

IL RILANCIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA VELLEITÀ E PRAGMATISMO

BUROCRAZIA DIFENSIVA: CAUSE, INDICATORI E RIMEDI

ALESSANDRA BATTAGLIA, STEFANO BATTINI, ANDREA BLASINI, VALERIO BONTEMPI, MARIO P. CHITI, FRANCESCO DECAROLIS, SANDRO MENTO, ANDREA PINCINI, ANNA PIRRI VALENTINI, GABRIELE SABATO

1. Una vecchia emergenza. Burocrazia difensiva è terminologia recente che indica un problema antico. L'art. 75 della Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII (13 dicembre 1799) stabiliva che “gli agenti del Governo, tranne i ministri, non possono essere perseguiti per fatti relativi alle loro funzioni, se non in virtù di una decisione del Consiglio di Stato”. La garanzia del funzionario mirava a evitare che l'azione amministrativa potesse essere intralciata o ritardata dalla prospettiva della responsabilità: al fondo, si trattava di prevenire la burocrazia difensiva. Quell'antico istituto, da Tocqueville in poi divenuto bersaglio privilegiato della critica liberale al diritto amministrativo, è oggi solo un ricordo del passato. Non però il problema che esso affrontava. Dopo due secoli (quasi esatti), nel 1998, la Corte costituzionale italiana ha indicato l'esigenza di “un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo” (C. cost. n. 371 del 1998).

L'ipotesi da cui muove questo progetto di ricerca è che la rapida diffusione di un nuovo termine, che indica una specifica prospettiva a partire dalla quale si indaga un tema da sempre centrale del diritto amministrativo, dipenda dal fatto che, in tempi relativamente recenti, soprattutto in Italia, l'equilibrio cui si riferiva la Corte costituzionale si è interrotto. La responsabilità pesa oggi più come disincentivo all'efficienza che come incentivo alla legalità dell'azione amministrativa. Il rischio della responsabilità, o comunque la percezione di esso, si è accresciuto. Ciò induce in particolare la dirigenza amministrativa ad andarci, come si suole dire, con i piedi di piombo, facendo prevalere il proprio interesse personale a schivare le sanzioni e così sacrificando l'interesse pubblico, che invece, oggi quanto mai, richiederebbe decisioni tempestive e coraggiose, da assumere sempre più spesso in contesti difficili e di estrema incertezza. Paradossalmente, premendo troppo sul pedale della responsabilità, la collettività rischia di diventare vittima di regole poste a sua tutela.

La burocrazia difensiva si presenta dunque come un problema vecchio e permanente ma, al tempo stesso, nuovo e urgente.

In questo primo *concept paper*, intendiamo fornire un inquadramento generale del tema, segnalare alcune fra le molteplici dimensioni di cui esso si compone e indicare le principali linee delle attività di ricerca che saranno sviluppate nei prossimi mesi. Si individueranno, sulla scorta di una letteratura recente, anche di tipo economico e comparato, i principali fattori di contesto che, in astratto, inducono condotte difensive della burocrazia (§ 2), per poi verificarne la presenza nel contesto italiano, alla luce delle tendenze più recenti che paiono accentuare il rilievo di tali fattori (§ 3). Si prenderanno in considerazione alcuni possibili indicatori, oggettivi e soggettivi, della presenza e rilevanza del fenomeno indagato (§ 4). Si illustreranno i principali rimedi recentemente introdotti nell'ordinamento italiano per prevenire la burocrazia difensiva (§ 5). Si svilupperanno alcune riflessioni critiche su tali rimedi, esponendo, da ultimo, i programmi per la prosecuzione delle attività di ricerca (§ 6).

2. Cause della burocrazia difensiva: un modello teorico. In un interessante studio di analisi economica del diritto, è stato proposto un modello teorico per l'analisi delle cause del c.d. “*chilling effect*” della responsabilità, o, detto con espressione considerata dagli autori equivalente, della “*defensive bureaucracy*”, la quale consiste in “*both unnecessarily delayed and overly cautious decisions*”¹.

Secondo tale modello, i principali fattori da cui dipende la burocrazia difensiva sono quattro:

1. In primo luogo, rileva il grado di incertezza (*ex ante*) del funzionario circa il modo in cui la sua condotta sarà valutata (*ex post*) dal giudice, ai fini dell'accertamento della responsabilità. L'incertezza normativa determina in generale una tendenza alla “*over-precaution*”, che nel caso del funzionario pubblico è però ulteriormente rafforzata dalla circostanza che egli non sostiene i costi del suo eccesso di prudenza: “*When the rules which a public authority needs to follow are quite clear, the risk of chilling behaviour is small. When the law is vague or ambiguous, chilling behaviour is more likely*”.
2. Il secondo elemento del modello teorico è l'entità del danno che il funzionario può essere chiamato a risarcire, che si collega anche alla probabilità che ciò accada (“*plaintiffs will often not pursue small damage claims*”). Non rileva tuttavia il solo risarcimento economico, ma anche il danno reputazionale, collegato all'eco mediatica di una eventuale condanna o, in generale, all'attivazione di tutti i meccanismi di accountability previsti dall'ordinamento.
3. In terzo luogo, la responsabilità produce tanta più burocrazia difensiva, quanto meno quest'ultima è, a sua volta, fonte di responsabilità per il funzionario. La presenza di sanzioni per condotte omissive o inerti, ad esempio, diminuisce il rischio di burocrazia difensiva, essendo il funzionario chiamato a bilanciare i potenziali costi dell'azione con quelli della (eccessiva) precauzione.
4. Infine, la presenza di polizze assicurative per il caso di responsabilità ovviamente mitiga la burocrazia difensiva, anche se in genere non annulla il fenomeno, perché ad esempio vi sono danni non finanziari (come quelli reputazionali) e spesso le polizze non sono complete.

3. Condizioni di sviluppo della burocrazia difensiva nel contesto italiano. Se si applica questo modello teorico alla situazione odierna, e più specificamente al contesto italiano, si può osservare che sussistono tutti i fattori che determinano condotte difensive dell'amministrazione ed essi anzi mostrano, almeno da alcuni decenni, una tendenza espansiva. Ciò sia a causa di scelte erranee di politica del diritto, sia come effetto collaterale di nuove condizioni strutturali o di sviluppi in sé ragionevoli o perfino desiderabili.

3.1. L'incertezza delle regole. Cresce, innanzitutto, l'incertezza del quadro normativo che regola l'azione amministrativa. L'eccesso quantitativo e il disordine qualitativo della legislazione italiana sono da lungo tempo lamentati, ma non sufficientemente contrastati. In tempi più recenti, il fenomeno si è acuito, fra l'altro per due ragioni. La prima è il moltiplicarsi dei centri di produzione normativa (internazionali, europei, nazionali, regionali), chiamati a governare società sempre più interconnesse, interdipendenti, complesse. Si scarica sull'amministrazione una regolazione imponente e sovente di non agevole armonizzazione (la burocrazia deve garantire la trasparenza ma anche la privacy; l'anticorruzione ma anche la semplificazione; etc.). La seconda ragione è che, per effetto della

¹ J. DE MOT e M. FAURE, *Public authority liability and the chilling effect*, Tort Law Review, n° 22, 2014, 120.

separazione fra politica e amministrazione, la prima indirizza la seconda, o amministra direttamente, attraverso le leggi e gli altri atti normativi. Questi aumentano nel numero, perdendo in generalità e astrattezza e, quindi, anche in capacità di orientare la futura azione amministrativa. Di qui anche un'incertezza da difetto di legislazione. L'accelerazione del cambiamento sociale presenta all'amministrazione sempre più spesso situazioni nuove o inattese, per le quali mancano adeguate "previsioni" legislative. Alla burocrazia, nata per gestire routine, si domanda oggi resilienza: ma decidere situazioni inedite, senza avere alle spalle la previsione legislativa, esaspera l'incertezza circa le conseguenze della propria scelta in punto di responsabilità. L'amministrazione in genere si ferma e chiede alla politica un provvedimento legislativo *ad hoc*. Maggiore il *chilling effect* della responsabilità, più le decisioni corrono verso l'alto, cioè verso chi non può essere chiamato a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle sue funzioni (art. 68 Cost.).

3.2. L'estensione dell'area della potenziale responsabilità. È aumentata, in secondo luogo, la probabilità che la dirigenza amministrativa sia chiamata a risarcire danni cospicui per effetto delle proprie decisioni. Per un verso, il già menzionato principio di separazione fra politica e amministrazione ha trasferito alla dirigenza tutti i poteri di gestione, che prima spettavano al vertice politico, ma non il sistema di garanzie e immunità (art. 96 Cost.) di cui questo disponeva fino a quando li ha esercitati e, in forma meno intensa, anche dopo. Se la Costituzione dell'anno VIII proteggeva tutti gli agenti del governo, tranne i ministri, oggi qualche garanzia è rimasta solo per i ministri. Per altro verso, i dirigenti esercitano i poteri amministrativi in un contesto assai diverso, nel quale l'area del danno risarcibile si è estesa fino a coprire, dal 1999, gli interessi legittimi. Si è poi molto approfondito e affinato il controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale, comprese le valutazioni tecniche mediante consulenti d'ufficio. Spesso è difficile per il dirigente essere certo *ex ante* che la propria scelta discrezionale sarà considerata legittima dal giudice. E ogni decisione illegittima è un potenziale danno erariale, anche in ragione dell'attivismo delle procure contabili, mostrato dai dati che seguono.

Table 1: Analisi Sentenze Corte dei Conti

Date	Condanna	Assoluzione	Prescrizione	Difetto di Giurisdizione	Altro	Sentenze in materia di appalto	Totale Sentenze
2011	0.70	0.13	0.08	0.08	0	23	1562
2012	0.65	0.11	0.04	0.08	0.11	26	2145
2013	0.60	0.23	0.04	0.07	0.07	44	2322
2014	0.56	0.08	0.08	0.05	0.23	78	3270
2015	0.62	0.12	0.07	0.02	0.15	81	4443
2016	0.58	0.18	0.09	0.04	0.11	168	6502
2017	0.55	0.22	0.06	0.04	0.12	199	6422
2018	0.57	0.20	0.10	0.02	0.10	173	7446
2019	0.56	0.20	0.08	0.04	0.12	210	7402
2020	0.60	0.14	0.07	0.02	0.16	138	5881
2021	0.58	0.24	0.09	0.03	0.06	33	2011

La tabella analizza l'esito delle sentenze in materia di appalto della Corte dei Conti dal 2011 al 2021. Nella colonna *Altro* sono stati inseriti esiti non frequenti come: sentenze di nullità e di inammissibilità, pronunce di regolarità/irregolarità di conti giudiziali, revoca di sequestro conservativo, sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, improcedibilità del giudizio, giudizio risolto fra le parti e estinzione, sentenze di accoglimento/respingimento del ricorso.

Nelle prime sette colonne, la tabella riporta alcuni dati sulle sentenze in materia di appalti pubblici trovate sulla banca dati online della Corte dei Conti (<https://banchedati.corteconti.it>)². L'ultima colonna, invece, riporta il dato sul totale delle sentenze, senza filtri per l'oggetto della causa. Sia per il settore appalti che, più in generale, per l'intero universo delle sentenze, dal 2011 e fino al 2019 c'è un incremento quasi costante del numero di pronunce. La probabilità di condanna, che abbiamo calcolato attraverso la lettura automatizzata del dispositivo delle sentenze su appalti, rimane grosso modo costante attestandosi a circa il 60 per cento.

A tutto ciò si aggiunga il versante penalistico e la curvatura sanzionatoria che la disciplina della prevenzione della corruzione ha impresso all'ordinamento a partire dal 2012: la disciplina amministrativa di prevenzione, basata sul sospetto di condotte illecite della burocrazia, si è inevitabilmente combinata con una regolamentazione penale inasprita nel trattamento sanzionatorio e connotata da fattispecie incriminatrici elastiche, come l'abuso di ufficio.

3.3. L'assenza di sanzioni per l'amministrazione difensiva. In terzo luogo, l'ordinamento italiano rimane privo di un efficace sistema per sanzionare il dirigente che assuma condotte difensive, pur essendo colmo di sanzioni a carico del dirigente che ometta condotte prescritte dalla legge. Ma non è tanto la struttura omissiva delle condotte il *quid proprium* dell'atteggiamento difensivo, che consiste piuttosto nel prestare formale ossequio alle regole, meno curandosi dei risultati sostanziali delle proprie scelte. L'antidoto avrebbe dovuto essere la responsabilità dirigenziale per il conseguimento di tali risultati e i controlli di efficienza diretti a misurarli. Ma tali istituti, per ragioni che non possono qui approfondirsi, non hanno attecchito. Di conseguenza, come osservato in altra sede, "il fenomeno dell'amministrazione difensiva è anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa. Vi è in altre parole un «differenziale» di sviluppo, potremmo dire, fra il diritto amministrativo della legalità e il diritto amministrativo dell'efficienza, che crea un assetto sbilanciato degli incentivi. Il funzionario teme i controlli di legalità, mentre i controlli di efficienza non destano alcuna preoccupazione: l'amministrazione difensiva è favorita tanto dal primo timore, quanto dall'assenza del secondo timore"³.

3.4. Il disfavore per le polizze assicurative. Infine, il sistema amministrativo italiano mostra deciso disfavore per la stipula di polizze assicurative che proteggano il funzionario dalla responsabilità amministrativa, forse anche perché assegna preminenza alla funzione sanzionatoria della stessa rispetto a quella risarcitoria.

L'art. 3, comma 59 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, stabilisce che "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". E per contrappasso applica la responsabilità erariale a chi si proponeva di evitarla: "in caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della

² L'algoritmo impiegato per raccogliere i dati sul sito ha lavorato in due passaggi. Nel primo passaggio un web scraper ha scaricato anno per anno tutti i pdf delle sentenze ('Giurisdizione' nel primo dropdown sul sito) rilevanti in materia di appalti indicando 'appalto' come parola chiave. Nel secondo passaggio un algoritmo di Natural Language Processing ha ripartito le sentenze tra quelle di condanna, assoluzione, prescrizione e difetto di giurisdizione oppure 'altro' nel caso la classificazione della sentenza risultasse ambigua.

³ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.1, 2019.

copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo”.

La disciplina legislativa richiama peraltro principi affermati dalla giurisprudenza fin dai primi anni Novanta (si v. Corte dei Conti, sezioni riunite, sent. n. 707 del 5 aprile 1991; III sez. d'app., sent. n. 108 del 2010; sez. giurisd. Sicilia, sent. n. 734 del 2008; si v. pure sez. d'app., sent. n. 303 del 2018).

Resta la possibilità per le amministrazioni di stipulare polizze assicurative per conto proprio, che però non possono coprire il danno che deve essere risarcito dal dipendente (coprono solo il risarcimento dovuto al terzo detratta la somma posta dalla Corte dei conti a carico del dipendente responsabile, ovvero il pregiudizio economico subito dall'amministrazione per effetto del comportamento del dipendente e non risarcito da questo in conseguenza del potere riduttivo della Corte). E resta salva, altresì, la facoltà del dipendente di stipulare polizze assicurative (della responsabilità erariale) con risorse proprie, prodotti che spesso hanno però massimali troppo esigui per garantire adeguate coperture in processi complessi e quindi onerosi (si pensi, per tutte, alle spese legali) e sono pressoché impossibili da reperire sul mercato qualora a carico del soggetto vi siano stati precedenti sinistri segnalati.

Si tratta di un regime sfavorevole per il funzionario pubblico, se confrontato sia con quanto accade nel settore privato, sia con quanto risulta in altri ordinamenti. Nel primo caso, le società private usano stipulare a proprie spese polizze assicurative che coprono le conseguenze della responsabilità civile dei consigli di amministrazione, dei sindaci e dei dirigenti, derivanti da violazione di norme di legge, di regolamenti o di statuto e da *mala gestio* anche nei confronti della società stessa. Nel secondo caso, in altri ordinamenti non risultano analoghi divieti di stipulare polizze assicurative, nonostante sia più lieve il regime della responsabilità del funzionario: in genere, questa è limitata a condotte intenzionali o gravemente colpose (come nell'ipotesi di *faute personnelle* in Francia), per le quali risponde - dei danni - comunque l'amministrazione, la cui azione di rivalsa è discrezionale, raramente esercitata e non soggetta a obbligo di denuncia e conseguente azione della procura contabile, come avviene invece in Italia.

4. Tentativi di misurazione del fenomeno: indicatori della burocrazia difensiva. La burocrazia difensiva pare dunque trovare, nel contesto italiano, un terreno propizio per affermarsi. Ma vi si afferma effettivamente? Si tratta, in tutte le analisi sulla burocrazia difensiva, dell'interrogativo più controverso. Le opinioni oscillano molto, fra chi ritiene che il fenomeno sia presente e assai rilevante e chi lo considera del tutto trascurabile, se non addirittura una pura invenzione. Il fatto è che non si tratta di una pratica direttamente osservabile o agevolmente misurabile: è un condizionamento psicologico, basato su una percezione di rischio, che si traduce poi in condotte non tipizzate né tipizzabili. Per ottenere evidenza empirica dell'esistenza di tale fenomeno, occorre fare ricorso a indicatori indiretti. In precedenti studi sono stati esperiti alcuni tentativi, basati su dati oggettivi o sul rilevamento delle opinioni.

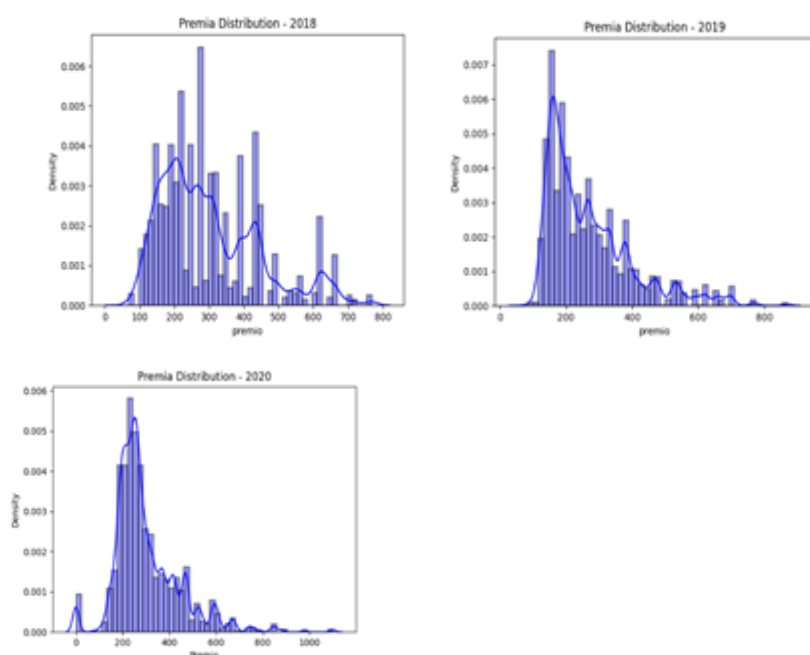
4.1. Gli andamenti del mercato delle assicurazioni. Una prima evidenza empirica è rappresentata proprio dalla presenza e dagli andamenti del mercato assicurativo per i rischi legati a giudizi per responsabilità erariale, che in certo modo misura l'intensità dell'esigenza di protezione avvertita da parte degli amministratori pubblici. In un precedente studio⁴ sono stati analizzati i premi delle polizze offerte nel 2018, ricavati da un portale online di comparazione polizze⁵. Aggiornando questi dati per 2019 e 2020, abbiamo riscontrato una netta convergenza dei premi delle polizze, come illustrato nella Figura 1. La distribuzione dei premi presenta una mediana attorno al valore di 250 euro e una lunga

⁴ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit.

⁵ Un web scraper ha ricavato i dati da: <https://www.rcpolizza.it/assicurazione-patrimoniale-dipendenti-pubblici>.

coda destra. Nel triennio di osservazione vi è un notevole aumento delle osservazioni, dove un'osservazione è un prodotto offerto⁶: da 39,568 polizze del 2018 a 103,129 polizze del 2019 fino a 133,781 polizze del 2020. Tuttavia, l'anno 2020 presenta due nuove caratteristiche. La prima è che vi è un aumento di prezzo per i premi più alti. Ad esempio, cresce il valore massimo del premio, attestandosi a 1100 euro. La seconda è che crolla nel 2020 il numero di polizze con valori di massimale più alto. Infatti, se i valori di massimale più diffusi per tutto il periodo sono 1M e 2.5M di euro, nel 2020 si osserva una drastica riduzione delle polizze con un massimale di 5M di euro (che rappresenta il valore più alto dei massimali fra le diverse polizze proposte). Si tratta quindi di un chiaro segnale di un potenziale peggioramento dei rischi nel mercato percepito dagli assicuratori.

Figura 1: Distribuzione dei premi fra il 2018 e il 2020



4.2. Correlazione fra attivismo della Corte e allungamento dei tempi di attraversamento negli appalti pubblici. Un secondo gruppo di evidenze empiriche, oggetto di analisi nel già citato precedente studio del 2019, osserva la presenza di comportamenti difensivi in uno specifico settore per cui è stato possibile ottenere informazioni quantitative sull'operato degli agenti pubblici: il settore degli appalti di lavori pubblici. Si tratta di un ambito per cui gli esempi, sia di cronaca che di studio, sugli effetti dell'amministrazione difensiva abbondano⁷. Uno per tutti, quello relativo al caso dei lavori per evitare lo straripamento del torrente Bisagno a Genova studiato da Luisa Torchia nel 2016⁸. Nello studio citato,

⁶ Ottenuto selezionando le opzioni su caratteristiche della polizza e del dipendente pubblico sul portale web.

⁷ Su questo settore si veda, ad esempio, M. Cafagno, Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva, *Il diritto dell'economia*, 97(3), 2018, pp. 625-657.

⁸ Il commissario straordinario responsabile per la realizzazione dei lavori rischiava di rispondere di danno erariale nel caso in cui, a lavori eseguiti, l'aggiudicazione fosse stata dichiarata illegittima a seguito del riconoscimento in sede di Consiglio di Stato del diritto ad un risarcimento dell'impresa ricorrente e, nella sua analisi, Torchia in *I nodi della Pubblica Amministrazione* (IRPA; 2016), riporta che: "A fronte del rischio di dover rispondere del risarcimento, il commissario ha deciso di attendere la conclusione del giudizio, con conseguente blocco dei lavori per circa tre anni". Questo caso è portato ad esempio della lentezza e inefficacia della burocrazia anche in Barbieri e Giavazzi (2017).

mettendo in relazione dati dettagliati sui “tempi di attraversamento” dei singoli appalti (ovvero il tempo “spreco” tra il momento della conclusione della fase di progettazione di un’opera e quello di indizione della gara per la sua realizzazione) e la frequenza di cause aggiudicate nelle sezioni locali della Corte dei conti in materia di appalti, è emerso un nesso causale che lega un maggior attivismo della Corte con un allungamento del tempo di attraversamento, ma di magnitudine molto contenuta: l’incremento di una sentenza nell’attività della Corte porta ad un 1% di incremento nello scostamento nei tempi di attraversamento.

4.3. Rilevazione delle opinioni e delle attitudini dei funzionari tramite interviste. Lo strumento dell’intervista e del questionario, per rilevare l’opinione dei funzionari, a fini di misurazione del fenomeno della burocrazia difensiva, è utilizzato sia nella letteratura internazionale sia in alcune recenti indagini interne.

In un recente studio su un’amministrazione pubblica tedesca, ad esempio, si riportano che le pratiche difensive sono molto diffuse ad ogni livello gerarchico tra i 950 manager intervistati: in media, circa il 25% delle dieci decisioni più importanti prese nell’anno precedente sono motivate da scelte difensive, complessivamente l’80% dei dirigenti dichiara di aver preso almeno una decisione difensiva e il 17% dichiara che almeno la metà delle decisioni prese era difensiva⁹.

In Italia, un’indagine condotta nel 2017 dal Forum PA, basata su interviste di quasi 1.500 dipendenti pubblici, provenienti da tutti i comparti della PA, ha mostrato che per la maggioranza degli intervistati il fenomeno dell’amministrazione difensiva è un problema reale e che la sua entità è divenuta gradualmente più rilevante nel corso dell’ultimo quinquennio¹⁰. Successivamente, in un più recente studio¹¹, sono stati presentati gli esiti di un questionario a cui hanno risposto 538 amministratori pubblici attivi come RUP di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il questionario è suddiviso in una serie di sottosezioni contenenti sia domande situazionali che domande sulla percezione del rischio e sull’impiego di polizze assicurative. I risultati principali confermano la presenza di comportamenti difensivi per una quota minoritaria ma non trascurabile dei RUP: nelle domande di scenario, la decisione difensiva è assunta da un sottoinsieme di RUP che oscilla tra il 10 e il 20 per cento del totale. Questo dato qualifica quello sulla percezione di comportamenti difensivi dove, invece, i RUP rilevano come una quota tra il 30 e il 50 per cento delle decisioni sia individuali che della stazione appaltante di provenienza vengano prese in ottica difensiva.

Nel complesso, i risultati di questi primi tentativi di misurazione sono ancora insufficienti e parziali. Le analisi paiono tutte rilevare l’esistenza della burocrazia difensiva. Tuttavia, mentre i dati del mercato assicurativo sono chiari nel rilevare una percezione elevata e crescente del rischio di responsabilità da parte della burocrazia, le analisi che si riferiscono invece agli effetti di quella percezione sul piano delle decisioni di natura difensiva assunte confermano l’esistenza di un impatto, che tuttavia appare quantitativamente contenuto.

5. La burocrazia difensiva e i rimedi introdotti dal legislatore. Al di là dei tentativi di misurazione del fenomeno, sul piano politico e istituzionale, in tempi recenti, è maturata la convinzione che la burocrazia difensiva costituisca un problema reale e significativo, tale da ostacolare l’efficienza dell’azione amministrativa e da richiedere riforme correttive. La manifestazione di tale convinzione, da

⁹ F. M. Artinger, S. Artinger e G. Gigerenzer, *C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration*, Business Research, 2018/09/05.

¹⁰ Forum PA, *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, Collana Ricerche, 2017.

¹¹ S. Battini e F. Decarolis, *Indagine sull’amministrazione difensiva*, in *Rivista italiana di Public management*, 2021, in corso di pubblicazione.

parte di un crescente numero di osservatori privilegiati, è del resto essa stessa un indicatore del fenomeno.

Nel giugno del 2020, il Rapporto del comitato di esperti presieduto da Vittorio Colao (Iniziativa per il Rilancio – Italia 2020-22 – c.d. Piano Colao), indicava, fra le prime misure di rilancio riferite alla pubblica amministrazione, il “superamento della burocrazia difensiva”, proponendo in particolare di “intervenire per riformare la responsabilità dei funzionari e dirigenti pubblici per danno erariale in casi differenti dal dolo, e/o prevedere che il premio assicurativo (compreso quello per l’assistenza legale da parte di un professionista scelto dal dirigente) venga pagato dall’amministrazione di appartenenza”.

In tempi più recenti, nel discorso di apertura dell’anno giudiziario della Corte dei conti, il 19 febbraio 2021, il Presidente Mario Draghi ha affermato che “occorre evitare gli effetti paralizzanti della “fuga dalla firma”, ma anche regimi di irresponsabilità a fronte degli illeciti più gravi per l’erario. Tenendo conto peraltro che, negli ultimi anni, il quadro legislativo che disciplina l’azione dei funzionari pubblici si è “arricchito” di norme complesse, incomplete e contraddittorie e di ulteriori responsabilità anche penali. Tutto ciò ha finito per scaricare sui funzionari pubblici responsabilità sproporzionate che sono la risultante di colpe e difetti a monte e di carattere ordinamentale; con pesanti ripercussioni concrete, che hanno talvolta pregiudicato l’efficacia dei procedimenti di affidamento e realizzazione di opere pubbliche e investimenti privati, molti dei quali di rilevanza strategica”.

Pochi giorni dopo, il 23 febbraio, in occasione di altra cerimonia di apertura dell’anno giudiziario, il Presidente del Tar Lazio Amodio ha ripreso il tema nella sua relazione, citando fra “i fattori che alimentano, mi sentirei di dire in maniera distorta, il contenzioso” proprio la burocrazia difensiva, che costringe il giudice amministrativo ad assumere impropriamente decisioni che l’amministrazione preferisce demandargli per “paura della firma”, definizione “emblematica [...] coniata dalla dottrina e riferita ai funzionari pubblici che sono chiamati ad assumere le decisioni amministrative e che si astengono dal farlo”¹².

Infine, la AGCM, nella sua Segnalazione al governo al fine della predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, ha proposto una revisione del codice dei contratti pubblici, che contempla, fra i criteri, l’ “introduzione di misure volte a ridurre il ricorso alla c.d. burocrazia difensiva che spesso blocca il funzionamento delle stazioni appaltanti, ad esempio prevedendo la responsabilità dei funzionari per danno erariale solo in caso di dolo”.

Tali interventi autorevoli, e in particolare quello del Presidente Draghi, paiono condividere l’ipotesi da cui questo progetto prende le mosse: occorre ricercare un nuovo equilibrio tra responsabilità dei funzionari pubblici e tutela del loro operato, perché il vecchio equilibrio è spezzato. Si è creata una *legislative public opinion*, che si è tradotta in alcuni interventi di riforma, i quali hanno interessato le due fattispecie che, secondo una valutazione generalmente condivisa, costituiscono i principali spauracchi dell’amministrazione: il danno erariale e l’abuso d’ufficio.

5.1. La riforma della responsabilità erariale. Nel tentativo di superare la c.d. ‘paura della firma’ degli amministratori e dei funzionari pubblici, il legislatore ha introdotto due innovazioni nel regime di

¹² Secondo Amodio, “un aspetto peculiare del problema evidenziato riguarda i casi di inottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, per tutte quelle in materia urbanistica, particolarmente delicate in quanto implicano l’esercizio di un’attività ampiamente discrezionale. In tali casi specifici il giudice deve necessariamente procedere alla sostituzione dell’amministrazione con un proprio commissario, chiamato ad esercitare poteri pianificatori nel modo più organico possibile, con tutte le difficoltà operative che una siffatta attività è suscettibile di comportare”.

responsabilità amministrativo-contabile, con l'art. 21 del d.l. n. 76/2020: la prima ha carattere definitivo, la seconda temporaneo.

In primo luogo, la novella aggiunge la previsione secondo cui “La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”, all'art. 1, comma 1¹³, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo (così l'art. 21, comma 1, del d.l. n. 76/2020).

Si è quindi deciso di specificare che il dolo, riferibile all'evento dannoso, alla stregua della ricostruzione che dello stesso è stata data dalla giurisprudenza penale e non da quella civile. Secondo quest'ultima, per provare il dolo, è sufficiente accertare la volontà del singolo atto compiuto, o della omissione, e non dell'effetto derivante dal compimento dello stesso, o dalla sua omissione.

Il legislatore ha voluto al contrario ricondurre il dolo “erariale” a quanto disposto dall'art. 43 c.p., secondo cui “Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione... è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”.

L'effetto immediato della nuova disposizione è quello di escludere la responsabilità erariale, per dolo, nei casi in cui l'agente abbia voluto concretizzare solo la condotta (l'azione o l'omissione) e non realizzare anche il suo effetto.

In secondo luogo, l'art. 21 dispone che “Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente” (così l'art. 21, comma 2, del d.l. n. 76/2020).

Con questa ulteriore disposizione, il legislatore intende limitare la responsabilità amministrativa, unicamente all'avvenuto accertamento del dolo, per quanto riguarda le condotte attive, ma non per le omissioni.

Si tratta di una norma temporanea ed eccezionale che trova applicazione con riguardo solo ai fatti commessi dalla entrata in vigore del decreto-legge, 17 luglio 2020, e fino al 31 dicembre 2021.

Essa non trova quindi applicazione in relazione ai fatti commessi in precedenza. La natura sostanziale dell'art. 21 è stata già sancita dalla giurisprudenza contabile di secondo grado (Corte dei conti, sez. I appello, n.234 del 2 settembre 2020). Ne segue che il predetto art. 21 non è applicabile a fatti concretizzatisi in data anteriore all'entrata in vigore del decreto-legge n. 76/2020, 17 luglio 2020 (in terminis, sez. giurisd. Lombardia, sent. n. 152 del 6 ottobre 2020).

L'intervento del legislatore ha dunque un duplice scopo. Il primo è una diminuzione dei casi di responsabilità erariale, derivante dall'esclusione della responsabilità per colpa grave e tenendo conto anche della nuova forma che il dolo assume nel processo erariale. Il secondo è una inversione degli incentivi tra azione e omissione: per gli amministratori è stato solitamente meno oneroso, sotto il profilo dei rischi, non dare riscontro a richieste di provvedimenti espressi, provenienti dai privati, e attendere un eventuale giudizio sul c.d. silenzio di fronte al giudice amministrativo, in cui la prova del danno, da parte del privato, è molto spesso di difficile presentazione. Ora il bilanciamento si rovescia, perché la responsabilità per colpa grave resta per le sole condotte omissive.

¹³ Il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 20/1994 stabilisce al primo periodo che “La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali”.

La scelta del legislatore di incidere sulla responsabilità, facendo leva sulla modifica dell'elemento soggettivo, appare in sintesi dettata, da un lato, dalla sostanziale impossibilità di riscrivere le singole fattispecie astratte di condotta illecita, poste in essere dal soggetto agente, la cui violazione può in astratto condurre all'accertamento di responsabilità erariale, e dall'altro, dalla intrinseca semplicità dell'intervento normativo in sé, con cui si veicola facilmente il concetto che diventa scusabile, per il soggetto agente, anche l'errore più grave, purché non commesso con l'intenzione specifica e puntuale di arrecare un danno all'erario.

La novella, così facendo, incentiva indubbiamente l'esercizio del potere amministrativo da parte degli amministratori e dei funzionari pubblici, i quali possono fino al 31 dicembre 2021 porre in essere atti apertamente contrari alla normativa applicabile, andando esenti da responsabilità erariale (ma, è bene ricordarlo, non civile o penale o, ancora, disciplinare).

Sullo sfondo rimane però, per certi aspetti pretermesso, quello che sarebbe l'obiettivo di un sistema sanzionatorio posto a beneficio e a tutela dell'erario pubblico, ovvero quello di acclarare responsabilità in capo a coloro che con la propria condotta hanno procurato un nocimento patrimoniale alle casse pubbliche, affinché siano chiamati a risarcire l'ente danneggiato dalla loro condotta. Quest'obiettivo viene posto oggi in secondo piano rispetto a una presunta primazia di esigenze di speditezza e maggior concretezza dell'azione amministrativa. Occorre infatti aver chiaro che il legislatore, con l'art. 21 del d.l. n. 76/2020, ha inteso trattenere in capo all'amministrazione i rischi di *malpractice* amministrativa derivanti da un errato esercizio del potere (non potendo questi più essere ribaltati in capo alla persona fisica che ha agito per conto dell'amministrazione). Gli effetti collaterali di questa scelta si mostreranno in tutta la loro chiarezza, ad esempio, in quei casi in cui più soggetti avanzeranno una pretesa a un bene, in senso ampio, dell'amministrazione (si pensi alla stipula di un appalto pubblico) e questa lo assegnerà illegittimamente a uno anziché a uno tra gli altri contendenti: così facendo, una volta accertata l'illegittimità del suo operato, l'amministrazione sarà tenuta a pagare il corrispettivo al primo e il danno al secondo. Ma questo danno, salvo che nei casi di dolo, non potrà più essere ristorato all'amministrazione dal funzionario che ha adottato l'atto dichiarato illegittimo.

Si è preferito in estrema sintesi il "fare" - inscindibilmente unito al rischio di dover sopportare un "delta" ulteriore di natura risarcitoria - alle sabbie mobili del "non fare".

5.2. La riforma dell'abuso d'ufficio. L'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, come convertito con modifiche dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, ha modificato l'art. 323 c.p. del codice penale, che oggi punisce con la reclusione "il pubblico ufficiale ("p.u.") o l'incaricato di pubblico servizio che, in 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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto".

La riformulazione dell'abuso d'ufficio ha sostituito il riferimento alla "violazione di norme di legge o regolamento", contenuta nel testo previgente, con la più articolata condizione della "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", al fine di fissare "l'area di punibilità" e introdurre i necessari "fattori di maggiore precisione e determinatezza della fattispecie incriminatrice"¹⁴.

Tale intervento normativo è peraltro l'ultima tappa di un percorso diretto a circoscrivere progressivamente l'applicazione della norma e limitare i poteri del giudice penale, per preservare

¹⁴ Inaugurazione anno giudiziario 2021, Relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2020, ai sensi dell'art. 86, R.D. 30 gennaio 1941, n.12, p. 175.

l'integrità della discrezionalità riservata all'amministrazione¹⁵. Esso implica una (ulteriore) riduzione dell'area del penalmente rilevante giacché, come detto, espunge, da un lato, il riferimento alla violazione di fonti normative di secondo grado, che peraltro destava dubbi circa il rispetto dell'art. 25, comma 2, Cost. e circoscrive, dall'altro, la violazione a specifiche ipotesi legalmente previste e "disegnate in termini completi e puntuali"¹⁶. Sotto quest'ultimo punto di vista, è stato sottolineato dalla più recente giurisprudenza che il parametro normativo rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 323 deve prevedere un potere interamente vincolato, cioè delimitare l'*an*, il *quomodo*, il *quid* e il *quando* dell'azione amministrativa oppure un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto¹⁷. La "nuova" disposizione ha pertanto limitato, di fatto, la modalità della condotta punibile, escludendo il sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa e sulla violazione dei principi generali. Rientrerebbero invece tuttora nell'area dell'art. 323 c.p., secondo una recente pronuncia del Giudice di legittimità, le ipotesi di "sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi o collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzia nell'(...) inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi¹⁸". Quest'ultima precisazione del Giudice Penale, anche per la formula semantica prescelta, sembra aprire una nuova "breccia" nell'interpretazione dell'art. 323 c.p., con la conseguenza di causare una potenziale riespansione del sindacato penale rispetto alle condotte dei funzionari, in alcuni casi riconducibili a fenomeni di "amministrazione difensiva".

Sotto altro profilo, ci si può domandare se l'abuso di ufficio, che nel reprimere le condotte commissive è fattore di burocrazia difensiva, possa invece operare come elemento di attenuazione della stessa nella sua attitudine a sanzionare le ipotesi in cui il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte necessarie ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico e, pertanto, rimanga inerte, anche per timore che quelle scelte possano condurre a forme di responsabilità e sanzioni. In effetti, a partire dalla riforma del 1997, è stata riconosciuta diffusamente dalla giurisprudenza la contestabilità dell'abuso di ufficio mediante omissione. E la parziale riformulazione del 2020 non toglie rilevanza a tale fattispecie, che oggi è idonea a sanzionare la mancata attuazione, da parte di un agente pubblico, di una condotta espressamente prevista dalla legge o da atti aventi forza di legge, dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

6. Conclusioni e Next Steps

Il tema della burocrazia difensiva si è ormai affermato nel dibattito pubblico e ricorre in molti documenti istituzionali dedicati al problema del funzionamento del sistema amministrativo italiano. Nel nostro paese, le condizioni strutturali per l'affermazione del *chilling effect* della responsabilità si sono notevolmente sviluppate in tempi recenti: incertezza del quadro normativo; aumento e concentrazione in capo ai vertici amministrativi delle responsabilità connesse a violazione di elementi di quel quadro;

¹⁵ Presente nell'impianto originario del codice penale del 1930 con la denominazione di "abuso innominato di ufficio", la fattispecie ha conosciuto una prima riforma nel 1990, che lo configurava come delitto c.d. a consumazione anticipata, per la quale è sufficiente porre in essere atti diretti a ledere il bene protetto. Ritenuto eccessivamente afflittivo, l'impianto normativo è stato nuovamente modificato con la riforma del 1997: l'abuso d'ufficio è stato trasformato in reato d'evento, che si consuma con la effettiva realizzazione del vantaggio o del danno; è divenuto reato a dolo intenzionale, più difficile da dimostrare nel processo rispetto al dolo specifico, precedentemente richiesto¹⁵; è stato circoscritto alle ipotesi in cui la condotta è compiuta "in violazione di legge o di regolamento", per escludere la punibilità per eccesso o sviamento di potere.

¹⁶ In questi termini Cass. pen., VI, sentenza 8 gennaio 2021, n. 442.

¹⁷ Cass. pen., VI, 1 marzo 2021, n. 8057.

¹⁸ Cass. n. 442/2021 cit.

assenza di responsabilità relative ai risultati raggiunti; enfasi sul carattere sanzionatorio di ogni forma di responsabilità, inclusa quella per danno erariale, con conseguente sfavore per l'uso di polizze assicurative connesse al solo profilo risarcitorio. La pandemia ha esasperato e messo a nudo queste condizioni strutturali: la burocrazia continua ad essere chiamata a rispondere di violazioni di "previsioni" legislative, anche quando deve compiere scelte che affrontano situazioni non previste, mentre la continua misurazione oggettiva e comparata del livello di efficienza ed efficacia (si pensi ai diversi andamenti del piano vaccinale in regioni diverse) non trova alcun efficace meccanismo di *accountability* diverso dalla responsabilità politica.

In questo quadro, i rimedi finora approvati dal governo sono molto specifici: consistono, grosso modo, nella esclusione della responsabilità amministrativa per colpa (anche grave) e nella limitazione dell'abuso di ufficio a decisioni vincolate dalla legge. Ma i rimedi non esauriscono il problema.

Innanzitutto, l'efficacia di queste misure, e soprattutto la loro attitudine a definire equilibri stabili e duraturi (la prima è stata peraltro introdotta solo in via temporanea), dovrà essere attentamente verificata. Non è da escludere che la giurisprudenza amministrativa riconduca, almeno in parte, in via interpretativa, le nuove disposizioni a precedenti assetti, ampliando ad esempio la nozione di dolo o quella dei limiti esterni alla discrezionalità. Oppure, all'opposto, è possibile che la *deference* giurisprudenziale potrà sguarnire di adeguata sanzione condotte per le quali il corpo sociale e l'opinione pubblica pretendono una repressione, dando così vita a reazioni di rigetto delle disposizioni riformatrici. Di qui l'esigenza di programmare, nei prossimi mesi, alcuni specifici approfondimenti, che abbiano ad oggetto l'osservazione della giurisprudenza:

Focus 1. Osservatorio sulla giurisprudenza della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa, con particolare riferimento alle interpretazioni del dolo e alla relazione fra condotte commissive e omissive (assoggettate ancora a responsabilità per colpa grave);

Focus 2. Osservatorio sulla giurisprudenza penalistica in materia di abuso d'ufficio o, ove ve ne siano evidenze, sull'estensione di diverse fattispecie di reato che sussumano condotte in precedenza sanzionabili per abuso di ufficio.

Le misure del governo, inoltre, paiono colpire il sintomo, più che rimuovere le cause della malattia, che dipendono da condizioni strutturali, alcune delle quali sono state illustrate in precedenza. Per immaginare rimedi che colpiscano la malattia occorrono allora contributi di riflessione di carattere più ampio e sistematico. Fra i temi, alla luce dell'analisi sviluppata in questo primo contributo, possono segnalarsi i seguenti.

In primo luogo, considerato che il fenomeno della burocrazia difensiva è particolarmente avvertito in Italia, ci si può domandare se l'assetto complessivo del sistema di responsabilità che gravano nel nostro paese sui funzionari amministrativi presenti, rispetto a quelli di altri paesi europei, elementi di specificità che possano spiegare lo squilibrio oggi percepito. E quindi formulare proposte che mirino ad allineare il quadro normativo interno agli standard che l'analisi comparata suggerisce.

Focus 3. Analisi comparata dei sistemi di responsabilità dei dirigenti e funzionari amministrativi nei diversi paesi europei: gli standard europei e il caso italiano

In secondo luogo, appare necessario dedicare un approfondimento specifico alle cause del fallimento della responsabilità dirigenziale per i risultati e ai possibili rimedi che possano far decollare un istituto

rimasto sulla carta. Ciò a partire da una ricognizione di tutte le norme specifiche che prevedono la responsabilità dirigenziale per l'inosservanza di regole, a prescindere dai risultati raggiunti.

Focus 4. Serve ancora la Responsabilità dirigenziale? Cosa avrebbe dovuto essere, cosa è, cosa potrebbe diventare

In terzo luogo, occorre approfondire anche i rapporti, e i rispettivi ambiti di applicazione, delle altre forme di responsabilità. In particolare, la funzione sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità possono essere meglio distinte? La responsabilità disciplinare e la responsabilità penale sono sufficienti a presidiare il profilo sanzionatorio? e di conseguenza, alla responsabilità amministrativa non potrebbe essere riconosciuto carattere puramente risarcitorio? Ciò potrebbe autorizzare, fermo restando il divieto di porre a carico dello Stato il premio assicurativo per il funzionario, diverse forme di agevolazione o incentivo ad avvalersi di polizze assicurative, anche per distribuire il rischio in modo più omogeneo su funzionari con diversa esposizione a quel rischio?

Focus 5. La responsabilità fra sanzione e risarcimento: le polizze assicurative dei funzionari pubblici sono solo dannose per lo Stato?

Sia per realizzare gli approfondimenti citati, sia per individuare altri temi utili all'indagine sulla burocrazia difensiva, sia, infine, per misurare la portata del fenomeno, è necessario avvalersi di questionari e interviste per coinvolgere i dirigenti pubblici e altri osservatori privilegiati. In una prima fase, si programma di costruire 3 interventi:

Intervento 1. Costruzione, somministrazione ed elaborazione delle risposte ad un questionario ampio, anche con quesiti situazionali, rivolto ad un campione significativo di dirigenti pubblici

Intervento 2. Costruzione e realizzazione di interviste semi strutturate con un gruppo più ristretto di osservatori privilegiati che includa dirigenti pubblici, magistrati amministrativi e contabili, pubblici ministeri e giudici penali con esperienza sui reati contro la p.a., dirigenti ANAC e altri corpi di controllo, studiosi e interlocutori istituzionali con esperienza sui temi oggetto di indagine.

Intervento 3. Confronto e specifico con alcuni operatori del settore assicurativo che illustrino vincoli e opportunità delle polizze contro la responsabilità nel settore pubblico e privato.