

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

di Maria Cristina Cavallaro¹

Abstract

This article analyses the phenomenon of defensive bureaucracy. This phenomenon is encouraged by increasing regulatory complexity and the overestimated expansion of areas of responsibility. The consequences are significant: direct costs, procedural delays and, above all, a weakening of the administration's decision-making capacity, which ends up pursuing the protection of civil servants rather than the public interest.

Defensive bureaucracy is part of a broader trend of decision avoidance, which is also evident in practices such as the excessive use of external tenders or automated decisions based on algorithms, which reduce the administration's scope for independent decision-making. To counteract these dynamics, the legislator has intervened by amending the rules on abuse of office, leading to its repeal in 2024, and by limiting financial liability. These measures were subsequently confirmed by the Constitutional Court. The new Public Contracts Code also introduces the principle of trust, aimed at enhancing the autonomy and responsibility of civil servants. However, there are still risks of a loss of accountability. Training, regulatory clarity and penalties for inaction could encourage informed decisions that are in the public interest.

Il contributo analizza il fenomeno della burocrazia difensiva. Questo fenomeno è favorito dalla crescente complessità normativa e dall'ampliamento sovrastimato delle aree di responsabilità. Le conseguenze sono rilevanti: costi diretti, rallentamenti procedurali e, soprattutto, un indebolimento della capacità decisionale dell'amministrazione, che finisce per perseguire la tutela del funzionario più che l'interesse pubblico.

La burocrazia difensiva si inserisce in un quadro più ampio di fuga dalla decisione, visibile anche in prassi come l'eccessivo ricorso ai bandi esterni o alle decisioni automatizzate tramite algoritmi, che riducono gli spazi di scelta autonoma dell'amministrazione. Per contrastare tali dinamiche, il legislatore è intervenuto modificando la disciplina dell'abuso d'ufficio, fino alla sua abrogazione nel 2024, e limitando la responsabilità erariale. Queste misure sono state confermate in seguito dalla Corte costituzionale. Il nuovo Codice dei contratti pubblici introduce inoltre il principio di fiducia, volto a valorizzare autonomia e responsabilità del funzionario. Restano però rischi di deresponsabilizzazione. La formazione, la chiarezza normativa e le sanzioni per l'inerzia potrebbero favorire decisioni consapevoli e orientate all'interesse pubblico.

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, ma al tempo stesso è moderno perché sicuramente negli

¹ Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo.

ultimi anni ha assunto dimensioni e intensità rilevanti.

Tale sensibile incremento è legato a diversi fattori e produce un impatto significativo sulla qualità complessiva dell'azione amministrativa.

In primo luogo, assai spesso è la complessità del quadro normativo, che si traduce assai spesso in una 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, ulteriore fattore di crescita del fenomeno è la progressiva estensione dell'area di responsabilità da parte del giudice, per lo più contabile, ma anche penale, 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»².

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 decisione, che spesso è più elevata di quanto non sia in realtà³.

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. 24 dicembre 2007, n. 244, 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 paziente⁴. 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 amministratori, nella misura in cui la finalità dell'azione

² AA.VV., *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 1295.

³ F. Follieri, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021.

⁴ G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Anal. Giur. Ec.*, 2020, p. 117.

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 molteplici i fenomeni e le prassi, ma anche gli interventi normativi, che rischiano di impoverire 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, un fenomeno ormai diffuso nell'esperienza delle amministrazioni pubbliche è quello delle attività finanziate attraverso l'adesione ai bandi di matrice europea, ma non solo.

Si tratta di un'ipotesi 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 ciclabili⁵.

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»⁶, 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'algoritmo⁷.

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.

Sul punto, è necessario chiarire sin da subito il punto di vista considerato e le implicazioni

⁵ M.C. Cavallaro, *La cultura nel PNRR e la cultura del PNRR: alcune considerazioni*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2023.

⁶ P. Ferragina - F. Luccio, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, p. 10.

⁷ M.C. Cavallaro – G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019.

dell'amministrazione difensiva: perché, se per un verso, uno dei fattori più rilevanti del fenomeno in esame 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. Nel senso che, collegare l'eccesso di burocrazia difensiva all'aumento delle forme e dei casi di responsabilità non significa immaginare un'amministrazione che, con i suoi funzionari, sia immune da ogni forma di responsabilità, 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, sottolineate anche dalla Corte costituzionale, laddove ha osservato come certi orientamenti della giurisprudenza penale, volti a esercitare un penetrante sindacato sulle scelte dell'amministrazione pubblica abbiano prodotto sensibili effetti in termini di perdita di efficienza dell'azione amministrativa (Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8).

Analogo effetto distorsivo può essere colto con riguardo ad alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile, ad esempio nella materia del sistema di controllo interno e della valutazione dei dirigenti. 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, 19 aprile 2018, n. 355). 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 conti⁸.

In termini complessivi, poi, il rischio di incorrere in potenziali forme di responsabilità genera, sicuramente, un atteggiamento difensivo, che probabilmente spesso è ingiustificato; ma al tempo stesso l'eccesso di burocrazia difensiva, se per un verso tende a confezionare una decisione legittima e potenzialmente inattaccabile non sempre in funzione della miglior cura dell'interesse pubblico, per altro verso non riduce né esclude, a sua volta, la fonte di responsabilità per il funzionario.

3. I rimedi: fiducia nell'amministrazione? – Il fenomeno, così sommariamente inquadrato, ha sollecitato alcuni interventi normativi.

Tra questi, merita un richiamo l'evoluzione della disciplina dell'abuso d'ufficio, che è poi culminata nell'abrogazione della fattispecie incriminatrice, ad opera della l. 9 agosto 2024, n. 114, proprio allo scopo di contenere gli effetti distorsivi della burocrazia difensiva; e altrettanto interessante è la disciplina in tema di responsabilità amministrativa, che in tempo di pandemia si è tradotta in una serie di previsioni, per lo più contenute nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. decreto semplificazioni, volte a limitare le forme di responsabilità del funzionario, sempre in una prospettiva di contenimento del fenomeno della paura della firma.

Su entrambi gli interventi legislativi appena richiamati può essere utile soffermarsi, anche per riprendere le pronunce della Corte costituzionale sugli argomenti in esame.

Il reato di abuso d'ufficio ha conosciuto alterne vicende. In un primo momento (a far data cioè dal codice Rocco, ma sostanzialmente fino alla riforma degli anni Novanta, con l. 26 aprile 1990, n. 86), la sua previsione, contenuta nell'art. 323 c.p. rispondeva a una logica di tipo per lo più repressivo: per cui, anche a discapito di una più puntuale definizione della fattispecie, l'intento

⁸ E. D'Alterio, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri pubblici: «dove nascono i problemi»*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, p. 681.

prevalente era quello di sanzionare condotte clientelari o riconducibili a vario titolo a forme di affarismo o anche prevaricazione poste in essere dai dipendenti della amministrazione. Diversa prospettiva si coglie negli interventi più recenti, a partire dalla l. 16 luglio 1997, n. 234, che ha introdotto elementi volti a tipizzare la fattispecie incriminatrice (come la necessaria sussistenza di un ingiusto vantaggio patrimoniale per l'autore del fatto delittuoso), ma soprattutto nel d.l. n. 76/2020. Quest'ultimo, nella prospettiva di ridurre il sindacato del giudice penale e l'area della responsabilità del dipendente pubblico, ha modificato la fattispecie di reato, escludendo la responsabilità nell'ipotesi in cui l'attività del decisore sia connotata da margini di discrezionalità (prevedendo testualmente che la responsabilità sussiste in caso di «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»).

Con ciò manifestando una evidente contraddizione rispetto al passato.

La dottrina, in vero, già da tempo ha osservato come l'ampiezza del potere discrezionale possa incidere sulla prevenzione del malaffare all'interno dell'amministrazione: nel senso che quanto più ampio è l'ambito della discrezionalità amministrativa, tanto maggiore potrà essere la possibilità per la stessa amministrazione di cedere alle sollecitazioni del privato "corruttore", o di esercitare delle pressioni su potenziali "concussi". Gran parte delle analisi condotte sul tema della corruzione evidenziano come uno dei fattori che ne favoriscono lo sviluppo e la diffusione sia l'elevato grado di discrezionalità di cui gode il decisore pubblico, che «dispone del potere di erogare e controllare il flusso degli investimenti», nonché in generale «l'opacità dei processi decisionali nel settore pubblico» e l'assenza di una qualsiasi forma «rendicontabilità nell'esercizio del potere pubblico»⁹. Ad esempio, se si guarda alla modifica introdotta dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 c.d. legge anticorruzione, si è ulteriormente ridotta la c.d. discrezionalità nell'*an* della decisione, per cui l'amministrazione non può rimanere inerte dinnanzi ad un'istanza del privato, pur se ritenuta manifestamente infondata, ma deve comunque pronunciarsi con un provvedimento espresso.

Dunque, se, fino a un certo momento storico, l'estensione della discrezionalità amministrativa è stata ritenuta foriera di forme di distorsione del processo decisionale del soggetto pubblico, al contrario gli interventi normativi più recenti si segnalano per il tentativo di rilanciare la scelta discrezionale dell'amministrazione fino a escludere che nell'esercizio della discrezionalità il funzionario potesse incorrere nel reato di abuso d'ufficio. Ma, delle due l'una: o l'ampiezza della discrezionalità amministrativa amplifica il rischio di fenomeni corruttivi nell'amministrazione, esponendo alle relative responsabilità l'autore della scelta; ovvero la stessa discrezionalità non genera momenti opachi nel processo decisionale e dunque l'autore della decisione può essere esonerato da responsabilità penale per abuso d'ufficio, nel caso in cui nella decisione medesima siano apprezzabili significativi «margini di discrezionalità».

Questa seconda via sembra essere quella percorsa dal legislatore, sia per quanto fin qui visto con la modifica dell'art. 323 c.p. ad opera del d.l. 76/2020, sia soprattutto con la riforma introdotta dalla l. 114/2024 che ha poi definitivamente abrogato l'art. 323 c.p.: si tratta di una scelta che, con tutta evidenza, intende affrontare le connessioni con il fenomeno della burocrazia difensiva, e dunque tende a limitare l'operatività della responsabilità penale per rilanciare l'azione amministrativa.

Nella stessa direzione sembra muoversi anche la Corte costituzionale, che con due note pronunce ha confermato la legittimità costituzionale delle disposizioni richiamate, mostrando di condividere la scelta inaugurata dal legislatore.

In primo luogo, con la sentenza n. 8/2022, che si è pronunciata sulle modifiche introdotte dal d.l. n. 76 del 2020, sottolineando come, per effetto di un orientamento giurisprudenziale, idoneo «a

⁹ A. Vannucci, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B.G. Mattarella, M. Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino 2013, p. 40.

riaprire ampi scenari di controllo del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale», si siano registrati «significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati».

Successivamente con la sentenza Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95, che ha dichiarato la non fondatezza e l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale della norma che ha disposto l'abrogazione del reato di abuso. In tal caso, la Corte, riprendendo i contenuti della stessa sentenza n. 8/2022, osserva come «ogni scelta di criminalizzazione presenta ovvi vantaggi, in termini di più energica tutela degli interessi lesi dalla condotta che si voglia sottoporre a sanzione penale», ma anche «una nutrita serie di svantaggi, quanto alla sua sicura incidenza sui diritti fondamentali dei destinatari del precetto», nonché ai suoi effetti collaterali a danno di altri interessi collettivi, in particolare «con riferimento ai rischi di “burocrazia difensiva” connessi all'incriminazione dell'abuso d'ufficio».

La prospettiva di rilanciare la scelta discrezionale dell'amministrazione può essere colta anche nel nuovo codice appalti, adottato con il d.lg. 31 marzo 2023, n. 36, il cui art. 2 ha introdotto il principio di fiducia, con una formulazione che tende a valorizzare «l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici», attraverso la «reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici».

Per altro verso, il riferimento al codice appalti, in generale, e al principio di fiducia, in particolare, consente di soffermarsi sulla seconda tipologia di interventi normativi che provano a contenere il fenomeno della burocrazia difensiva, cioè quello della limitazione delle forme di responsabilità erariale dei dipendenti pubblici, nell'intento di superare la paura della firma.

In realtà, prima dell'intervento contenuto nell'art. 2 del codice appalti, il legislatore aveva già manifestato l'intento di contenere le ipotesi della responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici nello stesso d.l. n. 76/2020, che, come s'è visto, aveva anche riformulato l'ambito della responsabilità penale in caso di abuso d'ufficio.

Più precisamente, l'art. 21 del richiamato decreto semplificazioni, da un lato, ha introdotto la nozione del c.d. dolo erariale, modificando l'art. 1 della l. n. 20/1994 e prevedendo che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso». Ma soprattutto, nella prospettiva di rilanciare il ruolo dell'amministrazione per la ripresa delle attività economiche, fortemente sacrificate durante il periodo della pandemia, la stessa disposizione ha previsto che, sia pure per un arco di tempo limitato, e cioè fino al 30 aprile 2025 (poi prorogato al 31 dicembre 2025), la responsabilità dei dipendenti pubblici debba essere limitata ai soli casi in cui il danno sia conseguenza «della condotta del soggetto agente», «da lui dolosamente voluta»: con ciò esonerando da responsabilità il funzionario che agisca con colpa, anche grave, tranne che lo stesso danno non sia conseguenza di «omissione o inerzia del soggetto agente».

Come già sottolineato, l'intento del legislatore avrebbe dovuto essere quello di favorire una più celere definizione del processo decisionale dell'amministrazione, nella prospettiva di rilanciare i diversi settori dell'economia del Paese, gravemente colpiti dal periodo pandemico: dunque l'esonero da responsabilità erariale in caso di negligenza del decisore avrebbe trovato la propria giustificazione nell'esigenza di superare la “paura della firma”, che avrebbe potuto porre un freno all'azione amministrativa.

Anche su tale previsione è intervenuta la Corte costituzionale. E anche in tal caso, il giudice delle leggi osserva come «l'ampia discrezionalità», da esercitarsi all'interno di un quadro istituzionale e normativo sempre più complesso e articolato costituisce una componente essenziale e caratterizzante della amministrazione di risultato, «sempre più ampiamente investita del compito di scegliere, nell'ambito della cornice legislativa, i mezzi di azione ritenuti più appropriati, di ponderare i molteplici interessi pubblici e privati coinvolti dalla decisione amministrativa, di legare insieme in un disegno unitario differenti atti e provvedimenti, e di assicurare l'efficienza».

In questo contesto, la necessità di operare la scelta, entro il termine del procedimento, «in un

ambito non più integralmente tracciato dalla legge, accresce inevitabilmente la possibilità di errori da parte dell'agente pubblico, ingenerando il rischio della sua inazione». Soprattutto, osserva la Corte, «non possono non essere tenuti in considerazione i costanti tagli alle risorse finanziarie, umane e strumentali delle amministrazioni», che inevitabilmente si riverberano nella qualità della funzione amministrativa, esponendo concretamente il dipendente pubblico al rischio di commettere un errore «che potrebbe essere qualificato in sede di responsabilità amministrativa come frutto di grave negligenza».

Di fronte a tutte queste evidenze, che mettono in luce quella che la Corte definisce “la fatica dell'amministrare”, la disciplina provvisoria che individua nel dolo l'unico elemento soggettivo della responsabilità amministrativa può essere ritenuta «non irragionevole», poiché temporalmente limitata e, dunque, «avuto riguardo a un contesto particolare che richieda tale limitazione al fine di assicurare la maggiore efficacia dell'attività amministrativa». Sul punto, deve osservarsi, inoltre, che già da qualche tempo è stato presentato un disegno di legge che intende riformare le funzioni della Corte dei conti e la responsabilità amministrativa. Si tratta del d.d.l. C. 1621, c.d. d.d.l. Foti, in parte modificato in Senato, recante “Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20” in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti: il progetto di riforma tende a declinare in termini più puntuali la colpa grave, in caso di responsabilità amministrativa, qualificandola come “violazione manifesta” o come “travisamento del fatto”, ed escludendo la stessa al ricorrere di talune evenienze, come l'avvenuto controllo preventivo di legittimità su un atto, laddove il danno consegua alla sua emanazione, ovvero nel caso in cui sia evidente il “riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti”, riprendendo così una formula già utilizzata, come meglio si vedrà, nel Codice appalti. Secondo un certo orientamento formulato in sede di commento alla sentenza Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132, la Corte avrebbe anticipato una sorta di “avallo” della legittimità costituzionale del d.d.l. di riforma della responsabilità amministrativa, suggerendo altresì alcuni contenuti che poi appunto sono stati inseriti in sede di presentazione al Senato¹⁰.

In effetti, nella sentenza richiamata, la Corte si collega al già menzionato principio di fiducia, che, osserva la Corte, «a riprova della stretta correlazione che esiste tra modello di amministrazione pubblica e regime della responsabilità amministrativa», riduce «la quota di rischio a carico del dipendente pubblico», attraverso una forma «tipizzazione della colpa grave», ai fini della responsabilità amministrativa.

In termini più precisi, ai sensi terzo comma dell'art. 2 del codice appalti, «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», la cui conoscenza e osservanza fanno parte del patrimonio di competenze dell'agente pubblico, in relazione al caso concreto. Con l'ulteriore previsione che «non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti».

In altre parole, seguendo il ragionamento della Corte costituzionale, il principio di fiducia contenuto nell'art. 2 del codice appalti può essere assunto come un rimedio utile a contrastare il fenomeno della burocrazia difensiva, soprattutto nella parte in cui, riferendosi all'eventuale responsabilità amministrativa conseguente alle attività svolte, vengono tipizzate le ipotesi di colpa grave del funzionario, in senso positivo e negativo. Per usare le parole della Corte, il principio di fiducia costituirebbe un nuovo punto di equilibrio «nella ripartizione del rischio dell'attività tra l'apparato e l'agente pubblico».

Giova però mettere in luce alcuni aspetti problematici del principio di fiducia, così articolato. Rispetto alla legge n. 20/1994, la Corte costituzionale aveva colto il punto di equilibrio tra «il rischio

¹⁰ Cfr., in argomento, V. Tenore, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo “scudo erariale” è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare “la fatica dell'amministrare”, che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C. 1621*, in Riv. Corte conti, 2024, n. 4, che definisce “pungolatoria” tale tipologia di sentenza.

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., 20 novembre 1998, n. 371).

Diversa prospettiva si coglie negli interventi legislativi prima richiamati e nell'art. 2 del nuovo codice appalti. Il modello dell'art. 2 tende, infatti, 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 giurisprudenza¹¹. E c'è da chiedersi, se non ci sia una possibile sovrapposizione del giudice rispetto alla decisione amministrativa, nel senso che gli orientamenti della giurisprudenza rischiano di prevalere di fronte alla valutazione dell'interesse pubblico. 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 (S. Cassese, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2023), anche 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.

¹¹ R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024.