

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia

di **Gennaro Terracciano**

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Premessa. – 2. Sulla natura della responsabilità amministrativo-patrimoniale e sui limiti della sua rilevanza. – 3. La graduazione della colpa. 4. In prospettiva: l'orientamento al risultato e il principio della fiducia.

Abstract

How much remains of the system of the last organic reform on administrative responsibility referred to in Law no. 20 of 1994 is difficult to evaluate. This is not only due to the changes made by the art. 3 of the legislative decree n. 441 of 1996, and by art. 3 of the legislative decree n. 543 of 1996, converted into Law no. 639 of 1996, but above all for the countless and occasional interventions of the legislator, even in limited areas, which, although they do not appear to have had a direct impact on the fundamental rules, have nevertheless profoundly undermined their foundations, without an apparent unitary purpose.

* *Presentato al Convegno di studi GIUSTIZIA AL SERVIZIO DEL PAESE - Palermo – 12 e 13 Ottobre 2023*



1. Premessa.

Quanto sia rimasto dell'impianto dell'ultima riforma organica sulla responsabilità amministrativa di cui alla L. n. 20 del 1994 è difficile valutarlo. Ciò non solo per le modifiche apportate dall'art. 3 del d.l. n. 441 del 1996, e dall'art. 3 del d.l. n. 543 del 1996, convertito in L. n. 639 del 1996, ma soprattutto per gli innumerevoli e occasionali interventi del legislatore, pure in ambiti circoscritti, che seppure non sembra abbiano avuto incidenza diretta sulle norme fondamentali, ne hanno tuttavia profondamente scalfito le fondamenta, senza un'apparente finalità unitaria.

La riforma aveva inciso in modo significativo sul regime di responsabilità amministrativa, in coerenza con l'introduzione di una riforma organica della Pubblica Amministrazione ed in particolare della natura e del ruolo della dirigenza amministrativa (d.lgs n. 29 del 1993), la cui attività doveva orientarsi al risultato. In tale quadro erano state ritenute apprezzabili le scelte del legislatore quanto: alla limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave; alla nuova disciplina della responsabilità degli organi collegiali; alla insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali; al nuovo regime di trasmissibilità del debito agli eredi; all'obbligo da parte del giudice contabile di tener conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione pubblica; alla parzialità dell'obbligazione risarcitoria; al regime della prescrizione, in ogni caso in cinque anni, del diritto al risarcimento del danno (Corte Cost. Ord. 119 del 16 aprile 1998).

Pervero, interventi non organici del legislatore in specifici ambiti erano già usuali prima ancora della riforma organica e generalmente in funzione di limitazione della responsabilità in ragione della particolare attività svolta. Ad esempio, l'art. 11 della L. n. 340 del 1965, prevedeva una ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale di determinati funzionari statali alle sole ipotesi di dolo, con esclusione anche della colpa grave, per le gestioni fuori bilancio di Sovrintendenze dei beni culturali (Corte Cost. n. 108 del 26 giugno 1967 e n. 164 del 19 ottobre 1982). La limitazione di responsabilità per danni ai casi di dolo e colpa grave era stata disposta anche dalla legge R. Sicilia n.7 del 1971, artt. 52 e 53, estesa ai dipendenti che funzionalmente dipendessero dalla Regione (Corte Cost. n. 112 del 26 giugno 1973); si affermava, anche, che non esisteva un principio di irrilevanza della colpa nella responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici (Corte Cost. n. 1032 del 15 novembre 1988). Ancora, si era ritenuto che l'art. 52 del r.d. n. 1592 del 1933, che limitava la responsabilità per danni del presidente e dei componenti del Consiglio di amministrazione delle Università solo al dolo e alla colpa grave, non fosse illegittimo per disparità di trattamento (per altre ipotesi si vedano gli artt.: 15 L. n. 90 del 1961; 1 L. n. 1833 del 1962; 20 e 22 D.P.R. n. 3 del 1957; 11 L. n. 340 del 1965) (Corte Cost. n. 54 del 5 marzo 1975 e n. 164 del 19 ottobre 1982).

In effetti, la Corte Costituzionale aveva sostanzialmente avallato tale modo di



procedere del legislatore nazionale, avendo modo di chiarire che lo stesso può stabilire quali comportamenti costituiscano fonte di responsabilità e quale grado di colpa sia richiesto per l'accertamento della responsabilità del dipendente pubblico, senza limiti o condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà. A ben vedere, la riforma del 1994/96 aveva una finalità abbastanza definita, come già rilevato, e cioè quella di predisporre un assetto normativo in cui il timore della responsabilità (e della "firma") non esponesse all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa, alla ricerca di un delicato equilibrio tra il rischio dell'attività che deve rimanere a carico dell'apparato e quello che incombe al dipendente, **di modo che la prospettiva della responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo** (Corte Cost. n. 371 del 20 novembre 1998).

In tale prospettiva non è parso incongruo che si accentuasse il perimetro della sfera di autonomia gestionale dei dipendenti pubblici sottratto al sindacato della Corte dei Conti, in conseguenza dell'articolo l'art. 3 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, il cui primo comma espressamente contempla, con riferimento ai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, "l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali" (Corte Cost. n. 327 del 24 luglio 1998).

Come rilevato, comunque, successivamente alle leggi 19 e 20 del 1994 sono state approvate centinaia di disposizioni di rango legislativo, che hanno inciso non poco sull'assetto complessivo dell'attività di controllo della Corte dei conti e sulla sua attività giurisdizionale e pare ormai inevitabile chiedersi se non risulti necessaria una riforma organica della materia sostanziale, come del resto accaduto per il processo contabile, alla luce soprattutto degli ultimi interventi normativi cc.dd. transitori, decisamente indirizzati a diminuire il disincentivo all'esercizio del potere amministrativo costituito, si dice, dalla responsabilità erariale.

2. Sulla natura della responsabilità amministrativo-patrimoniale e sui limiti della sua rilevanza.

Il dibattito intorno alla configurazione e alla natura della responsabilità amministrativa (sanzionatoria, risarcitoria, mista, eclettica) è stato decisamente accentuato dalla riforma del 1994/96. In effetti, la Corte Costituzionale è intervenuta, sostenendo che le nuove linee normative sembravano accentuare il profilo sanzionatorio della responsabilità amministrativo-patrimoniale rispetto a quello risarcitorio (Corte Cost. n. 453 del 30 dicembre 1998). Ma la domanda che ormai occorre porsi è se la qualificazione della natura di tale responsabilità sia rilevante, e eventualmente in che limiti, in conseguenza della pragmatica delimitazione della stessa ad opera del legislatore e del modo di intenderla da parte della



giurisprudenza. In altri termini, sembra che detta qualificazione possa risultare indifferente sia quanto all'elemento soggettivo, sia quanto al nesso causale, quali elementi strutturali della responsabilità stessa. L'evento dannoso e la conseguente quantificazione dell'eventuale obbligazione risarcitoria possono naturalmente essere influenzati dalla natura della responsabilità, in ragione delle finalità che si intendono perseguire (ripristinatorie, punitive, di deterrenza), ma ciò non dovrebbe avere rilevanza sul piano della graduazione della colpa.

A ben vedere, ad oggi le tesi che si sono succedute nel tempo sulla natura della responsabilità amministrativo-patrimoniale sembrano tutte avere un limite: non appaiono conciliabili con il dato normativo oggettivo, che pragmaticamente prova a trovare soluzioni, sia pur a volte provvisorie, a problematiche contingenti. Del resto, inizialmente detta responsabilità nasceva come puramente risarcitoria, e piuttosto si discuteva se essa fosse di natura contrattuale o extracontrattuale (6) (Corte Conti, I, 4 luglio 1949, n. 32). A seguito della riforma si è sostenuta la natura peculiare della responsabilità erariale, rispetto alla responsabilità civile, rimanendo diverse la struttura e la funzione (21), ed anche la non utilità di qualificare la responsabilità amministrativa come aquilana o contrattuale. Tuttavia, a seguito della citata sentenza n. 371 della Corte Costituzionale, quale conseguenza del venir meno della responsabilità per colpa lieve, le tesi sulla natura sanzionatoria, in luogo di quella risarcitoria pura, si sono rafforzate, sebbene si sia fatta strada una tesi mediana, fondata sulla peculiarità della responsabilità amministrativa, una sorta di responsabilità "mista", che affianco alla funzione risarcitoria individua in modo complementare una funzione socioculturale (37). Rimaneva, comunque, evidente la diversità di approccio della giurisprudenza, soprattutto di Cassazione, rimanendo anche alquanto discussa la effettiva rilevanza dell'osservazione relativa alla circostanza che la condanna risarcitoria può, nei casi previsti e anche a seguito di esercizio del potere riduttivo, non corrispondere integralmente al danno subito (26). Naturalmente, ogni tesi presenta sfumature tali da giustificare lo scostamento con il diritto obiettivo, così che anche la tesi della natura prettamente risarcitoria della responsabilità amministrativa, finisce per essere temperata riconoscendosi, sia pur marginalmente, una funzione risarcitoria (23). Proprio tali difficoltà di conciliare il dato normativo, quello giurisprudenziale e quello dottrinario, ha dato vita anche ad un orientamento "eclettico", che valorizzando gli aspetti compensativo-risarcitori e sanzionatori-repressivi, prova a ricostruire una natura di "terzo genere", ma non mista, bensì speciale, fondata sulla combinazione di personalità e patrimonialità e denominata "pubblica-risarcitoria", anche in conseguenza della peculiarità dell'illecito tipizzato nella responsabilità erariale (35). In definitiva, pur essendo il dibattito ancora in corso (1, 2, 5, 9, 11, 14, 25, 28, 30, 31, 33), tratto comune risulta essere la convinzione che la responsabilità erariale ed il suo processo hanno



connotazioni strutturali e funzionali dirette a salvaguardare l'integrità dell'interesse economico-finanziario dello Stato comunità e la funzionalizzazione dell'organizzazione e dell'azione dell'apparato pubblicistico, in senso lato, al perseguimento con efficienza degli interessi pubblici specifici e, quindi, dell'interesse pubblico generale. Ma è proprio tale funzionalizzazione che sembra non più attuale, alla luce degli ultimi interventi normativi. In particolare, si vuole fare riferimento all'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 convertito nella legge n. 120 del 9 novembre 2020, come modificato (quanto al termine) dall'art. 51, comma 1, lett.h), della legge n. 108 del 2021 e dall'art. 1, comma 12 quinquies, lett.a) del d.l.n. 44 del 22 aprile 2023, come convertito nella legge n. 74 del 21 giugno 2023, nonché alle disposizioni introdotte nel nuovo codice degli appalti con il d.lgs. n. 36 del 2023, all'art. 2, comma 3.

Già si era rilevato (Giornata di Studi, Corte Conti 14 novembre 2019), tuttavia, che le diverse tesi sulla natura della responsabilità non appaiono divergere in modo significativo quanto all'affermazione della natura personale della responsabilità (11) anche se ne traggono conseguenze ovviamente diversificate (20, 21), in coerenza con la concezione dell'elemento psicologico, per tutti componente strutturale, insieme al nesso causale e al danno (35), o anche criterio di imputazione (18), della responsabilità stessa, pur in presenza di una giurisprudenza che non consente di delineare tratti comuni e criteri valevoli in astratto, rimanendo indubbio che la mutevolezza del caso concreto è tendenzialmente infinita e difficilmente perimetrabile. Allo stesso modo, le tipologie di danno (diretto o indiretto, da disservizio, da tangenti, all'immagine, alla concorrenza, all'ambiente, e così via) che possono dar luogo a responsabilità si sono evolute ed affinate, a volte ad opera del legislatore (si pensi al danno all'immagine e quelli conseguenti alla commissione di reati), quasi tipizzandosi e finendo per diminuire non poco la rilevanza della condotta e dell'imputabilità personale (si pensi alla culpa in vigilando o alla responsabilità di posizione organizzativa), dando adito a ipotesi di responsabilità di natura oggettiva, o quasi, ovvero di "posizione".

3. La graduazione della colpa.

Ciò che, quindi, risulta essere maggiormente rilevante, e lo confermano gli ultimi interventi normativi, ai fini della configurazione (più che della natura) della responsabilità erariale è l'elemento psicologico, la cui disciplina era apparsa rivoluzionata proprio dalla riforma del 1994/96, eliminandosi in via generale la responsabilità non solo in caso di colpa lievissima (6), ma anche in caso di colpa lieve (20) e oggi incisa dai richiamati interventi del 2020 e 2023 del legislatore. Del resto, proprio la Corte dei conti ha avuto modo di rilevare (nel contributo scritto sull'atto di governo n. 19 – codice dei contratti pubblici – nel febbraio 2023) che *"La difficoltà a individuare criteri generali e astratti univoci per definire la colpa grave e differenziarla da*



quella lieve dipende dalla sua assoluta relatività: la gravità o meno di una condotta non può mai prescindere, infatti, dalla considerazione di una molteplicità di elementi, soggettivi ed oggettivi, desumibili, volta per volta, dal caso concreto."

La rilevanza dell'elemento psicologico e cioè del grado di colpevolezza è rinvenibile in quelle tesi (21) che evidenziano come la responsabilità civile e quella amministrativa si differenziano proprio sul piano della colpevolezza, con almeno due concezioni, sia pure con diverse declinazioni: psicologica e normativa. La prima risulterebbe fondarsi sul nesso psichico tra l'agente e il fatto, mentre la seconda atterrebbe al giudizio di rimproverabilità della condotta per l'atteggiamento antidoveroso della volontà che era possibile non assumere. Ne deriva una diversa concezione del dolo e della colpa e, soprattutto, un diverso significato della graduazione della colpa, che nel primo caso atterrebbe più al grado di diligenza (parametrato ad un canone medio), nel secondo caso consentirebbe una reale graduazione della contraddizione tra la volontà del soggetto e la norma. L'accertamento della gravità della colpa, quanto alla responsabilità amministrativa, non riguarderebbe la normale diligenza in astratto, bensì la conformità in concreto del comportamento ai canoni di conoscibilità, prevedibilità e evitabilità dell'evento. In altri termini, come pure ricavabile dalla giurisprudenza e dagli stessi ultimi interventi legislativi, la concezione "normativa" pare ormai essere prevalente. In effetti, in coerenza con tale concezione, si è evidenziato (6) che non pare esserci graduazione nell'ambito dell'elemento soggettivo tra dolo e colpa, essendo qualitativamente atteggiamenti della volontà molto diversi: il dolo, in prima approssimazione, sarebbe rilevabile nella cosciente intenzione o volontà di recare danno o di non evitarlo, mentre la colpa è rappresentata dalla violazione o omissione di doveri di diligenza, perizia, competenza, senza la specifica intenzione di arrecare danno. Una graduazione è ammissibile quanto alla colpa e non certo al dolo, sia pure esso inteso in senso erariale (12, 38). E sarebbe possibile distinguere una colpa lievissima (culpa levissima), da una colpa lieve (culpa levis) e da una colpa grave (culpa lata), per la quale la mancanza di diligenza, ovvero la negligenza, è straordinaria.

La riforma del 1994/96 ha consentito di avviare una riflessione quanto al modo di intendere il grado di colpa, prima non ritenuta interessante (11). Ciò ha comportato, in via generale, la ricerca dei tratti distintivi e caratteristici della gravità della colpa rispetto a quella lieve, finendo di volta in volta per valorizzare ora uno ora altro aspetto, senza che si potessero individuare indicatori univoci: prevedibilità dell'evento; sprezzante trascuratezza dei doveri; particolare noncuranza degli interessi pubblici; violazione dei doveri del buon padre di famiglia (concezione civilistica); assoluta negligenza ed imperizia, in rapporto alla competenza del soggetto; massima imprudenza o evidente mancanza di cautela, in relazione alla



possibilità dell'evento; macroscopica e grossolana trascuratezza gestionale; e così via. Naturalmente, accanto a tali aspetti, in concreto, si sono valorizzati, in funzione di attenuazione o per migliore comprensione, la preparazione personale del soggetto, le circostanze ambientali o organizzative, l'efficienza della struttura, la durata della condotta, e così via. Ciò, verosimilmente, ha indirizzato la giurisprudenza della Corte dei conti, come già rilevato, verso una concezione fortemente normativa, valorizzando in particolare la inescusabile negligenza o la previsione dell'evento dannoso, con marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta conoscibili ex ante. La prevedibilità e l'evitabilità finiscono per rilevare ai fini della valutazione del comportamento del soggetto come diligente, e caratterizzato da perizia e prudenza. Allo stesso tempo, la concezione normativa ha richiesto di valorizzare il dolo, anche eventuale (36, 39), in modo indipendente dalla concezione sia penalistica che civilistica-contrattuale, anche se i tratti distintivi del dolo erariale non sembrano di facile individuazione (12, 15, 32, 38), e ciò pare aver giustificato l'intervento del legislatore con l'art. 21 citato, che al comma 1 sembra aver riportato la nozione del dolo nell'alveo di quella penalistica.

La concezione psicologica e quella normativa sembrano, così, riflettersi nella concorrente distinzione tra colpa in senso soggettivo e colpa in senso oggettivo, consistendo la prima nella consapevolezza di agire con violazione dei doveri di ufficio e con negligenza, nonché con coscienza della probabilità dell'evento, mentre la seconda in un comportamento oggettivamente in contrasto con norme di diritto o di esperienza. La disciplina definitoria di cui all'art. 2 richiamato del Codice dei contratti, sia pure riferita ad un ambito circoscritto, finisce per sopperire alla mancanza di una definizione normativa della colpa erariale, ma non pare ancora risolvere il problema della difficile ricerca di un tratto distintivo tra colpa lieve e colpa grave, una volta che l'intensità della coscienza non rilevi quanto l'importanza della violazione in senso oggettivo, con il rischio (questo, sì, grave) che la colpa lieve di un tempo si trasformi in colpa grave solo per evitare di far venir meno la responsabilità (24, 27), e che la colpa grave assurga a dolo per lo stesso motivo.

Rimane la difficoltà di individuare una nozione unitaria di colpa grave, anche per la non certa perspicua disposizione dell'art. 2 richiamato del Codice dei contratti, che pare sovrapporre o addirittura far coincidere l'elemento psicologico con la mera condotta violativa di una norma. Rimane ancora oggi non risolutivo ricorrere alle tesi della c.d. colpa in concreto, o del metodo empirico, o delle figure sintomatiche (27, 18, 7), che sembrano rimettere quasi esclusivamente al giudice il riconoscimento del grado di colpa minimo richiesto per la "imputabilità", in evidente contrasto con la prospettiva innovativa della riforma (34) e non coerente con gli ultimi interventi normativi. Non si può dubitare, ben inteso, che al giudice occorra riconoscere in materia un accentuato potere valutativo-discrezionale, essendo affidato al prudente



suo apprezzamento l'insieme delle condizioni, degli elementi, delle circostanze e dei fatti ritenuti rilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità e della pronuncia eventualmente conseguenziale della condanna risarcitoria e della misura in concreto di essa; ma il giudice, nei limiti del possibile, applica una regola, un criterio, una massima di esperienza, ma non "crea" esso stesso la regola del caso concreto, semmai la "ricerca", magari con difficoltà, nell'ordinamento giuridico in senso lato, anche attraverso l'esercizio di una funzione nomofilattica che pare non del tutto presente nella giurisdizione della Corte dei Conti. Non si intende fare riferimento ad una tipizzazione legale, della cui utilità pure si è dubitato (24, 29), ma neanche pare accettabile l'assenza di disposizioni normative, se si eccettua quella dell'insindacabilità delle scelte discrezionali, che indirizzino la discrezionalità del giudicante, quanto all'elemento della colpevolezza, proprio nell'ottica della specialità della responsabilità amministrativo-patrimoniale e per limitare le inevitabili disparità di trattamento, anche meramente territoriali (8), non certo attenuate dal potere riduttivo (28).

In effetti, pare proprio che la mancanza di un quadro normativo chiaro si rifletta in una giurisprudenza non certo univoca e nella circostanza che la graduazione della colpa comporti una sorta di graduazione della responsabilità (19, 20, 27, 10, 35), non consentendo di percepire se essa tenda ad individuare una soglia minima per l'imputabilità o un limite minimo di punibilità. Seppure sembri indubitabile il nesso inscindibile tra colpa e responsabilità, così come pare indiscutibile che la punibilità non possa prescindere dall'accertamento della responsabilità, e anche che all'imputabilità non consegue necessariamente la punibilità, non può disconoscersi che la questione posta sia influenzata fortemente dalla adesione ad una o altra teoria in tema di natura risarcitoria, o sanzionatoria, o mista, o eclettica della responsabilità erariale. In effetti, potrebbe sostenersi che attraverso la valutazione dell'elemento psicologico, quanto meno nella concezione normativa, si tenda a graduare la responsabilità, con effetto diretto sulla misura della condanna, la cui finalità sembrerebbe prevalentemente sanzionatoria; nella concezione psicologica, la graduazione della colpa tenderebbe prevalentemente a consentire di accertare la responsabilità, con effetto diretto sulla condanna, con finalità prevalentemente risarcitoria. Tuttavia, le diverse combinazioni evidenziabili nei casi concreti non consentono di ricavare una qualche utile regola, e lo stesso potere riduttivo finisce per essere inteso a tratti come indice della natura sanzionatoria della responsabilità, a tratti come elemento di mitigazione, correlato al grado o intensità della colpa, coerente con una natura risarcitoria o mista. Tuttavia, se l'eliminazione della rilevanza della colpa lieve ai fini dell'accertamento della responsabilità pareva voler fissare specificamente una soglia di imputabilità e non semplicemente incidere sulla punibilità, i recenti interventi normativi, che incidono sulla rilevanza della colpa



grave, sembrano invece militare in senso opposto, in quanto riguarderebbero la sola punibilità. Ciò rende ancor più evidente la necessità di un intervento normativo di riforma complessiva, che, come auspicato dalla Corte Costituzionale, sia orientata in modo da consentire che la **responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo** (Corte Cost. n. 371 del 20 novembre 1998).

L'equilibrio nella ripartizione del grado di rischio insito nell'attività amministrativa (gestoria) tra amministrazione pubblica e i propri agenti in realtà si è già, in tal senso, arricchito, proprio con riferimento ai due interventi legislativi intervenuti e richiamati, che da un lato hanno reso transitoriamente (sia pure lungamente) irrilevante (sia pure in parte) la colpa grave e dall'altro hanno funzionalizzato la nozione della stessa al principio della fiducia, sia pure nel limitato ambito della contrattualistica pubblica.

Del resto, detti interventi normativi sono stati dichiaratamente orientati al tentativo di diminuire il grado di incertezza sul perimetro della responsabilità amministrativa e limitare il diffuso senso di insicurezza nei funzionari pubblici ed in generale in chi agisce nell'interesse pubblico, con rilevante timore di incorrere in una incolpazione (essa stessa sentita già come punitiva), dalle conseguenze imprevedibili anche sul piano della quantificazione dell'eventuale risarcimento del danno.

Paradossalmente, detto grado di incertezza si è acuito in conseguenza anche della progressiva eliminazione dei controlli preventivi, aumentando l'area della discrezionalità gestionale e quindi della responsabilità, sulla base di una malintesa necessità di dare maggiore speditezza all'azione amministrativa, ma ricavandone invece l'effetto opposto: la minore propensione ad assumere decisioni ed a esercitare potere discrezionale, e, di converso, la maggiore propensione all'assunzione di cautele esorbitanti, con aggravamenti procedurali, che ben a ragione possono unitariamente consentire di definire tale modalità di esercizio del potere con la locuzione "amministrazione difensiva", caratterizzata dalla prassi di anteporre al perseguimento dell'interesse pubblico la tutela della propria posizione, rimanendo purtroppo diffusa la convinzione che l'inerzia sia meno rischiosa dell'azione.

Il Legislatore, anche in ragione del grave periodo emergenziale e della necessità di maggiore speditezza nella spesa per la realizzazione del PNRR, ha dovuto prendere atto che gli agenti della P.A., intesa in senso lato, non riescono ad accettare ed assumersi la quantità di rischio derivante dall'attività amministrativa che l'ordinamento pone a loro carico; ma tale considerazione rimane ancor più vera se si aggiunge che la mancata accettazione e assunzione dipendono principalmente dalla estrema difficoltà di comprendere e delimitare tale rischio.

Questa pare la ragione di fondo che ha spinto il Legislatore ad introdurre la citata norma transitoria di cui all'art. 21 della legge di semplificazione del 2020 (2, 5, 14), che al comma 2 ha limitato, salvo che per le ipotesi di inerzia, la responsabilità



erariale ai soli casi di dolo: in fondo se l'elemento soggettivo necessario per l'imputabilità della responsabilità amministrativo-patrimoniale fosse definitivamente limitato al dolo, non pare dubbio che ne scaturirebbe una semplificazione a tutto vantaggio dell'efficienza dell'azione amministrativa, venendo ragionevolmente meno i timori e le incertezze evidenziate, in coerenza con la necessità di orientare l'azione amministrativa al risultato, abbandonando la logica del mero adempimento (del resto, l'ordinamento già conosceva almeno un'ipotesi del genere, contenuta all'art. 29, comma 7, del decreto legge 78/2010, come modificato dal d.lgs. del 24/09/2015 n. 159, articolo 5, ove si statuisce che la responsabilità di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, è limitata alle ipotesi di dolo, per i funzionari dell'Agenzia delle entrate, con riguardo alle valutazioni di diritto e di fatto operate ai fini della definizione del contesto mediante gli istituti previsti da una serie di procedure concorsuali o paraconcorsuali, o anche per la definizione di procedure amichevoli).

Si conferma la non centralità, così, della tematica sulla natura risarcitoria o sanzionatoria della responsabilità, giacché non vi sarebbe dubbio sulla conseguenza dell'accertamento in termini di assoluto e completo ristoro del danno causato. Ciò non significa ritenere irrilevante la causazione del danno per colpa grave, giacché il sistema sanzionatorio repressivo risiederebbe nella diversa responsabilità disciplinare, che connota il rapporto di servizio. Si potrebbe anche sostenere che la responsabilità amministrativa attiene alla rottura della relazione di immedesimazione organica, come la responsabilità disciplinare attiene alla violazione del rapporto giuridico di servizio.

4. In prospettiva: l'orientamento al risultato e il principio della fiducia.

Nonostante il chiaro orientamento normativistico della giurisprudenza contabile, le innovazioni legislative richiamate non hanno certo ricevuto un'accoglienza positiva, visto che non sono mancate prese di posizioni fortemente critiche e tentativi di aggiramento delle disposizioni in casi concreti.

In effetti, se la Corte dei conti (nel contributo scritto sull'atto di governo n. 19 – codice dei contratti pubblici – nel febbraio 2023) ha evidenziato, con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, come *“Il comma 3 dell'art. 2 definisce il perimetro della colpa grave stabilendo che, nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, 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. Come chiarito dalla relazione illustrativa, la scelta di definire normativamente il*



perimetro della colpa grave nasce dall'esigenza di rendere meno labile il confine tra colpa grave e colpa lieve e, dunque, eliminare il più possibile incertezze interpretative", prendendo atto della necessità di maggiore chiarezza al fine di rendere coerente in concreto l'azione del Giudice contabile con il principio della fiducia, e nel contempo contribuendo al perseguimento del principio del risultato, d'altro canto Essa ha anche non del tutto digerito l'intrusione legislativa sul piano delle esimenti, laddove lo stesso comma 2 "... aggiunge che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Tanto, in coerenza con le vigenti previsioni del codice della giustizia contabile (art. 69, comma 2 e art. 95, comma 4), a loro volta confermativo di una giurisprudenza consolidata sull'elemento soggettivo della responsabilità erariale". In effetti, sembra quasi volersi neutralizzare la portata innovativa della disposizione affermandosi che "Sembra dunque realizzarsi un virtuoso compromesso fra l'esigenza evidenziata nella relazione al codice di ridurre le incertezze interpretative in materia e la necessità di una impostazione coerente con l'istituto della responsabilità erariale, rispetto al quale permane certamente la assoluta necessità di valutare il grado della colpa sulla base del caso concreto, sia pure percorrendo l'iter argomentativo delineato dalla giurisprudenza e ripreso dalle disposizioni in esame", di modo che la stessa non incida sul potere del Giudice di valutare caso per caso l'applicabilità dell'esimente: con l'effetto di una certa permanenza di un grado di incertezza la cui eliminazione o riduzione era proprio lo scopo della norma.

A ciò si aggiunge la critica assoluta alla norma di cui al citato art. 21, laddove transitoriamente "... ha circoscritto la responsabilità erariale ai soli casi di dolo, con esclusione della colpa grave, sia pure per i soli danni erariali cagionati da condotte attive", soluzione legislativa ritenuta "... priva di fondamento logico giuridico" e in contrasto con il quadro normativo euro-unitario istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza (c.d. "recovery plan") (Reg. 2021/241), oltre che connotata "... da evidenti profili di illegittimità costituzionale". Al riguardo la Corte dei conti richiama proprio l'orientamento della Corte costituzionale, già citato, formatosi a partire dalla introduzione della responsabilità per sola colpa grave (cfr. C. Cost. n. 37/1998, confermata, fra le altre, da C. Cost. n. 340/2001), sostenendo che quell'equilibrio che la Corte Costituzionale auspicava, fra rischio a carico dell'apparato e quello a carico del funzionario, risulterebbe alterato, in aperto contrasto con l'art. 97, comma 2, Cost., di cui peraltro costituisce corollario il principio del risultato. Ciò nonostante, il Legislatore ha ritenuto con il citato d.l. n. 44 del 2023, come convertito nella legge n. 74 del giugno 2023, di prolungare la vigenza della norma al 30 giugno 2024, non tralasciando tuttavia di statuire che ciò si richiede nelle more di "una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile", avvalorando quanto già rilevato a proposito del superamento dell'assetto della riforma del



1994/96, ma senza che si sia preso atto che una riforma solo della disciplina della responsabilità erariale senza incidere sul rapporto tra questa e la funzione di controllo potrebbe rivelarsi non del tutto risolutiva.

A ben vedere, la finalità dei recenti interventi normativi descritti alla delimitazione della colpevolezza nell'ambito della responsabilità erariale, funzionale al perseguimento dei principi del risultato e della fiducia sembrano, per la Corte dei conti, da condividere, ma le disposizioni in realtà tradirebbero le stesse finalità, in quanto "... il principio della fiducia, che si basa sul presupposto del riconoscimento di capacità e professionalità in capo al funzionario responsabile, non può conciliarsi con l'esclusione della responsabilità per colpa grave laddove, come noto, detta soglia minima di punibilità attiene, per costante giurisprudenza, ai casi quali l'"intensa negligenza", la "sprezzante trascuratezza dei propri doveri", l'"atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni", la "macroscopica violazione delle norme", il "comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza".".

In definitiva, si finisce per disconoscere nella sostanza la stessa ratio che ha condotto il Legislatore ad introdurre dette norme, è ciò in quanto "...l'assunto secondo il quale l'azione amministrativa sarebbe bloccata dalla paura del processo contabile sia del tutto indimostrato, laddove, invece, è acclarato che la cosiddetta "paralisi del fare" derivi dalla complessità e farraginosità delle regole".

Per quanto non si possa che condividere l'affermazione della complessità e farraginosità del sistema normativo che presiede all'organizzazione e all'esercizio della funzione amministrativa, che richiederebbe ben consistenti interventi di semplificazione e, al contempo, di qualificazione del personale attraverso idonea formazione, si deve anche rimarcare che sottovalutare la percezione della inadeguatezza della disciplina sulla responsabilità amministrativa quanto al suo perimetro e ai profili dell'elemento soggettivo significa non comprendere che l'azione amministrativa è fortemente influenzata, negativamente, dalla impossibilità da parte degli agenti della pubblica amministrazione di esercitare con piena consapevolezza le proprie funzioni sia in termini di correttezza del proprio operato, sia in termini di delimitazione della propria responsabilità.

Nessuno può dubitare che l'esercizio di qualunque potere sia fonte di responsabilità quanto al suo esercizio o non esercizio, ma si tratta solo di evitare che la disciplina della responsabilità non risulti tanto incombente da non consentire un sereno esercizio del potere e una consapevole accettazione delle conseguenze dell'agire (o del non agire): tanto più le regole di esercizio del potere pubblico risultino complesse e farraginose e tanto più la formazione dei dipendenti e quindi la loro professionalità risulti non adeguata a tale complessità, ancor più si richiede un sistema di valutazione della colpevolezza, in ipotesi di violazioni o comportamenti illegittimi, che tenga conto di quella complessità.



Il problema non può ridursi a soluzioni semplici, come l'eliminazione della responsabilità per colpa grave, ma non può neanche essere sottovalutato e rimesso al "giusto processo" e alla bontà delle postume valutazioni di un Giudice.

La strada intrapresa dal Legislatore sembra tutt'altra, facendo leva proprio sui principi del risultato e della fiducia.

L'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, al comma 3 richiede che l'agente pubblico sia messo nelle condizioni di potere agire consapevolmente, nel quadro delle prerogative allo stesso riconosciute al comma precedente, che evidenzia proprio che *"Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato"*.

A ben vedere, infatti, il principio della fiducia è principalmente funzionale a quello del risultato, e richiede e presuppone un'azione amministrativa legittima, trasparente e corretta: la violazione del principio, e quindi una azione illegittima o comunque non corretta, non consente di conseguire il risultato dell'azione stessa e quindi la soddisfazione dell'interesse pubblico generale, con inevitabile conseguenza sul piano della responsabilità dell'agente pubblico, ma solo quando sussista la violazione di norme di diritto o di autovincolo e 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"**. Ecco il nuovo equilibrio tra responsabilità di apparato e responsabilità individuale: la punibilità richiede che la violazione sia palese, cioè evidente, percepibile, con assunzione consapevole del rischio dell'inosservanza (quasi qualificabile come dolo eventuale) e ciò si realizza solo quando l'osservanza delle regole violate sia "esigibile" in relazione al grado di competenza dell'agente. A sua volta, il grado di competenza non può semplicemente essere desunto dalla posizione organizzativa dell'agente, ma occorre che sia accertato ed evidenziato in concreto, rendendo incompatibile una responsabilità di mera posizione e fortemente limitata una responsabilità per culpa in vigilando.

Sebbene la disposizione normativa sia limitata all'ambito degli appalti e contratti pubblici, sembra che essa abbia una portata paradigmatica, orientando in via generale, e conformemente all'art. 97 della Costituzione, l'interpretazione delle diverse norme in tema di responsabilità amministrativa secondo i principi della fiducia e del risultato, di modo che essa sia fattore di corretto esercizio del potere e non di rallentamento dell'azione amministrativa in ragione non già della c.d. "paura della firma" ma, più appropriatamente, del timore di agire inconsapevolmente in modo illegittimo o non corretto.

In tal senso si attende la annunciata riforma, che non potrà prescindere dal



considerare complementare la riforma anche dei controlli, funzionalizzando anche la loro disciplina ai principi della fiducia e del risultato, rafforzando quelli cc.dd. concomitanti, in funzione collaborativa, di ausilio alla correttezza dell'agire amministrativo, con accentuazione della funzione consultiva della Corte dei conti, secondo un'elementare opportunità di prevenire ogni illegittimità o illecito per diminuire la necessità dell'intervento punitivo, sia esso di natura sanzionatoria o risarcitoria.

Riferimenti bibliografici:

- 1) Altieri A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012
- 2) Amante E., *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020*, in *Urbanistica e appalti* n. 1/2021
- 3) Avallone P., Tarullo S., *Il giudizio di responsabilità amministrativo contabile innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002, 48-53
- 4) Attanasio A., *Rassegna ragionata di giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativo-contabile*, in V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, IV ed., Milano, 2018, 526-555
- 5) Benigni A., *Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Rivista Corte conti* n. 5/2020
- 6) Bennati A., *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1990, 753 e ss
- 7) Bonelli E., *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 *La Corte dei Conti tra tradizione e novità*, a cura di Crocco D., 2014, 261 e ss.
- 8) Bottino G., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e responsabilità amministrativa: brevi osservazioni sulla possibile differenziazione, in ambito regionale e locale, dei profili del dolo e della colpa grave*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005*, Milano, 2006, 599-609
- 9) Bottino G., *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. Dir., annali*, X, 2017, 756 e si.
- 10) Cacciavillani I., *Il limite della colpa grave nella responsabilità amministrativa; la solidarietà risarcitoria verso terzi e il regime probatorio nell'azione di regresso (nota a Corte dei Conti, sez. III, 16 aprile 1998, n. 114)*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, fasc. 2, 1998, 1087-1091
- 11) Canale A., *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A.



- Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smirolfo (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2019, 75-96
- 12) Caso L., *Il dolo comune ed il dolo erariale* (nota a C. conti, sez. III d'appello, 28 settembre 2004, n. 510, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 10, 2988
- 13) Cerioni F., *La responsabilità amministrativa dei dirigenti e dei funzionari delle P.A. e delle società "controllate" per la violazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla trasparenza*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, a cura di Cerioni F. E Sarcone V., Milano, 2019, 763 e ss.
- 14) Ciaramella A., *La sopravvivenza normativa della responsabilità erariale*, in *Diritto e conti 2020*
- 15) Cimini S., *Colpa della P.A. e colpa grave del dipendente pubblico*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 685-704
- 16) Cirillo L., *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione: sua configurazione dogmatica alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Foro amm.*, Cds, 2003, 2035 e ss.
- 17) Greco L., *In tema di responsabilità patrimoniale degli impiegati dello Stato*, in *Riv. Corte Conti*, 1958, I, 4
- 18) Della Ventura P., *La responsabilità amministrativa: la colpa grave e il dolo*, in E.F. Schlitzer, C. Mirabelli (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018, 173-190
- 19) Maddalena P., *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte dei conti*, fasc. 2, 1997, p. 272-286
- 20) Maddalena P., *La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998* (nota a Corte Costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, fasc. 2, 1998, 954-960
- 21) Maddalena P., *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, in *Lexitalia.it*, 1, 2002
- 22) Orefice M., *La responsabilità connessa alla realizzazione del piano anticorruzione: le modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20*, relazione convegno di Varenna 2013
- 23) Orefice M., *Manuale di contabilità di Stato*, 2014, 1153 e ss
- 24) Pagliarin C., *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002, 197-297
- 25) Police A., *La disciplina della responsabilità amministrativa e La natura della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa ed il suo*



- processo, a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 61 ss
- 26) Raeli V., Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 163 e ss
- 27) Santoro P., Santoro E., I giudizi nelle materie di contabilità pubblica, D.lg. 26 agosto 2016, n. 174, Codice di giustizia contabile, Napoli, 2018, 273- 301
- 28) Schiavello L., La nuova conformazione della responsabilità amministrativa, Milano, 2001, 86-91 e 102-109
- 29) Sciascia M., La nozione di colpa grave tra principi di diritto comune e configurazione autonoma, in AA. VV., Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 379-401
- 30) Scoca F.G., a cura di, La responsabilità amministrativa e il suo processo, 1997
- 31) Sepe O., La giurisdizione contabile, in G. Santaniello (diretto da), Trattato di diritto amministrativo, vol. XVI, II ed., Padova, 1997, 28-38 e 148-152
- 32) Sepe O., La colpa grave nel giudizio contabile (nota a Corte dei Conti, sez. riunite, 16 febbraio 1998 n. 9/A), in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 1, 1998, 85-89
- 33) Schlitzer – Mirabelli, a cura di, Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, 2018
- 34) Staderini F., Silveri A., La responsabilità nella pubblica amministrazione (con particolare riguardo a quella locale), Legislazione-dottrina-giurisprudenza, II ed., Padova, 1998, 131-138
- 35) Tenore V., La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali, in Id. (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 26 e ss
- 36) Vacca A., Il fondamento gnoseologico del dolo eventuale e la responsabilità contabile: una possibile estensione applicativa, in www.lexitalia.it, 5, 2012
- 37) Veccia G., In tema di distinzione tra azione civile di responsabilità e azione erariale, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 201 e ss.
- 38) Venturini L., La fattispecie di responsabilità amministrativa ed il suo accertamento processuale. Il «dolo erariale»: natura ed incidenza; il potere sindacatorio: limiti e fine (nota a C. conti, sez. III d'appello, 28 settembre 2004, n. 510, in Foro amm.-CdS, 2004, 10, 2989
- 39) Vetro A., Dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti, in www.contabilità-pubblica.it, 2011