

**LA COLPA GRAVE
NELLA NUOVA DEFINIZIONE
LEGISLATIVA *EX* D.LGS. N. 36/2023
PROFILI GIURIDICI E NOVITÀ APPLICATIVE**

a cura di
ANTONELLO COLOSIMO

FRANCESCO CARDARELLI*

RELAZIONE INTRODUTTIVA
LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA
NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI**

Grazie Presidente.

Ringrazio il Presidente Colosimo per questo gradito invito.

Molte cose di quelle che dirò, in realtà, le ha già tratteggiate, da par suo, il Presidente Amato.

Cercherò di essere relativamente didascalico, come si conviene ad una relazione introduttiva, delineando i punti essenziali del tema che mi è stato sottoposto: affermo subito che il titolo del convegno in realtà sembra una sineddoche, una parte per il tutto. Non si tratta infatti solo del problema della "colpa grave" nella definizione legislativa del Codice dei contratti pubblici, ma per effetto (anche e soprattutto) della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024 di soli due giorni fa, la questione riguarda generalmente il profilo della responsabilità amministrativa (di tutti i profili di questa peculiare forma di responsabilità).

Inizierei dal primo elemento fattuale, un tema direi quasi sociologico variamente preso in esame e anche evocato in alcuni titoli delle relazioni, quello della cd. "burocrazia difensiva" (o am-

* Ordinario di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico".

** Il testo qui pubblicato riproduce quasi fedelmente la relazione orale tenuta al Convegno tenutosi presso l'Università di Perugia il 18 luglio 2024. Dalla celebrazione del convegno al momento della stampa si sono susseguiti molteplici interventi, dibattiti, pubblicazioni sui medesimi temi toccati, che avrebbero richiesto approfondimenti, precisazioni, e doverose citazioni, tanto da alterare lo spirito originario della relazione. Ho preferito cristallizzarne il contenuto, mantenendo lo stile discorsivo, che va quindi storicizzato alla data della sua primigenia elaborazione. Chiedo quindi scusa ai colleghi che non ho richiamato, ed ai lettori che non avranno il pregio di una lettura aggiornata: confesso, in ogni caso, che le linee di fondo delle mie considerazioni sono, ad oggi, rimaste intatte.

ministrazione difensiva, che è stata oggetto di molteplici studi soprattutto nordamericani, non tutti ispirati a ragioni e concetti giuridicamente rilevanti): si tratta di un termine comune (come detto di nessun rilievo giuridico) con il quale si indica l'ipotesi di funzionari che adottano delle decisioni inutilmente ritardate, oppure troppo caute, col solo scopo di proteggersi dalla propria responsabilità.

In alcuni recenti saggi¹ si ricostruisce un variegato quadro dottrinario, dal quale emerge che le questioni giuridiche afferenti al fenomeno della burocrazia difensiva oscillino fondamentalmente fra due contrapposte tesi: quella della progressiva limitazione delle forme di responsabilità, ovvero l'utilizzazione di forme e tecniche di maggiore incentivazione di dipendenti pubblici. Una tendenza, la prima, destinata alla ritrazione della pretesa creditoria pubblica: la seconda, viceversa, che comporta una proattiva sollecitazione (e conseguenti investimenti) della qualità dell'apparato burocratico.

Occorre rammentare che la burocrazia difensiva riguarda la sottoposizione del dipendente pubblico ad almeno cinque distinte forme di responsabilità: quella civile, quella penale, quella contabile, quella amministrativa e quella disciplinare. È ovvio che accanto alla sottoposizione di molteplici declinazioni della responsabilità (si tratta di un plesso normativo niente affatto lineare e semplice da decodificare, anzi spesso foriero di ridondanze e sovrapposizioni – si pensi ad esempio ai rapporti fra i procedimenti disciplinari ed eventuali procedimenti penali, diversamente orientati da disposizioni di plessi normativi diversi del pubblico impiego, nel senso della necessaria pregiudizialità dei secondi, ovvero della reciproca autonomia), si confrontano condizioni organizzative diverse e non sempre ottimali: negli studi di scienza dell'amministrazione sono stati evidenziati diversi fattori che incidono sul fenomeno, quali, ad esempio, l'assenza di standard legali predefiniti (la complessità

¹ Per tutti, v. L. LORENZONI, *La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva*, in *Lav. pubbl. amministrazioni*, 2021, p. 761 ss.

normativa, o il frequente ricorso a concetti giuridici indeterminati), il limite della utilizzabilità di polizze assicurative che possano agevolare una maggiore speditezza delle attività del singolo funzionario, la dimensione sperequata fra la retribuzione dei funzionari e le potenziali entità del danno, l'assenza di conseguenze predefinite – sul piano provvedimentale – legate all'inerzia del funzionario, la non indefettibilità dei termini, e soprattutto il grado di incertezza (*ex ante*) del funzionario circa il modo in cui la sua condotta sarà valutata (*ex post*) dal giudice, ai fini dell'accertamento della responsabilità².

Che il problema della valutazione in concreto della attenuazione della responsabilità amministrativa fosse noto da tempo lo dimostrano gli istituti deflattivi utilizzati dal giudice contabile nell'accertamento giurisprudenziale della sua consistenza e della sua possibile perimetrazione, quali: l'esercizio del potere riduttivo proprio del giudizio di responsabilità davanti la Corte dei conti, basato anche sulle valutazioni di contesto organizzativo, e sulla peculiare condizione personale del funzionario pubblico; il ricorso alla *compensatio lucri cum damno* (una sorta di anticipazione del "principio del risultato", sul quale si dirà poi); ma soprattutto l'eliminazione della "colpa lieve" dalla morfologia dell'elemento psicologico riferibile alla responsabilità per danno all'erario. Si ricorderà che la Corte costituzionale ha affrontato la questione in modo organico nella sentenza n. 371 del 1998, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994 (modificato sul punto nel 1996), il quale limita la responsabilità amministrativa ai soli fatti e omissioni commessi con dolo o colpa grave. La Corte ha affermato che il legislatore ha la facoltà di stabilire non solo quali comportamenti possano co-

² L'incertezza normativa determina in generale una tendenza alla "*over-precaution*", che nel caso del funzionario pubblico è però ulteriormente rafforzata dalla circostanza che egli non sostiene i costi del suo eccesso di prudenza: richiamo, per tutti, AA.Vv., *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, documento Irpa, 2021.

stituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto e a quali soggetti la responsabilità sia ascrivibile, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta. Questa limitazione si giustifica, secondo la Corte, in base alla peculiare connotazione della responsabilità amministrativa rispetto alle altre forme di responsabilità previste dall'ordinamento, derivante dalla combinazione di elementi restitutori e di deterrenza: come ribadito nella sentenza n. 203 del 2022, la limitazione alla colpa grave risponde 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 e amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità "ragione di stimolo e non di disincentivo".

Quella sentenza aveva già evidentemente molto chiaro il dilemma a cui faceva riferimento il Presidente Amato poc'anzi, cioè quello di un assetto normativo che oscilla fra l'ipostatizzazione della responsabilità, il cui timore esponga all'eventualità di rallentamenti e inerzie nello svolgimento delle attività amministrative e, nello stesso tempo, la sua ragionevole applicazione (nel senso della attenuazione dell'elemento psicologico), la cui deferenza costituisca una ragione per incrementare l'efficienza dell'amministrazione.

Due sono le considerazioni, in qualche misura anticipatorie di quello che la Corte ha affermato nella sentenza n. 132 del 2024. La prima è che la Corte ha collocato la sua scelta nel quadro della nuova conformazione della responsabilità per danno erariale in una prospettiva di maggiore valorizzazione dei risultati dell'azione amministrativa, alla luce di obiettivi di efficienza e rigore di gestione. L'esclusione della colpa lieve si giustifica quindi con l'esigenza di evitare che il timore di incorrere in responsabilità per condotte caratterizzate da negligenza non grave possa paralizzare l'azione amministrativa, incentivando la cosiddetta "burocrazia difensiva". La seconda è che la Consulta ha elaborato un archetipo della responsabilità campito sulla alterità stimolo/disincentivo: ritengo che una simile prospettiva si fondi, più che su un concetto giuridi-

camente argomentabile, su un assioma indimostrato delle finalità proprie della responsabilità amministrativa plasmata dal legislatore in base ad evenienze economiche ed organizzative dell'amministrazione pubblica (più chiaramente lo slogan "stimolo e non disincentivo" appare condizionato da valutazioni di contesto di carattere sociologico e quasi politico; non dissimilmente da interventi di segno diverso, quali, ad esempio, quelli destinati a favorire la formazione del personale). Aggiungo una ulteriore considerazione: ogni sistema di responsabilità obbliga il soggetto a operare secondo regole precise, creando un incentivo al rispetto del dovere di servizio. Tale funzione deterrente ha però un carattere secondario, rispetto alla funzionalità primaria della natura della responsabilità amministrativa (che resta pur sempre prevalentemente di tipo risarcitorio, anzi, più precisamente, con struttura campita sul giudizio risarcitorio, ma con funzione – anche – deterrente): essa si realizza concretamente solo *ex post*, nella misura in cui l'accertamento del danno e la condanna patrimoniale rendono edotti i funzionari sulle conseguenze delle condotte illecite.

In questa prospettiva è interessante notare che la Corte non ha utilizzato il termine bilanciamento, ma quello di ricerca di un "equilibrio" tra le due opposte tendenze (la reintegrazione patrimoniale del danno subito dall'amministrazione, e la limitazione della responsabilità per evitarne una percezione eccessivamente onerosa – e quindi disincentivante). Non vedo quindi, almeno dal punto di vista teorico, una discontinuità con l'approccio della recente sentenza della Consulta, che utilizza, non casualmente, lo stesso lemma. Mi pare invece evidente una certa discontinuità (anche in questo caso anticipo qualche valutazione sulla sentenza n. 132 del 2024) con altra decisione della Corte (sentenza n. 340 del 2001) nella quale si afferma testualmente che «non è conforme ai principi dell'ordinamento quale configurato nell'attuale sistema normativo, attenuare ulteriormente, in via generale, i casi di responsabilità per colpa grave»: si trattava di una riduzione della portata della responsabilità amministrativa operata con legge,

senza alcun riferimento al contenuto delle funzioni dei dipendenti ed amministratori e attribuzioni degli uffici; in particolare la Corte aveva ritenuto che nel nostro ordinamento la attenuazione della responsabilità amministrativa, nei singoli casi, è rimessa al potere riduttivo sul quantum affidato al giudice, che può anche tenere conto delle capacità economiche del soggetto responsabile, oltre che del comportamento, al livello della responsabilità e del danno effettivamente cagionato; secondo la Corte sarebbe assolutamente irragionevole ed in contrasto con simili principi dell'ordinamento «una riduzione predeterminata ed automatica della responsabilità amministrativa per colpa grave, sotto il profilo quantitativo patrimoniale, attraverso l'aggancio, come limite massimo, alla metà dello stipendio annuo o del compenso (che può anche essere esiguo), senza che possa soccorrere una valutazione sul comportamento complessivo e sulle funzioni effettivamente svolte, nella produzione del danno, in occasione della prestazione che ha dato luogo alla responsabilità». Questa decisione mi sembra rimasta un "apax" nell'evoluzione del dibattito in ordine alla natura, portata e limite della responsabilità amministrativa.

La perimetrazione avallata dalla Corte ha determinato una serie di reazioni in sede giurisprudenziale, attraverso una elaborazione tassonomica della colpa grave affidata all'affinamento dei giudizi sulla natura dell'elemento psicologico. Dall'analisi della giurisprudenza della Corte dei conti³ sono emersi, come riferimenti standardizzati, l'inosservanza del minimo di diligenza richiesto; la carenza di difficoltà oggettive ed eccezionali ostative all'ottemperanza ai doveri di ufficio; la prevedibilità e prevenibilità dell'evento dannoso; l'atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni da parte dell'agente che non osserva le opportune cautele; la violazione di elementari regole che anche i sog-

³ Richiamo per tutti E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi venti anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639*, in AA.Vv., *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli, 2014, p. 295 ss.

getti meno esigenti e cauti sono soliti osservare; la deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti senza il rispetto delle comuni regole di comportamento; il 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). Sullo sfondo, l'elaborazione dottrina si è attestata su due diversi filoni interpretativi, quello della colpa oggettiva/normativa, e quello che invece dà rilievo anche ai profili psicologici/individuali.

Cito, per maggiore chiarezza, due recenti decisioni della Corte dei conti. In una (Corte dei conti, Sez. giur. Emilia Romagna, n. 141 del 2022) si richiama un "univoco orientamento della giurisprudenza contabile", per effetto del quale la colpa grave ricorre in presenza di una negligenza inescusabile della parte, per essere quest'ultima venuta meno ai minimali doveri correlati alla propria istituzionale funzione. Come è infatti noto, ai fini della configurazione della colpa grave, è necessario che alla violazione delle specifiche regole del settore si aggiunga l'assenza di quel minimo di diligenza, prudenza o perizia richiesto dalla specifica attività svolta dal dipendente e dal peculiare settore dell'Amministrazione al quale lo stesso è preposto. La colpa grave si risolve, dunque, nella massima e inescusabile negligenza, nel non intendere, non tanto «ciò che tutti intendono (secondo il brocardo *ulpianeo*), ma ciò che intendono i dipendenti pubblici addetti alle medesime mansioni».

In altra decisione (Corte dei conti, Sez. giur. Lazio, n. 183 del 2024) si ribadisce che la limitazione alla sola colpa grave operata dalla novella del 1996 risponde «alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente»; ricorre quindi la colpa grave nel caso di «evidente e marcata trasgressione di obblighi di servizio o regole di condotta», assieme a peculiari caratteristiche, identificate nella «inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel

caso concreto o in una marchiana imperizia o in un'irrazionale imprudenza in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito d'ufficio»: si specifica tuttavia che «non tutti i comportamenti censurabili integrano gli estremi della colpa grave, ma soltanto quelli contraddistinti da precisi elementi qualificanti che vanno accertati volta per volta in relazione alle modalità del fatto, all'atteggiamento soggettivo dell'autore, nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso»; ne deriva che la giurisprudenza si sia concentrata sulla identificazione di indici sintomatici "di riconoscimento di tale grado della colpa", quali «la previsione dell'evento dannoso, più in generale la sua prevedibilità, ovvero il superamento apprezzabile dei limiti di comportamento dell'uomo medio, o anche il notevole superamento di detti limiti, per chi riveste una figura professionale alla quale vanno richieste particolari doti di diligenza, prudenza e perizia»; ed ancora nel giudizio davanti alla Corte la decisione deve «ispirarsi ad una considerazione globale di tutti gli elementi di fatto e di diritto ricorrenti nelle singole fattispecie concrete, con particolare riferimento all'atteggiamento tenuto dal convenuto in relazione agli obblighi di servizio ed alle regole di condotta relativi allo svolgimento degli specifici compiti di ufficio affidati alla sua responsabilità (cfr. Corte dei conti, SS.RR. 7/1/98, n. 1/A)».

Si impongono due considerazioni. La prima è che la giurisprudenza della Corte dei conti, nel comprensibile sforzo di avvicinarsi ad una tipizzazione empirica della colpa grave, finisce nel ricadere nella inemendabile antinomia tra il profluvio di concetti giuridici indeterminati (non superati, ma addirittura enfatizzati dalla ricorrenza di aggettivazioni roboanti, quali "marchiana", "irrazionale", "evidente") e l'approdo sicuro del cognitivismo processuale (è solo nel giudizio che possono emergere gli elementi qualificanti da accertarsi volta per volta sia sul fatto, che sull'atteggiamento soggettivo dell'autore, sia in definitiva sul nesso di causa tra comportamento e danno): solo i primi possono essere formalizzati all'interno di una previsione normativa (che per de-

finizione è generale ed astratta), mentre il secondo è l'inevitabile punto di caduta di qualsiasi accertamento in concreto delle forme di responsabilità.

La seconda è che il tema della tipizzazione della colpa grave ha occupato una parte significativa del dibattito in dottrina a conferma della persistente attualità di una questione che attraversa la responsabilità amministrativa dalla riforma del 1996. In questa prospettiva occorre evidenziare un paradosso: proprio nel momento in cui il legislatore cercava di limitare la responsabilità attraverso formulazioni limitative della colpa, si è assistito a un'espansione senza precedenti dell'azione della magistratura contabile. Ciò potrebbe suggerire che una qualsiasi forma di tipizzazione, lungi dal risolvere il problema, potrebbe creare ulteriori incertezze interpretative. Anche in questo caso occorre evidenziare due profili rilevanti: per un verso la colpa grave richiama un concetto di esigibilità della prestazione che necessariamente va rimesso alla discrezionalità del giudice a garanzia del soggetto che viene chiamato in responsabilità: in altri termini la valutazione della colpa grave richiede una ponderazione di elementi oggettivi tipici della concezione normativa, ma anche elementi di carattere soggettivo, che non possono essere cristallizzati in formule legislative astratte (si tratta di valutare lo scostamento dal canone della esigibilità in concreto). Per altro verso l'atipicità dell'illecito amministrativo posto a base della responsabilità per danno all'erario è compatibile solo con la natura risarcitoria della responsabilità ed è un valore proprio di quella amministrativa: proprio la natura atipica e non formalizzata dell'illecito consente al sistema di adattarsi dinamicamente all'evoluzione delle forme di amministrazione e alle nuove modalità di gestione delle risorse pubbliche (il polimorfismo dell'attività amministrativa comprende non solo quella provvedimentale, ma anche attività materiali, ed appare refrattario ad essere imbrigliato in definizioni che rischiano di cogliere solo una parte del fenomeno). Ne deriverebbe una inevitabile preferenza per una sorta di tassonomizzazione giurisprudenziale (non dissimile

a quella che è stata evocata dalla giurisprudenza con riferimento ad altri settori dell'ordinamento, ad esempio in tema di interdittive antimafia).

Tornando più specificamente al tema del convegno, esso si incentra sulla nozione di responsabilità prefigurata nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: questa è campita sulla base dei primi due articoli del Codice dei contratti pubblici, destinati ad introdurre nell'ordinamento il principio del risultato e quello della fiducia. Dirò subito (ma si tratta di pensiero già espresso in altre occasioni) che né l'uno né l'altro mi persuadono. Per una ragione innanzitutto di carattere formale: né il principio del risultato né il principio della fiducia, che appunto sono declamati come principi, sono contenuti nella legge di delegazione (il cui compito è proprio quello di stabilire principi e criteri direttivi cui deve attenersi il legislatore delegato): dalla legge di delegazione non si ricava alcun lemma, riferimento, indicazione che richiami risultato e fiducia; non ci sono indicazioni da parte del legislatore delegante in ordine a una forma potenziale di riduzione o di limitazione, o perimetrazione, o di definizione tassonomica della responsabilità; le indicazioni provenienti dal PNRR (cui si deve in primo luogo la riscrittura del Codice dei contratti pubblici) erano dirette alla redazione di un codice che si limitasse ad una sorta di copy out delle direttive eu-rounitarie (che di tutto si occupano meno che di fiducia e risultato); non si ricava dall'intero impianto ordinamentale, né europeo, né nazionale, che risultato e fiducia fossero principi comunque immanenti rispetto alla materia dei contratti pubblici (che, tanto nella prospettiva eurounitaria quanto in quella nazionale, anche in base alla giurisprudenza della Corte costituzionale, è segnata dall'applicazione della concorrenza, rubricata nel Codice come principio di accesso al mercato). Si tratta quindi di una interpolazione piuttosto evidente del legislatore delegato, pericolosamente vicina all'eccesso di delega: quanto poi una simile circostanza sia concretamente deducibile davanti alla Corte costituzionale è tutt'altro discorso, dal momento che, trattandosi di principi e non

di regole puntuali, si dovrebbe determinare il caso (obiettivamente marginale) per effetto del quale una data soluzione interpretativa ed applicativa si fondi solo ed esclusivamente sull'uno o sull'altro principio (o di entrambi), difettando una disposizione specifica che regoli la fattispecie (si tratterebbe, in sostanza, di un problema preliminare di rilevanza della questione di costituzionalità, difficilmente superabile di fronte al giudice a quo).

I due principi sono tra loro collegati (ciò si arguisce, tra l'altro, dal comma 2 dell'art. 2 del Codice dei contratti pubblici).

Quello del risultato (che costituisce attuazione, nella materia del codice dei contratti pubblici, del principio costituzionale di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, a dimostrazione della natura subvalente dell'ipostizzazione, inutilmente ripetitiva in questa prospettiva di principi costituzionali e normativi generali) è individuato come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per [...] valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti è...].». Appare evidente che la norma nasca dalla suggestione dottrinarie dell'"amministrazione di risultato" (mai, comunque, indicata dagli studiosi come "principio"): la teoria ha tratto origine dalla valorizzazione, compiuta in dottrina, dei principi di efficienza ed elasticità nell'esercizio del potere, trovando linfa nella reazione al formalismo legislativo⁴. La diffusione di una simile teorica è conseguenza diretta dell'irrigidimento delle regole procedurali e dell'applicazione formale del principio di legalità perché, a ben vedere, essa prospera e si fortifica proprio nei settori del diritto amministrativo in cui è maggiormente evidente il conflitto potenziale tra la piena legittimità dell'attività provvedimentale e l'efficienza (cioè il rapporto costo-mezzi). Tuttavia il

⁴ V., soprattutto, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, (Giappichelli) Torino, 2004.

concetto di risultato non ha avuto una specifica connotazione giuridica (non si rinviene, prima della estroversione compiuta nel Codice dei contratti pubblici, alcuna definizione di "risultato" in senso stretto nell'ordinamento del diritto amministrativo): il risultato si differenzia anzi dalle categorie giuridiche tradizionali poiché caratterizzato da aspetti diversi rispetto a queste (la tempestività dell'agire, la competenza tecnica interna adeguata al potere, il corretto bilanciamento tra crescita economica e interessi resistenti); allo stesso tempo il risultato si colloca inevitabilmente nel futuro, e come tale ha un margine ineliminabile di incertezza (al contrario delle categorie giuridico-formali, a cui appartiene il rispetto della morfologia dei provvedimenti, che sono invece per natura tipizzate al fine di rendere controllabile dal giudice la complessità in cui operano le pubbliche amministrazioni).

Sono due le linee di tendenza estrapolabili dai dibattiti dottrinari.

Una prima secondo la quale nella dialettica tra imparzialità e buon andamento (entrambi postulati dall'art. 97 Cost.) dovrebbe prevalere a priori quest'ultimo principio, in forza del quale tutte (o quantomeno il maggior numero di esse) le regole nocive al perseguimento del miglior risultato dell'azione amministrativa dovrebbero essere accantonate.

Una seconda, con approccio meno massimalista, ritiene che il formalismo derivante dall'applicazione del principio di legalità non è necessariamente in contrapposizione al risultato e al buon andamento: le regole procedurali sono fondamentali garanzie e strumenti di legittimazione dell'azione amministrativa di fronte ai cittadini; pertanto, il "miglior risultato" verrebbe raggiunto non eliminando il maggior numero possibile di regole, ma cercando un punto di equilibrio ideale tra l'esigenza del rispetto della forma-legalità e il perseguimento del risultato-efficienza: un simile filone dottrinale tenta, quindi, di ricondurre a categorie giuridiche la nozione di risultato onde poterne indagare il rapporto con la forma così da rendere giustiziabile l'azione amministrativa anche e soprattutto quando svincolata da precisi canoni formali e procedurali.

In estrema sintesi l'amministrazione di risultato è legata ad una stagione degli studi nella quale si è contrapposta l'incrollabile deferenza rispetto al principio di legalità formale e le ragioni di efficienza (soprattutto nella erogazione di servizi); e ha avuto come punto di approdo nella esperienza legislativa l'inserimento nel nostro ordinamento di disposizioni dirette alla valutazione della performance dell'amministrazione ed al grado di misurabilità degli obiettivi conseguiti, con inevitabili inclinazioni verso concetti e matrici propri di una dimensione aziendale, piuttosto che di una organizzazione in funzione di garanzia; si tratta di un contesto (quello degli studi in materia) molto diverso dalla prospettazione del principio elaborata dal Codice, nella quale l'uso del risultato (contrapposto chiaramente alla "demitizzazione" della concorrenza, come si evince dalla relazione al Codice dei contratti), diviene addirittura principio ermeneutico per la individuazione della regola nel caso concreto (secondo una prospettiva pragmatica più che giusrealista).

Altrettanto non persuasiva è la postulazione del principio di fiducia ("reciproca") sulla azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione. Ritengo che l'evocazione del principio sia in realtà funzionale alla legittimazione della disposizione successiva (art. 2, comma 3), che appare obiettivamente stravagante rispetto alla stesura di un Codice che ha come oggetto principale l'adeguamento dell'ordinamento nazionale ad un plesso normativo di matrice eurounitaria (e che non contiene alcun riferimento al tema della responsabilità): si tratta quindi di una vera e propria supplenza del legislatore delegato, rispetto al silenzio serbato, sul punto, dalla legge di delegazione. Occorre leggere la norma: «Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente

pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti». Lascio alla relazione che seguirà l'esegesi puntuale delle proposizioni normative: mi limito a segnalare che la norma in realtà costituisce una parafrasi aggiornata degli approdi della giurisprudenza giuscontabile (su cui mi sono prima soffermato); e, al contempo, che il principio su cui poggia (la fiducia, appunto) è soprattutto una dimensione relazionale che riguarda il rapporto tra amministrazione e i suoi funzionari, e non tra amministrazione e amministrati (sarebbe opportuno indagare sul criterio discrezionale tra fiducia e principio di buona fede, peraltro già immanente nel sistema – ivi comprese le procedure ad evidenza pubblica – in base alla previsione contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo).

Va peraltro soggiunto che questa norma, concepita per l'attenuazione del regime di responsabilità amministrativa, non ha di fatto mai trovato applicazione, perché fagocitata dalla portata del cd. "scudo erariale" (art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76), a mente del quale è stata introdotta una limitazione della responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica solo ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta, ad eccezione dei danni cagionati da omissione o inerzia (per i quali continua a valere anche l'elemento psicologico della colpa grave). Ed è altresì noto che il medesimo decreto legge ha inciso pesantemente sul reato di abuso di ufficio, e che quella vicenda sia stata oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale (n. 8 del 2022) che costituisce una sorta di prodromo della più recente decisione sulla responsabilità amministrativa. Conviene rammentare che la Corte ha espressamente affrontato il tema della burocrazia difensiva, che viene identificata nel caso in cui «i pubblici funzionari si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, pre-

ferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali». La Corte ha peraltro individuato nell'oggettivo disvalore del solo accadimento processuale (e non delle effettive condanne) la causa dei significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa: ha rimarcato che sebbene l'esigenza di interventi per limitare il fenomeno della "burocrazia difensiva" fosse già da tempo avvertita, la scelta di porre mano all'intervento è maturata solo a seguito dell'emergenza pandemica da COVID-19, nell'ambito di un eterogeneo provvedimento d'urgenza volto a dare nuovo slancio all'economia nazionale: e non è apparso certo casuale, al giudice delle leggi, l'accostamento all'interno del medesimo provvedimento normativo delle due principali «fonti di "timore" per il pubblico amministratore (e, dunque, dei suoi "atteggiamenti difensivistici")» e cioè la responsabilità erariale e quella penale: tanto ciò è vero che la modifica volta a restringere la sfera applicativa del reato dell'abuso d'ufficio non è neppure una "monade" isolata, vista proprio la presenza, all'interno del medesimo decreto legge, di disposizioni volte a "tranquillizzare" i pubblici amministratori rispetto all'altro rischio che accompagna il loro operato (ancora, la responsabilità erariale). Sembra quindi evidente, nella prospettiva della Corte, che sia la riconduzione ad un medesimo disegno politico della limitazione delle sfere di responsabilità (tanto da giustificare l'omogeneità della materia), che la straordinarietà dell'intervento fondato sulla necessità di dare impulso all'economia nazionale per resistere agli effetti post-pandemici, avrebbero giustificato un identico approccio all'altra questione, attinente al tema del convegno, della compressione (comunque temporanea) della responsabilità erariale.

Veniamo quindi alle battute finali, che riguardano la recentissima sentenza n. 132 del 2024 della Corte costituzionale (ovviamente si tratta di una prima lettura). Inizio dalle questioni strettamente connesse allo scrutinio di costituzionalità della norma sullo "scudo

erariale": la Corte non si discosta dall'approccio serbato sulla limitazione dell'abuso d'ufficio (richiama infatti la precedente decisione), in quanto la dimensione temporalmente definita della limitazione e l'eccezionalità della situazione [«Una disciplina provvisoria che limiti l'elemento soggettivo al dolo può essere non irragionevole, anche se indebolisce la funzione deterrente, in quanto radicata nella particolarità di uno specifico contesto in cui la tutela di fondamentali interessi di rilievo costituzionale richieda che l'attività amministrativa si svolga in modo tempestivo e senza alcun tipo di ostacoli, neppure di quelli che derivano dal timore di incorrere (al di fuori delle ipotesi dolose) nella responsabilità amministrativa»] avrebbero consentito la legislazione di rinvenire un punto di equilibrio nella esclusione della colpa grave anche solo per le condotte commissive (e non quelle ispirate all'inerzia). Aggiunge tuttavia, con specifico riferimento al prolungamento della durata della misura legislativa ben oltre i limiti della immediata ripresa economica posta pandemica, e riguardo alla estensione oggettiva ad attività dell'amministrazione diverse ed ulteriori rispetto a quelle strettamente connesse alla realizzazione del PNRR, che esse siano comunque giustificate (con motivazione non pienamente convincente sul punto) dalla dimensione trasversale dell'attività amministrativa; decisamente meno persuasiva è la ragione della legittimità costituzionale della distinzione operata dalla norma oggetto di censura tra attività commissive e omissive e attività provvedimentali e materiali (non è un caso che la Corte ritenga tale scelta "non manifestamente incongrua", quasi fosse dotata in sé di un ambito di politicità irriducibile nella scelta, sia pure temporanea, del punto di equilibrio). Ma ciò che sollecita l'attenzione nella lettura della sentenza sono le ragioni generali preliminari e le inusuali sollecitazioni finali.

Quanto alle prime (procedendo per brevi cenni di riflessione):

- a) dopo la didascalica ricostruzione dei caratteri della responsabilità amministrativa, la Consulta prende le mosse dall'analisi di un nuovo "modello di amministrazione", fondato sull'ammini-

strazione di risultato (correttamente all'inizio non si richiama il "principio", sebbene successivamente si evochi il Codice dei contratti pubblici quale norma manifesto della nuova dimensione efficientista dell'apparato pubblico), segnato dall'ampliamento della discrezionalità amministrativa, che costituirebbe una componente essenziale e caratterizzante tale modello (si parla di scelte tra «un ventaglio ampio di possibilità e in un ambito non più integralmente tracciato dalla legge»). Dei richiami al risultato ed alla fiducia sorprende la centralità che essi assumono nella ricostruzione operata (senza che fossero vagliate dalla Corte le dubbie ascendenze legittimanti l'ipostatizzazione di tali principi – richiamo le mie precedenti considerazioni critiche – e senza che fosse considerata dalla Corte la dimensione settoriale – contratti pubblici, della loro applicazione);

- b) il metodo utilizzato è sempre quello della sentenza n. 371 del 1998, e cioè la ricerca di un punto di equilibrio tra la funzione deterrente della responsabilità amministrativa e la sua dimensione risarcitoria. Non ci si discosta quindi dalla necessità di stabilire 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». Il vero profilo di novità risiede però nella flessibilità di tale equilibrio, e cioè nella possibilità che esso non sia necessariamente fissato in modo statico dal legislatore, ma possa essere modulato in funzione del contesto istituzionale, giuridico e storico in cui opera l'agente pubblico, e del bilanciamento che il legislatore intende effettuare tra l'esigenza di deterrenza dei comportamenti negligenti e quella di evitare che il rischio di responsabilità funga da disincentivo all'azione amministrativa. Non è però chiaro se questa oscillazione del pendolo tra fisiologica deterrenza e patologico freno possa dare luogo ad una legislazione per natura ondivaga ed

estemporanea, ovvero ad un assetto normativo determinato in modo stabile, derogabile esclusivamente in presenza di circostanze e condizioni eccezionali che possano legittimare perimetrazioni o addirittura sospensioni della ripartizione del rischio tra collettività e agente;

- c) ciò trova spiegazioni, secondo la prospettiva della Corte, nelle ragioni che sorreggono il contesto giustificativo delle limitazioni alla responsabilità erariale, derivante dalle difficoltà istituzionali, giuridiche e fattuali relative allo svolgimento dell'attività amministrativa; la Corte si addentra in una analisi quasi sociologica delle condizioni operative nelle quali agisce l'amministrazione pubblica, indicando alcune "tendenze", quali la difficoltà nella individuazione delle norme da applicare nel sistema giuridico multilivello, i costanti tagli alle risorse finanziarie, umane e strumentali delle amministrazioni, il pluralismo sociale e quello istituzionale che accrescono il numero degli interessi da ponderare nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, la moltiplicazione dei rischi dell'attività umana e del progresso tecnologico che induce alla costante alternatività tra esigenze di precauzione e sviluppo economico e sociale. Si tratta di una evocazione tutta politica della Corte, quasi di supplenza alle ragioni che avrebbero dovuto sorreggere, da parte del legislatore, lo scostamento dall'equilibrio sancito dalla l. n. 20 del 1994, sia pure per un termine predefinito.

Quanto alle seconde, che più che monito della Corte suonano come una sorta di anticipata benevolenza verso una futura legislazione (pende l'Atto Camera 1621 sulla riforma della responsabilità amministrativa) modificativa della attuale disciplina a regime (usando sempre il metodo didascalico imposto dalla contingenza temporale):

- a) viene affermata la necessità di una "complessiva riforma" della responsabilità amministrativa: evidentemente la Corte ritiene

che la vicenda sottoposta al suo sindacato di legittimità, che dimostra il percorso seguito dal legislatore nella relativa stabilizzazione di misure nate provvisoriamente e sulla base di oggettive condizioni straordinarie e di urgenza via via più rarefatte, sia rivelatore di un disagio più profondo verso il regime ordinario della materia;

- b) la Corte si mostra apparentemente coerente con i suoi stessi approdi giurisprudenziali sulla soglia minima invalicabile della colpa grave: essa afferma che «il legislatore non potrà limitare, come si è avuto cura di puntualizzare, l'elemento soggettivo al dolo – limitazione che ha trovato giustificazione esclusivamente in una disciplina provvisoria radicata nelle caratteristiche peculiari del contesto ricordato – ma potrà, nell'esercizio della discrezionalità che ad esso compete, attingere al complesso di proposte illustrate nelle numerose analisi scientifiche della materia, anche modulandole congiuntamente e considerando profili diversi da quello dell'elemento psicologico, in modo da rendere più equa la ripartizione del rischio di danno, così alleviando la fatica dell'amministrare senza sminuire la funzione deterrente della responsabilità amministrativa»;
- c) ho usato l'avverbio "apparentemente" perché, a bene vedere, la Corte aveva sorretto la diade dolo - colpa grave argomentando sulla refrattarietà del sistema rispetto ad una predeterminazione normativa e generalizzata del tetto risarcibile (sentenza 340 del 2001 sopra richiamata) ritenendo sufficiente l'elisione della colpa lieve: ed in ogni caso, ammettere la piena legittimazione della colpa grave quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria per poi ritenerne possibile la perimetrazione normativa attraverso modalità concentriche (tipizzazione, predefinizione di un limite risarcitorio, obbligatorietà dell'esercizio del potere riduttivo [...]), costituisce una modalità ellittica per salvare la continuità dell'impianto, ma consentirne al contem-

po la progressiva erosione interna. In altri termini è proprio la distinzione tra gravità e lievità del medesimo elemento soggettivo (colpa) a rendere comunque indefettibile l'accertamento giurisdizionale, cui sono da sempre affidati, nel nostro ordinamento, i compiti di affinamento dei concetti giuridici indeterminati (a maggior ragione quando questi si fondano sulla mera aggettivazione del predicato);

d) la Corte ha infine osservato che il consolidamento dell'amministrazione di risultato e i mutamenti del contesto istituzionale e sociale giustificano, a regime, la ricerca di nuovi punti di equilibrio attraverso una complessiva riforma della responsabilità amministrativa, che il legislatore potrà realizzare mediante strumenti quali la tipizzazione della colpa grave, l'introduzione di limiti massimi al danno risarcibile, la potenziale obbligatorietà dell'esercizio del potere riduttivo, il rafforzamento delle funzioni di controllo con correlate esenzioni per chi si adegui alle indicazioni della Corte dei conti, una eccezionale esclusione della responsabilità colposa per specifiche categorie di pubblici dipendenti, l'incentivazione delle polizze assicurative. L'indicazione di una possibile articolazione dell'anelito riformatore della Corte tradisce tuttavia un cambio di prospettiva rispetto al *thema decidendum* della questione di legittimità sottoposta al suo scrutinio, che riguardava la materia sostanziale della portata della responsabilità amministrativa: l'epicentro si sposta infatti sulle funzioni del giudice: la tipizzazione della colpa, sulla cui efficacia ho già riferito le mie personali perplessità, il tetto alla risarcibilità, la vincolatività del potere riduttivo, il controllo (non qualsiasi controllo, ma quello della Corte dei conti) quale salvacondotto, costituiscono tutti potenziali interventi non sulla matrice statica della responsabilità amministrativa, ma sulla sua dimensione dinamica e concreta affidata alle cure della magistratura contabile (ed anche al momento cognitivo appartiene l'ultima evocazione sulla necessità di «scongiurare l'eventuale

moltiplicazione delle responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali e spesso non coordinate tra loro»). Più chiaramente, se riforma deve essere, questa non può non afferrare alla proiezione giudiziale della responsabilità, con la conseguenza che l'equilibrio tra stimolo e disincentivo diventa, di fatto, l'occasione per ridefinire i confini tra diversi poteri dello Stato.

Non è sfuggita ai più la straordinaria simmetria tra le evocazioni della Corte e i contenuti della proposta di legge di riforma della materia: che si tratti di un (involontario) omaggio al Governo ed alla maggioranza parlamentare che ne perora l'approvazione, mi pare argomento che meriti, per il futuro, qualche attenzione.

Grazie