.

69 Secondo V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, cit., 413 ss., la disincentivazione ad agire dei funzionari per paura di incorrere in responsabilità non può essere scongiurata attraverso una strada grossolanamente individuata sul piano processuale, peraltro in palese controtendenza rispetto all'attuale contesto giuridico, ma sarebbero necessarie analisi approfondite e valutazioni comparate da condursi sul piano sostanziale ed *ex ante*.

70 Anche M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 301, ritiene che per i funzionari pubblici la colpa grave va tipizzata.

Si pensi, ancora, alla materia della responsabilità civile dei magistrati relativamente alla quale l'art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117 (così come modificato dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18) dispone che «*costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento...*», aggiungendo che «*ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza...*»⁷¹.

Come si vede, si tratta di norme che circoscrivono e precisano la nozione di colpa grave.

In una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe quindi precisare legislativamente che anche per la responsabilità erariale la colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e inescusabili perché non è possibile dubitare ragionevolmente del significato della norma violata o perché si è affermato o negato un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente esclusa o provata sulla base della documentazione a disposizione.

Sarebbe anche utile affermare che alla responsabilità erariale si applica l'errore scusabile - anche se una parte della giurisprudenza contabile fa già riferimento a questo istituto⁷² - precisando legislativamente che la colpa grave è esclusa nei casi di mancanza di chiarezza e precisione delle norme violate, in presenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, incertezza del quadro normativo di riferimento, complessità manifesta della situazione di fatto.

Una tale riforma sarebbe certamente possibile atteso che, come chiarito dalla Corte Costituzionale, il legislatore può stabilire quali siano i comportamenti idonei a fondare la responsabilità amministrativa, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta⁷³. E nello specifico, una tipizzazione della colpa grave risulterebbe certamente ragionevole e non arbitraria, in quanto fondata sull'esigenza di evitare rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Il cambiamento auspicato, inoltre, potendo trovare ingresso nel nostro ordinamento senza vincoli temporali, costituirebbe un passo in avanti verso il

⁷¹ Per un approfondimento della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati e relativa azione di rivalsa, si veda ancora M.R. SPASIANO *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 295 ss.

⁷² Si veda, a titolo meramente esemplificativo, Corte Conti, 14 marzo 2007 n. 151 e, più recentemente, Corte Conti, 13 gennaio 2021, n. 5.

⁷³ C. Cost., 1 dicembre 2010, n. 355.

recupero del buon andamento della pubblica amministrazione non solo nel periodo emergenziale, ma anche quando lo stesso sarà superato.

6. Ulteriori riflessioni *de jure condendo*: semplificazione normativa e amministrazione di risultato per il buon andamento della P.A..

Anche la semplificazione amministrativa, quale *ratio* sottesa al d.l. n. 76/2020, non può raggiungersi semplicemente con una manovra di deresponsabilizzazione temporanea, essendo necessari cambiamenti più radicati e strutturali, da sempre tradizionalmente invocati, ma che non possono certo essere attuati con una rapida “riforma estiva”.

Al riguardo, oltre a quanto già affermato in tema di tipizzazione delle ipotesi di colpa grave e di errore scusabile, con un intervento più penetrante, sistemico e innovativo si potrebbe cominciare un processo di riassetto della codificazione, ben sapendo che la semplificazione normativa costituisce solo il primo passo verso la semplificazione amministrativa: è noto, infatti, come la “legge oscura”⁷⁴ rompa la linea di demarcazione tra legittimità e illegittimità nelle decisioni, crei incertezza e sia causa di condotte egoistiche adottate nella consapevolezza di pregiudicare la realizzazione del pubblico interesse.

In tal senso, è auspicabile - con riferimento alla materia dei contratti pubblici - che si positivizzi una normativa facente riferimento soltanto alle norme del diritto europeo, al netto ovviamente di quelle interne strettamente necessarie come le norme antimafia. Inoltre, nelle ipotesi in cui l’Unione Europea lasci liberi gli Stati membri di legiferare, la soluzione migliore potrebbe essere quella meno afflittiva per le stazioni appaltanti, anche in tal caso fermi restando alcuni correttivi parametrati alla realtà nazionale, come quelli in materia di anticorruzione.

Tale proposta sembra più che percorribile, essendo già attuata in altri Paesi unionali come la Germania e la Polonia e nella non più europea Gran Bretagna. Peraltro, la stessa legge n. 120/2020, presenta delle aperture in tal senso, prevedendo - all’art. 2, comma IV - che in numerosi settori speciali le stazioni appaltanti operino in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto di quelle antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli europei, tra cui quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE⁷⁵, dei principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del d.lgs. 18

⁷⁴ Per usare un’espressione di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari, II ed., 2007.

aprile 2016, n. 50⁷⁶ (cd. Codice dei contratti pubblici) e delle disposizioni in materia di subappalto.

Un'altra causa della "burocrazia difensiva", tanto rilevante quanto ignorata, è l'inconsistenza nel nostro sistema amministrativo dei controlli sull'efficienza dei funzionari e, soprattutto, dei dirigenti. Se è vero, infatti, che si percepisce molta preoccupazione sulle conseguenze di un comportamento antiggiuridico, è altresì vero che non si percepisce la giusta preoccupazione delle conseguenze di un mancato raggiungimento del risultato⁷⁷. Anche sotto tale e diverso aspetto, un equilibrio tra percezione del rischio e serenità nell'operare sarebbe opportuno per consacrare il passaggio dal diritto amministrativo della legalità al diritto amministrativo dell'efficienza⁷⁸.

Quest'ultimo, come è noto, si compone di istituti importanti, su tutti la responsabilità dirigenziale che ha (o dovrebbe avere), in linea con la responsabilità contabile, la *ratio* di ottimizzare l'organizzazione amministrativa e, conseguentemente, migliorare l'efficienza della relativa azione. E infatti, tale responsabilità - nella sua formulazione originaria - non andava a sanzionare un comportamento del dirigente ritenuto illegittimo e connotato dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa, ma colpiva una condotta semplicemente non idonea a raggiungere gli obiettivi prefissati dal potere politico. Di qui, l'impronta correttiva (non punitiva) dell'organizzazione pubblica al fine di garantire un'amministrazione di qualità, nel pieno rispetto dei principi di efficacia ed efficienza.

Il problema è che, negli anni, ci sono stati incisivi interventi legislativi volti ad introdurre specifiche ipotesi di responsabilità dirigenziale connesse a violazioni di regole di condotta invece che ad obblighi di risultato, alle quali - peraltro - consegue una sanzione di natura patrimoniale, non già una sanzione che influisca sull'assetto della pubblica amministrazione di appartenenza (come, ad esempio, il mancato rinnovo dall'incarico).

Si pensi, alla modifica apportata al d.lgs. 165/2001 ad opera del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150: l'art. 21, co. 1-bis, fa incorrere in responsabilità il dirigente che colpevolmente abbia violato il dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione. A fronte di tale violazione è prevista una decurtazione della

⁷⁵ La prima sugli appalti nei cc.dd. "settori ordinari", la seconda sugli appalti con riferimento ai cc.dd. "settori speciali", entrambe in www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁶ Riguardanti le modalità di affidamento e i principi comuni dei contratti pubblici.

⁷⁷ Al riguardo, si veda S. CASSESE, *Che vuol dire amministrazione di risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2004, 941 ss.

⁷⁸ Cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 293 ss.

retribuzione di risultato fino all'80%, dunque è stato positivizzato un meccanismo sanzionatorio diverso da quello del comma precedente che si basa sul mancato rinnovo dell'incarico.

Analogo discorso vale per l'altra, successiva ipotesi di responsabilità dirigenziale prevista nel nostro ordinamento: l'art. 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha modificato la legge sul procedimento amministrativo la quale, all'art. 2 comma IX, stabilisce che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, ma anche a tale violazione corrisponde una sanzione che va ad inficiare sul *quantum* di retribuzione e non sulla carriera o sul rapporto con l'organo politico.

Di qui, il radicale cambiamento della responsabilità dirigenziale a cui è oggi attribuita una doppia natura: quella originaria correttiva-migliorativa⁷⁹, e quella successiva sanzionatoria-punitiva⁸⁰. Ed è evidente che questa trasfigurazione della responsabilità dirigenziale - che la rende un ulteriore strumento dell'amministrazione della legalità insieme alla responsabilità erariale e a quella disciplinare⁸¹ - non abbia apportato nessun beneficio in termini di buon andamento della pubblica amministrazione, ma anzi abbia finito con l'alimentare condotte dilatorie e pratiche ostruzionistiche, in altre parole la "burocrazia difensiva".

In conclusione, si ritiene opportuno porre maggiore attenzione alla valutazione dei risultati nella gestione amministrativa per ottenere un miglioramento sul piano dell'efficacia e dell'efficienza dell'agire pubblico. In tal senso, assume molta importanza non solo la menzionata responsabilità dirigenziale, ma anche l'aspetto relativo al sistema dei controlli e in particolare alla connessione tra i controlli interni,

79 Trattasi della funzione originaria, ravvisabile nell'art. 21, co. I, d.lgs. 165/2001, che ha rappresentato il fulcro della responsabilità dirigenziale, prima degli interventi normativi menzionati.

80 Su questi temi la bibliografia è alluvionale, si vedano, per tutti, i lavori monografici di L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, Padova, 2000; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; cui *adde* M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia. Atti del Convegno internazionale, Palermo, 6 e 7 giugno 2019*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020. Sulla doppia natura della responsabilità dirigenziale, si veda, altresì, D. DAVID, *Le nuove fattispecie di responsabilità dirigenziale, ovvero come il Legislatore abbia rivoluzionato (o forse trasformato) l'istituto ex art. 21, d.lgs. 165/2001*, in *Amministrazione in Cammino*, 2013.

81 Occorre precisare che la funzione sanzionatoria-punitiva fa scemare grandemente la differenza tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare. Infatti, si è sempre sostenuto che la prima (responsabilità dirigenziale) non derivi da violazione di canoni di comportamento, ma dalla verifica dei risultati prodotti dal settore organizzativo cui il dirigente è preposto, da ciò derivando che tale responsabilità si realizzi anche in mancanza dell'elemento soggettivo in capo al dirigente; viceversa, la seconda (responsabilità disciplinare), analogamente alle altre forme di responsabilità previste nel nostro ordinamento, scaturisce dal comportamento illecito del dipendente e, dunque, necessita dell'elemento soggettivo almeno della colpa che rappresenta un elemento costitutivo dello stesso illecito. Dopo il 2009 la responsabilità dirigenziale non è più caratterizzata da una natura di obbligazione di risultato in capo al dirigente pubblico, di qui la non più nitida differenza con la responsabilità disciplinare.

oggi affidati agli organismi indipendenti di valutazione (OIV) e i controlli successivi sulla gestione affidati al Corte dei Conti⁸².

Con particolare riferimento a tali tematiche, deve essere ben accolto l'art. 22 del decreto "semplificazioni" che valorizza la responsabilità dirigenziale (laddove, nella seconda parte del primo comma, stabilisce che l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali o di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi va immediatamente trasmesso all'amministrazione competente) e rilancia i controlli concomitanti della Corte dei Conti al fine di accelerare gli interventi di sostegno all'economia nazionale. Tale forma di controllo, infatti, è pacificamente applicabile anche ai controlli sull'attuazione degli investimenti previsti dal sopra richiamato *Recovery Plan*, tenendo presente che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che ne è scaturito richiede il costante monitoraggio sulla realizzazione dei programmi e sul corretto impiego delle risorse⁸³.

Ad ogni buon conto, come di recente rilevato dalla dottrina⁸⁴, più che i controlli preventivi e concomitanti, sarebbe opportuno - ai fini di una quanto più possibile celere ripresa economia - che la Corte dei Conti venga valorizzata nelle sue funzioni di controllo sul corretto ed efficiente impiego delle risorse da esercitare in via successiva (oltre, naturalmente, che nel suo ruolo di giudice della responsabilità contabile). I controlli successivi, infatti, si pongono in sintonia con la sopra richiamata amministrazione di risultato e con il diritto dell'Unione Europea che è sempre sensibile al conseguimento degli obiettivi di sistema.

82 Sul generale tema dei controlli, si veda, per tutti, G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, Milano, 2000, 1250 ss.

83 Così G. RIVOCCHI, *La Corte dei Conti ai tempi del "Recovery Plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, 11 agosto 2021, in www.federalismi.it, 16 ss, il quale, tuttavia, esprime perplessità sulla seconda parte del primo comma dell'art. 22 in esame, laddove collega l'eventuale accertamento di irregolarità gestionali o di ritardi nell'erogazioni di contributi alla responsabilità dirigenziale ai sensi dell'art. 21, co. I, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Per l'Autore, è opportuno e necessario un coinvolgimento della Corte dei Conti nelle ipotesi in cui i controlli concomitanti riguardino la realizzazione dei programmi e l'impiego delle risorse e siano esercitati tenendo presente il parametro delle norme sull'equilibrio di bilancio e sull'efficiente impiego delle risorse del *Recovery plan*; viceversa non convince il coinvolgimento della Corte dei Conti nei procedimenti volti ad accertare la responsabilità dirigenziale.

84 In questo senso, ancora G. RIVOCCHI, *La Corte dei Conti ai tempi del "Recovery Plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni i investimenti*, cit., 18, a cui si rinvia per un'esauritiva analisi sul cambiamento del ruolo della Corte dei Conti in questo periodo di crisi pandemica.