

GLI SPAZI E IL RUOLO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA: IL PROBLEMA DELL'AMMINISTRAZIONE DIFENSIVA

Relazione al Convegno "*Amministrazione difensiva - Regole finanziarie, Corte dei conti, Responsabilità*", organizzato nell'ambito del progetto FinPA, 19 aprile 2024
di Maria Cristina Cavallaro*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno. – 2. I rischi: la fuga dalla decisione amministrativa. – 3. I rimedi: fiducia nell'amministrazione?

1. Il fenomeno

La locuzione “burocrazia difensiva” o “amministrazione difensiva” può tradursi in quell'eccesso di passaggi amministrativi effettuati dai singoli funzionari, che hanno delle ricadute anche nelle attività degli apparati nel loro complesso, attraverso i quali si vuole evitare il rischio delle responsabilità amministrative e penali conseguenti alla decisione da assumere.

Il fenomeno è assai antico e al tempo stesso assai moderno. È antico, nella misura in cui da sempre il funzionario amministrativo ha avuto il timore di misurarsi con le proprie responsabilità; è moderno perché sicuramente negli ultimi anni ha assunto dimensioni e intensità rilevanti.

Tale sensibile incremento è legato a diversi fattori, analizzati dalla dottrina, due dei quali sembrano avere un certo peso.

In primo luogo, l'incertezza normativa che induce il funzionario ad assumere atteggiamenti difensivi, al fine di scongiurare il rischio di incorrere in forme di responsabilità. E, per conseguenza, la progressiva estensione dell'area di responsabilità, da parte del giudice, che incide anche sulla misura e sulla tipologia del danno che il funzionario può essere chiamato a risarcire, dovendosi fare riferimento non solo a un danno di tipo economico, ma anche al danno reputazionale, «collegato all'eco mediatica di una eventuale condanna» (Aa.Vv., «*Burocrazia difensiva*»: cause, indicatori e rimedi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1295).

A proposito della correlazione tra l'incremento del fenomeno della amministrazione difensiva e l'acuirsi delle relative responsabilità, è possibile riprendere la nozione di c.d. rischio amministrativo, ampiamente esaminata dalla dottrina (A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano 2006): nel caso specifico va precisato, che, da un lato, i dipendenti pubblici tendono a sottrarsi al “rischio” della decisione, per sfuggire alle relative responsabilità; al contempo, essi hanno una percezione del “rischio” delle responsabilità correlate alla

* Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo.

decisione, che spesso è più elevata di quanto non sia in realtà (F. Follieri, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021).

Gli effetti distorsivi della burocrazia difensiva sono misurabili in termini di costi, alcuni dei quali sono immediatamente percepibili: ad esempio i costi delle polizze assicurative, nonostante il disfavore del legislatore per la stipula di polizze assicurative, che tutelino il funzionario dalla responsabilità amministrativa (art. 3, comma 59, l. n. 244/2007, secondo cui «è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile»).

Ci sono poi i costi conseguenti al ritardo con cui viene assunta la decisione, che possono comportare a cascata un aggravio ulteriore dei tempi di altre decisioni.

Ma soprattutto non va sottovalutato il costo complessivo, sistemico, in termini di tutela dell'interesse pubblico, conseguente alla scelta dell'amministrazione in funzione difensiva: in tal caso, il parallelo con la nozione di "medicina difensiva" ne evidenzia i profili maggiormente distorsivi. In altri termini, nella "medicina difensiva", come la dottrina non ha mancato di evidenziare, la continua prescrizione di farmaci ed esami diagnostici da parte del medico rischia di ridurre la prestazione sanitaria al tentativo dell'operatore sanitario di essere esonerato da ogni forma di responsabilità, piuttosto che alla necessità di tutelare e garantire il diritto alla salute del paziente (G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Anal. Giur. Ec.*, 2020, 117). Allo stesso modo, l'intera attività amministrativa rischia di risolversi nel tentativo dei funzionari di prevenire ed evitare responsabilità, piuttosto che essere funzionale a garantire l'interesse pubblico.

Con la conseguenza che la decisione, assunta all'esito di un atteggiamento difensivo del funzionario, può anche essere una decisione legittima (anzi il più delle volte lo è, proprio perché si è accuratamente studiato il modo per renderla inattaccabile); ma rischia di non essere una decisione utile, in termini di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, proprio perché, lungi dall'essere orientata alla miglior cura dell'interesse pubblico, è dettata dalla necessità di sottrarsi all'eventuale responsabilità.

2. I rischi: la fuga dalla decisione amministrativa

Il costo più elevato dell'amministrazione difensiva rischia, così, di ricadere sulla comunità degli amministrati, nella misura in cui la finalità dell'azione amministrativa non è volta a garantire l'interesse pubblico, ma a "difendere" preventivamente il dipendente pubblico da eventuali forme di responsabilità.

In tal senso, i rischi legati all'amministrazione difensiva vanno letti in una prospettiva più ampia, di sistema, rispetto alla quale l'evidenza più preoccupante è legata un indebolimento costante e significativo del ruolo dell'amministrazione pubblica. Da questo punto di vista sono molti gli interventi legislativi, che stanno impoverendo l'amministrazione pubblica, riducendone gli spazi di decisione e generando una vera e propria "fuga dalla decisione".

Solo per fare qualche esempio, che meriterebbe senz'altro ben più ampia considerazione, ma che qui ha il solo scopo di sollecitare una riflessione, è possibile richiamare l'ipotesi delle attività finanziate attraverso l'adesione ai bandi di matrice europea, ma non solo: si tratta di un fenomeno ormai diffuso nell'esperienza delle amministrazioni pubbliche, che per certi versi costituisce una cospicua fonte di finanziamento dell'attività amministrativa, ma che implica una valutazione diversa che il soggetto pubblico è chiamato a compiere in ordine all'azione da svolgere. Nel senso che non si guarda a una esigenza specifica dell'amministrazione, da tradursi in interesse pubblico da perseguire, ma si coglie un'opportunità di sviluppo, nell'aderire a un progetto ideato e confezionato in altra sede. Così, nei bandi di finanziamento europei e nazionali, si individuano a monte degli ambiti di investimento, si invitano poi i soggetti interessati a formulare delle proposte progettuali, le quali, se ritenute meritevoli, potranno essere finanziate. Si tratta di un approccio inverso, rispetto a quello tradizionale: l'amministrazione non individua le politiche da attuare, in ragione delle esigenze della comunità territoriale amministrata e, dunque, dell'interesse pubblico da perseguire, stanziando i fondi necessari per assicurare l'intervento; al contrario, si orienta nella cura di un interesse e cerca di cogliere le necessità del territorio, in funzione delle opportunità di finanziamento, contenute nei bandi di diversa provenienza. Così, per fare un esempio, un'amministrazione comunale, pur avendo la necessità di intervenire sulla stabilità degli edifici scolastici, si ritrova a dover progettare e poi realizzare l'ampliamento delle piste ciclabili. (M.C. Cavallaro, *La cultura nel PNRR e la cultura del PNRR: alcune considerazioni*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2023) È possibile, poi, riportare l'esempio del ricorso sempre più massiccio a forme di automazione della decisione amministrativa, attraverso l'uso di algoritmi e/o sistemi di intelligenza artificiale: anche in tal caso, si tratta di uno strumento che può avere indubbi vantaggi in termini di efficienza amministrativa, ma può altresì generare ulteriori forme di fuga dalla decisione. Se cioè l'algoritmo, da intendersi come «sequenza finita di passi elementari che portano alla risoluzione di un problema» (P. Ferragina - F. Luccio, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, p. 10), può essere considerato alla stregua di una regola tecnica su cui si fonda la conseguente decisione amministrativa, è pur vero che la sua stessa definizione, che evoca la più nota nozione di procedimento amministrativo, consente di ammettere che l'esito della procedura automatizzata in cui si sostanzia l'algoritmo possa sovrapporsi e/o sostituirsi alla decisione finale. Circostanza, questa, che può verificarsi o perché il risultato della procedura automatizzata condiziona inevitabilmente la conseguente decisione dell'amministrazione, ovvero perché l'amministrazione, anche per ragioni di "convenienza pratica", sceglie di far propri, per intero, gli esiti dell'algoritmo (M.C. Cavallaro – G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019).

L'amministrazione difensiva si colloca in questo scenario. Essa costituisce uno dei fattori che concorre ad accentuare il fenomeno di una amministrazione che, mossa dall'esigenza di sfuggire alle proprie responsabilità, tende a non prendere decisioni, rinunciando alla finalità propria che è quella della miglior cura dell'interesse pubblico. E, dunque, ancora una volta siamo di fronte a un processo di fuga dalla decisione amministrativa.

3. I rimedi: fiducia nell'amministrazione?

Se, per un verso, uno dei fattori più rilevanti dell'amministrazione difensiva è l'aumento percepito dell'area di responsabilità, cui si collegano le eventuali sanzioni, per altro verso è necessario fugare ogni dubbio da un possibile equivoco.

Collegare l'eccesso di burocrazia difensiva all'aumento delle forme e dei casi di responsabilità non significa immaginare un'amministrazione immune, anche perché ciò sarebbe contrario al principio di responsabilità di cui all'art. 28. Cost.

Ma non c'è dubbio che il nostro sistema vive delle contraddizioni evidenti. Una di queste può essere colta nel sistema di controllo interno e nella valutazione dei dirigenti. In materia, non sono poche le pronunce della Corte dei Conti che hanno ritenuto responsabili per danno erariale i componenti degli Oiv, nell'ipotesi in cui hanno consentito il riconoscimento di premi che invece non dovevano essere assegnati, ad esempio perché gli obiettivi erano troppo generici (Corte dei conti, sez. Sicilia, n. 355 del 2018). Per cui, assai spesso, gli Organismi di valutazione qui, come in altri casi, si trovano di fronte a un'alternativa non facile, che oscilla tra la decisione di negare l'indennità di risultato ed esporsi al contenzioso con il dirigente, ovvero, al contrario, riconoscere il premio assumendo però il rischio di una responsabilità erariale. Con evidente frustrazione del ruolo stesso degli Organismi di valutazione, che la stessa legge qualifica come "indipendenti" e, quindi, al pari delle sezioni di controllo della Corte dei conti, sono preposti all'esercizio di un controllo sulla *performance* dell'ente e, invece, finiscono con l'essere sottoposti essi stessi al controllo, e dunque all'azione di responsabilità, della Corte dei conti. (E. D'Alterio, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri pubblici: «dove nascono i problemi»*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 681).

Tra l'altro, va detto, il rischio di incorrere in potenziali forme di responsabilità genera, come visto, un atteggiamento difensivo, spesso ingiustificato; ma l'eccesso di burocrazia difensiva, se per un verso tende a confezionare una decisione legittima e potenzialmente inattaccabile, per altro verso non riduce né esclude, a sua volta, la fonte di responsabilità per il funzionario.

La questione, nel suo complesso, ha sollecitato alcuni interventi normativi.

Innanzitutto, nella prospettiva di ridurre l'area della responsabilità, il d.l. n. 76/2020 ha modificato il reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), proprio al fine di contenere le ipotesi di illegittimità del provvedimento penalmente rilevante; lo stesso decreto-legge ha anche limitato, sia pure temporaneamente, la responsabilità erariale ai soli casi di dolo.

Qui si rende necessaria una precisazione: rispetto alla legge n. 20 del 1994, in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, la Corte costituzionale aveva colto il punto di 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).

Diversa prospettiva si coglie negli interventi legislativi prima richiamati e nell'art. 2 del nuovo codice appalti, secondo il quale «ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto», mentre «non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali

prevalenti». Il modello dell'art. 2 tende a creare una sorta di “ombrello protettivo” per il funzionario, che si rifugia negli orientamenti giurisprudenziali, e rischia di sollecitare quelle ragioni di “convenienza pratica”, che orientano il funzionario nel far propri, per intero, gli esiti di un algoritmo nelle decisioni automatizzate. In tal caso, il funzionario farebbe propri gli esiti della giurisprudenza e dunque, anche in tal caso, il rischio di una fuga dalla decisione appare concreto.

Con ciò si tradisce anche lo stesso intento del legislatore, che nel medesimo art. 2 ha delineato il principio di fiducia, da intendersi proprio come fiducia nel funzionario e nell'amministrazione nel suo complesso, al fine di favorire e valorizzare «l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici»: al contrario, il risultato complessivo della disposizione sembra tradurre il principio di fiducia in una fiducia incondizionata, o quasi, nei confronti della giurisprudenza (R. Ursi, *La “trappola della fiducia” nel codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024). E c'è da chiedersi, se non ci sia una possibile sovrapposizione del giudice rispetto alla decisione amministrativa. Con ulteriore riduzione degli spazi dell'amministrazione pubblica.

Probabilmente, invece, potrebbe essere utile prevedere, come incentivo ad agire, forme di sanzioni correlate a condotte omissive o inerti, che potrebbero contenere le forme di burocrazia difensiva che si manifestano nella inazione, ossia nella mancata decisione: cosicché, il funzionario potrebbe essere chiamato a bilanciare i potenziali rischi della decisione, con quelli di un atteggiamento difensivo che lo spinge all'inazione (Aa.Vv., *«Burocrazia difensiva»*, cit.).

Così come da più parti è avvertita l'esigenza di assicurare una più elevata formazione e qualità dei funzionari amministrativi, come antidoto all'atteggiamento difensivo, che induce alla fuga dalla decisione: la competenza di chi agisce consente di assumere una decisione consapevole, che tenga in adeguata considerazione gli eventuali rischi ad essa correlati, ma che assume la cura dell'interesse pubblico come priorità.

Il che indurrebbe anche a una riconsiderazione del principio di fiducia, affinché lo stesso, al di là delle scelte legislative, possa effettivamente indurre a riporre affidamento nella necessaria autonomia decisionale dei funzionari pubblici, per contenere le spinte verso l'inazione e dunque per contenere il fenomeno della fuga dalla decisione.