



MICHELE GERARDO

## ANALISI E RILIEVI SUI CAPISALDI, INDIVIDUATI DAL GOVERNO, PER L'UTILIZZO EFFICIENTE DEL *RECOVERY FUND*, CON SPECIALE RIGUARDO ALLA LIMITAZIONE DELLE RESPONSABILITÀ GESTORIE EX ART.21 D.L. N.76/2020.

INDICE: 1. *Introduzione*; 2. *Scelta di "buoni" progetti*; 3. *Semplificazione delle procedure*; 4. *Reperimento di adeguate professionalità*; 5. *Limitazione delle responsabilità gestorie*; Paragrafo 6. *Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. La (parziale) "buona" novella dell'art. 23 D.L. n. 76/2020*; 7. *Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. La "cattiva" novella dell'art. 21 D.L. n. 76/2020. Aspetti generali ed obiettivi perseguiti*; 8. *Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. Aspetti critici della disciplina contenuta nell'art. 21 D.L. n. 76/2020*; 9. *Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. Rimedi alle criticità della disciplina contenuta nell'art. 21 D.L. n. 76/2020*. 10. *Conclusioni*.

### 1. Introduzione.

In conseguenza dei pregiudizi arrecati a partire dal marzo 2020 dalla diffusione della pandemia da COVID 19, l'Unione Europea ha messo in campo misure straordinarie, tra cui finanziamenti di progetti finalizzati alla ripresa economica e sociale (il c.d. *Recovery Fund*) ammontanti, all'attualità, a circa 209 miliardi di euro.

All'uopo è stato adottato il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Sono sei i pilastri dei piani di intervento: "a) *transizione verde*; b) *trasformazione digitale*; c) *crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti*; d) *coesione sociale e territoriale*; e) *salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi*; e f) *politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze*." (art. 3 del Reg. 2021/241).

Per la prima volta in tanti anni lo Stato italiano si trova a poter fare investimenti significativi con il solo vincolo che siano fatti bene, cioè che aumentino la crescita del Paese e quindi contribuiscano anche a rendere il nostro debito sostenibile, sicché – intuitivamente – è importante che questi investimenti siano ben scelti e ben eseguiti <sup>1</sup>.

Trattasi di risorse straordinarie richiedenti una capacità organizzativa per tutte le fasi coinvolte: redazione di progetti, attuazione, rendicontazione. Nel momento attuale si è nella fase iniziale della filiera, quella della predisposizione dei progetti.

L'Italia, dopo la Polonia, è il paese che – storicamente - beneficia dei maggiori contributi provenienti dall'U.E.; tuttavia la gran parte dei detti fondi è stata perduta per l'incapacità di rispettare le procedure. Sono tante le cause del deficit gestorio: inidonea programmazione, intervento - nella filiera del procedimento - di più enti, disorganizzazione, mancata preparazione specifica delle risorse umane dedicate <sup>2</sup>.

Forte è il timore che anche per il *Recovery Fund* possano ripetersi le scarse *performance* che nel tempo hanno connotato la gestione dei fondi strutturali dell'U.E. (tra cui FESR, FSE, FEASR).

In questa fase emergenziale sono state formulate proposte ed adottate disposizioni funzionali ad una efficiente gestione della macchina amministrativa italiana, anche e soprattutto per la gestione del *Recovery Fund*.

Allo stato attuale difetta un piano di interventi sistematico e unitario funzionale alla ottimale gestione del *Recovery Fund*. Sono annunciate ed adottate misure episodiche.

Con il presente studio si tenterà di analizzare tali misure formulando rilievi sulle stesse, con l'obiettivo – comune a qualsivoglia osservatore sensibile all'interesse nazionale – di contribuire ad individuare le migliori misure per effettuare "spesa buona" per il successo di questa storica occasione.

<sup>1</sup> Per tali rilievi, tra l'altro, si cita il discorso del Presidente del Consiglio dei Ministri all'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei Conti del 19 febbraio 2021.

<sup>2</sup> Sul punto: M. Gerardo, *La selezione della burocrazia in Italia nell'attuale momento storico*, in *Rassegna della Avvocatura dello Stato* 2018, 4, p.260.



## 2. Scelta di “buoni” progetti.

Nei cicli passati della programmazione comunitaria di durata settennale, nei quali non si spese in modo efficiente, è accaduto spesso che a fine ciclo, preso atto dei ritardi, le amministrazioni hanno proceduto alla “accelerazione della spesa”. Pur di spendere qualcosa, dunque, si sono fatte spese inutili, ad esempio il rifacimento delle piazze dei comuni.

Questo, in generale, non possiamo più permettercelo.

Con quale modalità scegliere i progetti?

In ipotesi le modalità sono tre.

### a) Scelta da parte del corpo elettorale in sede di elezioni.

Il tipo di progettualità è condizionato da visioni politiche.

Una visione politica prevalentemente orientata sullo sviluppo industriale, con il conseguente indotto occupazionale, conduce a una progettualità mirante ad un reinsediamento di impianti industriali e manifatturieri, a fronte della delocalizzazione operata nell'ultimo trentennio in Paesi a basso costo del lavoro.

Una visione politica prevalentemente orientata al sociale punterà a progetti miranti alla costruzione/ammodernamento di scuole ed asili nido.

Una visione politica prevalentemente orientata allo sfruttamento delle risorse naturali potrà avere come obiettivo un ritorno all'agricoltura.

Dovrebbero svolgersi nuove elezioni, nelle quali le forze politiche propongano un loro programma al corpo elettorale.

### b) Scelta da parte della Conferenza Unificata.

In subordine alla scelta da parte del corpo elettorale, attesa la strategicità dei progetti, è necessario coinvolgere nelle decisioni almeno gli enti territoriali. Strumento di raccordo e cooperazione allo scopo – tenuto conto la sua composizione: Stato, Regioni, Province autonome, Città ed autonomie locali - è la Conferenza unificata (disciplinata dal D.L.vo 28 agosto 1997, n.281), la quale interviene in relazione alle materie ed ai compiti di interesse comune allo Stato, alle regioni, alle province, ai comuni e alle comunità montane.

### c) Scelta di politiche infrastrutturali.

*Ultima Thule*, atteso lo stato delle nostre infrastrutture, non vi sono dubbi che i progetti dovrebbero riguardare esclusivamente la rete infrastrutturale (nuovi insediamenti, ristrutturazioni, completamenti).

Circa la metà dell'acqua trasportata nella rete idrica si disperde prima di arrivare a destinazione, a causa della fatiscenza degli impianti. Con il primo progetto occorre rifare la rete idrica del Paese.

Tanta parte degli edifici pubblici, specie scuole ed ospedali, sono non adeguati, anche sotto l'aspetto del risparmio energetico. Con il secondo progetto occorre ammodernare scuole ed ospedali (almeno nei casi più gravi).

Grande e crescente è il divario infrastrutturale Nord-Sud del Paese. Cristo si è fermato ad Eboli: la rete ferroviaria calabrese e la rete stradale ed idrica siciliana si trovano in condizioni di grave deficienza. Con il terzo progetto occorre eliminare o ridurre il detto gap, ricorrendo a un criterio oggettivo, come quello utilizzato in occasione della riunificazione tedesca per superare il gap Germania ovest-Germania est: il Sud del Paese deve avere al stessa quantità di rete infrastrutturale del Nord del Paese.

In conclusione quello che va evitato è l'inerzia e/o dispersione delle risorse del *Recovery Fund*.

## 3. Semplificazione delle procedure.

Fatta la scelta dei progetti, occorre poi gestirli. Qui cominciano le dolenti note, attesa la storica incapacità di realizzare una spesa efficiente, specie in sede di gestione dei fondi strutturali.

Questa incapacità ha varie cause, tra le quali la numerosità dei procedimenti amministrativi riguardanti la realizzazione di una unica opera pubblica ed altresì la complicatezza degli stessi.



Sotto il primo profilo, per le opere coinvolte nel *Recovery Fund* andrebbe previsto un “procedimento unico”, che consenta di convogliare ed acquisire tutte le valutazioni ed introdurre tutti gli interessi presenti<sup>3</sup>.

La complicatezza dei procedimenti amministrativi è ben rappresentata da quelli specificamente diretti alla acquisizione di opere, servizi e forniture delineati nel Codice dei contratti (D.L.vo 12 aprile 2016, n. 50).

Primo fattore di complicatezza – preclusivo di procedimenti rapidi, attesa la funzione orientativa della norma giuridica regolatrice della materia – è la nebulosità ed incertezza del quadro normativo, la difficoltà del quadro conoscitivo.

Il Codice dei contratti si compone di 220 articoli e 26 allegati. Gli articoli non sono del tipo codice civile o codice di procedura civile al momento della loro entrata in vigore (per intenderci: disposizioni essenziali, chiare, sintetiche<sup>4</sup>). L'art. 3 del Codice dei contratti si compone di oltre 5.000 parole, il successivo art. 80 si compone di circa 2.400 parole. Patente è l'incapacità di sintesi, la provvedimentalizzazione del contenuto della legge. Il Codice dei Contratti raggiunge le dimensioni dell'intero Codice Civile.

Dal 2016 ad oggi, ossia in cinque anni, il Codice dei contratti è stato modificato cinque volte (D.L.vo 19 aprile 2017, n. 56; D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. L. 11 febbraio 2019, n. 12; D.L.vo 12 gennaio 2019, n. 14; D.L. 18 aprile 2019, n. 32, conv. L. 14 giugno 2019, n. 55; D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. L. 11 settembre 2020, n. 120), con oltre 1.100 modifiche. L'instabilità del quadro normativo, all'evidenza, non consente la sedimentazione di orientamenti<sup>5</sup>.

A ciò aggiungasi che il Codice dei contratti deve essere integrato da circa cinquanta atti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero delle Infrastrutture, dell'ANAC, aventi la più disparata natura e da adottare entro determinati termini. L'operatore che vuole conoscere la disciplina di una materia deve disporre - in luogo di un unico testo - di una congerie di fonti, da controllare nella loro vigenza. Una sorta di vestito di Arlecchino, per intenderci. Con l'aggravante che, laddove non vengano adottati i provvedimenti normativi entro i termini prefissati (termini giustamente definibili, con Redenti, “canzonatori”), la disciplina è quanto mai problematica. Ed è quanto avvenuto proprio con il Codice degli Appalti. Valga il caso della qualificazione delle stazioni appaltanti, ex art. 38, comma 2, del detto Codice: il D.P.C.M. definitorio dei requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione doveva essere adottato entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice. Il decreto in esame, a cinque anni della entrata in vigore del Codice degli Appalti, non ha ancora visto la luce. L'operatore, all'evidenza, non dispone di un unico testo per orientare la propria condotta, ma deve cercare i provvedimenti completivi (se ci sono) ed i successivi aggiornamenti.

Secondo fattore di complicatezza è l'estrema difficoltà di delineare la progettazione a base di gara ed altresì la complessità delle procedure di scelta del contraente, che rende non facile il raccordo tra regimi ordinari, regimi speciali ed eccezioni ai due regimi.

La sommatoria dei detti fattori sono i notevoli costi preliminari e le lungaggini delle procedure.

Come uscire da tale *impasse*?

Un primo modello è il c.d. modello Genova – *rectius*: i lavori per la ricostruzione del viadotto Polcevera (c.d. ponte Morandi), crollato nell'agosto del 2018 – e quindi procedure in deroga al regime ordinario.

---

<sup>3</sup> In tal senso anche S. De Felice, *Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per il Recovery*, p.1, in Sito Giustizia amministrativa, Approfondimenti Dottrina, pubblicato il 20 febbraio 2021.

<sup>4</sup> L'art.105 c.p.c.– con *dictum* tacitiano, in una materia complessa quale l'intervento volontario - così recita: “Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse.”. Meglio e con minori parole non si poteva dire.

<sup>5</sup> Virgilio Andrioli, di fronte all'ondivago orientamento del giudice di legittimità sul modo di computare i termini processuali in presenza della sospensione feriale, così sollecitò i giudicanti: prendete un univoco orientamento, anche sbagliato, e tenetelo fermo in modo che gli operatori abbiano un quadro stabile; ma anche l'invito di Virgilio Andrioli, oggi, risulterebbe vano, in presenza, di una legislazione che cambia alla giornata.



Questo primo modello non è condivisibile: l'efficienza deve esistere in tutte le procedure negoziali della P.A. per procurarsi lavori, servizi e forniture e non solo per alcune, siano esse la ricostruzione del ponte Morandi o i progetti coinvolti nel *Recovery Fund*.

E' auspicabile, quindi, una semplificazione generalizzata di tutte le procedure negoziali. Un modello di pronta fruizione è il c.d. modello inglese, ossia l'attuazione immediata delle direttive U.E. in materia negoziale. Gli inglesi – ma questa è storia perché sono usciti dall'U.E. – con il loro taglio pratico, preso atto che le direttive in materia sono dettagliate, si sono limitati a tradurle in inglese *tout court* senza adottare norme di recezione.

All'uopo potrebbe essere adottata una legge con un articolo unico del seguente tenore:

*“Articolo unico*

*1. Il D.L.vo 12 aprile 2016, n. 50 è abrogato; le relative disposizioni continuano ad applicarsi alle procedure pendenti.*

*2. L'aggiudicazione dei contratti di concessione è regolata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; l'aggiudicazione dei contratti di appalto pubblico è regolata dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; l'aggiudicazione dei contratti di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è regolata dalla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. Per tutto quanto non previsto dalle direttive innanzi indicate si applicano il Codice Civile ed i principi generali di correttezza e buona fede.*

*3. La presente legge entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale.”<sup>6</sup>*

#### **4. Reperimento di adeguate professionalità.**

Vi è consapevolezza che non si può fallire nella gestione del *Recovery Fund*. Vi è altresì consapevolezza che le risorse umane delle PP.AA. attualmente disponibili sono insufficienti e qualitativamente inadeguate allo scopo, specie con riguardo ai profili tecnici (ingegneri, architetti, informatici, esperti di procedure amministrative e contabili relative ai fondi strutturali dell'U.E.).

Un primo strumento, ovvio, per reperire risorse umane con adeguate professionalità è il concorso pubblico con tempi rapidizzati. Cosa, invero, facile a dirsi ma non a farsi, anche per le difficoltà organizzative collegate ai disagi provocati dalla pandemia.

Altro strumento, necessariamente contingente, è il ricorrere alle tradizionali formule dei contratti di consulenza e di assistenza tecnica.

##### a) Contratti di consulenza e/o collaborazione.

La legge (art. 7, D.L.vo 30 marzo 2001, n.165) consente alle amministrazioni pubbliche - per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio - di conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei determinati presupposti di legittimità<sup>7</sup>.

Vi sono dei paletti ragionevoli ed ovvi. All'uopo si è statuito che:

---

<sup>6</sup> Tale proposta non è isolata nella comunità giuridica. Si rileva che “Recentemente il Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, ha espresso in modo chiaro che la materia dei contratti pubblici potrebbe essere in poco tempo semplificata ritornando alle direttive UE e abbattendo il cosiddetto *goldplating*, l'“indoramento”, l'aggravamento anomalo attuato di solito dallo Stato italiano nelle leggi (spesso decreti delegati) di recepimento delle direttive.” S. De Felice, *Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per il Recovery*, cit., p.1, ove si rileva altresì “Certo, c'è la esigenza di disciplinare gli aspetti interni, ma in una materia caratterizzata da tante fonti del diritto quali regolamenti e direttive europee, normativa statale primaria e secondaria (allo stato, non l'auspicato regolamento unico, ma varie decine di regolamenti, linee guida Anac e anche leggi regionali su materie secondarie, quali la composizione delle commissioni), bandi (il bando è definito la *lex specialis* della gara), capitolati, contratti, si può e si deve provare a espungere il troppo e il vano, e guarire dal “morbo” del troppo diritto.”

<sup>7</sup> “a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico; d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione” (art. 7, comma 6, D.L.vo n. 165/2001).



- è fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro;
- le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

b) Assistenza tecnica in virtù di contratti di servizio con operatori esterni o contratti di servizio con enti in house.

Fenomeno diffuso nelle dinamiche delle pubbliche amministrazioni è la stipula di un peculiare contratto di servizio il cui oggetto è costituito dalla fornitura di assistenza tecnica. Con tale contratto l'ente pubblico mira a conseguire, ad esempio, le attività di: affiancamento, supporto per il monitoraggio e supporto specialistico per particolari progetti; di assistenza di *marketing* territoriale; di assistenza tecnica di attuazione della strategia di comunicazione di *policy*; di assistenza tecnica in materia di programmazione economica; di progettazione e gestione di procedure informatiche ancillari ad una attività produttiva; di supporto nella certificazione della spesa di programmi comunitari; di assistenza tecnica alle attività di coordinamento, attuazione, monitoraggio, controllo di programmi comunitari; ecc.

In conseguenza della stipula dei contratti di servizio sopradescritti determinate risorse umane, inglobate nel complessivo servizio erogato dall'appaltatore, contribuiscono allo svolgimento dei compiti degli enti pubblici committenti.

Con tali contratti lo Stato e gli enti territoriali, utilizzano – indirettamente - risorse esterne per lo svolgimento di attività che richiedono una elevata specializzazione, sopperendo ad un deficit interno di idonee risorse umane. Questo è quanto accade per il ciclo della gestione dei fondi comunitari.

All'evidenza, per il successo della gestione dei progetti del *Recovery Fund* occorre fare un uso ragionevole delle due formule indicate, specie la seconda.

Anche in questa fase di avvio del *Recovery Fund* si sta facendo ricorso a consulenze esterne: come risulta da notizie di stampa <sup>8</sup>, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha conferito una consulenza alla società McKinsey per uno studio sui piani *Next Generation* già predisposti dagli altri paesi UE ed un supporto tecnico-operativo di *project management* per il monitoraggio dei diversi filoni di lavoro per la finalizzazione del Piano. Questa scelta ha suscitato critiche nella stampa circa la necessità di ricorrere all'esterno in luogo dell'utilizzo di risorse interne <sup>9</sup> e la vaghezza dell'incarico conferito.

Come evidenziato, occorre fare un uso ragionevole delle due formule: né demonizzarle, né utilizzarle in modo scriteriato quale strumento clientelare. Ma ricorrere alle stesse quale mezzo contingente è necessario per fare fronte all'attuale momento, con meccanismi di conferimento trasparenti ed evitando conflitti di interessi.

## 5. Limitazione delle responsabilità gestorie.

L'inosservanza delle obbligazioni assunte dal dipendente pubblico con la stipulazione del contratto di lavoro comporta le conseguenze, *rectius*: le responsabilità, normativamente stabilite.

A seconda della natura degli interessi saranno configurabili varie specie di responsabilità: penale <sup>10</sup>, civile, amministrativa <sup>11</sup>, contabile, disciplinare <sup>12</sup>, manageriale.

<sup>8</sup> A. Baccaro, L'Economia, voce economica del Corriere della Sera, 15 marzo 2021, p.22.

<sup>9</sup> "Resta difficile capire perché l'esame dei piani altrui non possa essere affidato a risorse interne alla nostra amministrazione pubblica. Chi abbia la curiosità di consultare il sito del ministero dell'Economia (Mef) può constatare che dispone di un notevole numero di dirigenti. Il solo dipartimento del Tesoro, poi, può contare su un "Consiglio tecnico-scientifico degli esperti" che conta nove "prof." e quattro "dott." Se non fanno un lavoro di questo genere, si può sapere che cosa fanno? E se quegli esperti non ne avessero voglia, ci sarebbe per esempio l'Ufficio V della Ragioneria, tra i cui compiti c'è lo "Studio e analisi comparata delle discipline contabili adottate nei Paesi dell'UE. Analisi comparata a livello internazionale sulle procedure di bilancio e delle relative discipline contabili, sulle metodologie dei sistemi di controllo interno e di misurazione delle performance. Analisi, studi e proposte per l'applicazione degli standards internazionali di contabilità pubblica". Etcetera. Mentre studiano le procedure di bilancio, non possono dare anche un'occhiata ai piani Next Generation, che comunque nei bilanci ci devono entrare?": così C. Clericetti per <https://clericetti.blogautore.repubblica.it> del 6 marzo 2021.

<sup>10</sup> Specie per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (artt. 314-335 c.p.), tra i quali l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).



L'art. 21 D.L. n.76/2020, rubricato "Responsabilità erariale", enuncia:

"1. All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: "La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso."

2. 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."

L'art. 23 D.L. n.76/2020, rubricato "Modifiche all'articolo 323 del codice penale", poi, enuncia:

"1. All'articolo 323, primo comma, del codice penale, le parole "di norme di legge o di regolamento," sono sostituite dalle seguenti: "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità"."

Nella Relazione illustrativa al D.L. Semplificazioni relativamente all'art. 21 si enuncia che "In materia di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto. Inoltre, fino al 31 luglio 2021 [poi modificato in 31 dicembre 2021], la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità viene limitata al solo profilo del dolo per le azioni e non anche per le omissioni, in modo che i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo." Invece, a proposito dell'art. 23 la detta Relazione evidenzia che "La disposizione interviene sulla disciplina dettata dall'articolo 323 del codice penale (Abuso d'ufficio), attribuendo rilevanza alla violazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, nello svolgimento delle pubbliche funzioni, di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, attribuendo, al contempo, rilevanza alla circostanza che da tali specifiche regole non residuino margini di discrezionalità per il soggetto, in luogo della vigente previsione che fa generico riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento. Ciò al fine di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio."<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa possono così sinteticamente individuarsi: a) rapporto di servizio; b) comportamento dannoso; c) danno; d) nesso causale; e) elemento psicologico. La responsabilità è circoscritta ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave. Il dolo, in ragione della diversa intensità, può assumere diverse qualificazioni (in specie: dolo intenzionale, dolo diretto, dolo eventuale). Si rileva in dottrina che è "controverso il criterio di individuazione dell'elemento soggettivo del dolo nelle fattispecie di danno erariale. A fronte di un orientamento, in cui si afferma, in linea con la nozione penalistica dell'art. 43 c.p., che, per integrare il dolo erariale non si può prescindere dalla volontà dell'evento dannoso, oltre, naturalmente, alla volontarietà della condotta illecita o illegittima, la tesi più diffusa nella giurisprudenza contabile è stata finora quella per cui il dolo di radice penalistica non è necessariamente e meccanicamente applicabile al processo contabile per responsabilità finanziarie, essendo piuttosto operanti, per qualificare l'azione dolosa dei dipendenti pubblici, i criteri relativi al dolo c.d. contrattuale o in adimplendo. In base a questo indirizzo giurisprudenziale, per aversi dolo è sufficiente che i soggetti legati da un rapporto (solitamente di servizio) alla P.A., tengano scientemente un comportamento che violi un loro obbligo, senza che sia necessaria la diretta e cosciente intenzione di nuocere, cioè di agire ingiustamente a danno delle pubbliche finanze. Il dolo in adimplendo, infatti, si identifica nella cosciente violazione di una speciale obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte, ed è ben diverso da quello di cui all'art. 43 c.p. (sulla cui base si modella anche il dolo extracontrattuale o aquiliano), ovvero sia quale volontà dell'evento dannoso."; così D. Irollo, *Responsabilità erariale sempre più "light"*, in Il quotidiano per la p.a. (22 luglio 2020). La colpa grave consiste nella violazione della diligenza minima (mentre integra la colpa lieve la violazione della ordinaria diligenza). La colpa grave esclude la volontarietà, ma non si esaurisce solo - come la colpa c.d. lieve - nella negligenza, imprudenza o imperizia, dovendo le stesse esser elevate, macroscopiche. Si deve trattare, insomma, di violazioni grossolane del dovere di diligenza, di prudenza e di perizia (*non intelligere quod omnes intelligunt*). L'illustrato regime normativo esonera da responsabilità il dipendente che versa in colpa lieve nell'evidente obiettivo di non gravare il dipendente di preoccupazioni eccessive in ordine alle conseguenze patrimoniali della propria condotta. Preoccupazioni che - in particolare in una fase storica legislativamente dinamica, in cui la P.A. si trova a operare in una realtà normativa estremamente complessa e talvolta disarticolata - condurrebbero fatalmente all'inerzia e alla paralisi amministrativa.

<sup>12</sup> Quest'ultima non è applicabile ove non sussista un rapporto di pubblico impiego (ad esempio nei rapporti onorari).

<sup>13</sup> Su tale intervento normativo: A. Giordano, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in Rivista della Corte dei Conti, 2021, 1, pp.14 e ss.



La legge, prendendo spunto dalla necessità dell'adozione di misure per contenere la pandemia da diffusione del COVID 19, interviene sul punto della responsabilità amministrativa e penale dei pubblici dipendenti. Ciò nel dichiarato intento di disinibire gli amministratori pubblici nella gestione dei finanziamenti attesi dall'Unione Europea con il *Recovery Fund* onde evitare l'inerzia per il timore della responsabilità da "firma". Ciò evidenziato, deve rilevarsi che, mentre l'intervento sulla responsabilità penale è stato timido, quello sulla responsabilità amministrativa è stato eccessivo, incoerente e contrastante con i principi generali sulla responsabilità e buon andamento della P.A.

## 6. Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. La (parziale) "buona" novella dell'art. 23 D.L. n. 76/2020.

L'art. 23, novellando l'art. 323 c.p., cerca di specificare l'ambito applicativo del reato di abuso d'ufficio connotato da margini di indeterminatezza, con deficit di tassatività.

Sulla materia, parte autorevole della dottrina<sup>14</sup> ha consigliato l'abrogazione della disposizione, anche a fronte dell'insuccesso pratico della fattispecie incriminatrice<sup>15</sup>.

Il dubbio è che l'abuso d'ufficio costituisca un reato "spia" in mano all'inquirente allorché questi abbia il sospetto di illeciti, consentendogli di indagare alla ricerca della "vera" fattispecie delittuosa (es.: corruzione); l'abuso d'ufficio diviene, quindi, uno strumento puramente tattico, almeno là dove manchino ulteriori elementi rispetto alla semplice illegittimità amministrativa<sup>16</sup>.

L'indeterminatezza della fattispecie può alimentare la c.d. amministrazione difensiva, il timore o i rallentamenti dell'agire per lo spauracchio della responsabilità penale. Si osserva che *"gli amministratori onesti potrebbero temere non tanto una condanna definitiva – dovendo auspicare che al termine del processo la giustizia venga comunque acquisita - quanto, piuttosto, di rimanere intrappolati in un procedimento penale, che si risolve in un circuito pieno di insidie, poco o per nulla dominabile. A prescindere dall'esito della vicenda giudiziaria, l'accusa penale rischierebbe di offendere la dignità dell'imputato, compromettendo le prospettive di affermazione professionale, provocando danni personali e familiari, talvolta irrecuperabili, in quanto perduranti nel tempo."*<sup>17</sup>. Come suol dirsi, già il procedimento è pena.

Miglior partito sarebbe stato l'abrogazione della fattispecie incriminatrice. In mancanza di ciò, tuttavia, l'intervento, diretto a meglio delineare il volto della condotta tipica, va apprezzato, in quanto coerente con il volto costituzionale dell'illecito penale e, in specie, con i principi della necessaria offesa al bene giuridico, di tassatività e determinatezza della fattispecie.

## 7. Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. La "cattiva" novella dell'art. 21 D.L. n. 76/2020. Aspetti generali ed obiettivi perseguiti.

L'art. 21 per le condotte commissive elimina, in tema di responsabilità amministrativa, il requisito della colpa grave<sup>18</sup>, residuando solamente l'elemento del dolo, per il quale è richiesta la prova della dimostrazione della volontà dell'evento dannoso<sup>19</sup>. Il che significa – essendo prevalenti le pronunce di condanna per colpa grave, come

<sup>14</sup> Il dibattito è riportato, tra l'altro, in A. R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2018.

<sup>15</sup> Un operatore pratico – in A. R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., p.113-114 - ha evidenziato: *"durante i miei dodici anni di attività, in funzione di giudice di primo grado, presso una sezione del Tribunale di Napoli specializzata in delitti contro la Pubblica Amministrazione, tutti i processi per abuso d'ufficio che si sono svolti innanzi a tale sezione si sono conclusi con assoluzioni, ad eccezione di uno soltanto. Una sola condanna in dodici anni è un dato eloquente."*

<sup>16</sup> A. R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., p.110.

<sup>17</sup> A. R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., p.108.

<sup>18</sup> *"con il risultato, invero alquanto paradossale, di mandare esente da mende i funzionari e gli amministratori pubblici che agiscono con grave superficialità ed in maniera platealmente maldestra, sanzionando nel contempo quanti siano rimasti semplicemente inoperosi."* Per tale rilievo: D. Irollo, *Responsabilità erariale sempre più "light"*, cit.

<sup>19</sup> Si rileva in dottrina che *"In esito alla novella in esame, in definitiva, viene codificato l'indirizzo minoritario per cui il dolo c.d. "erariale" da oggi deve intendersi sostanziato dalla volontà dell'evento dannoso, che si accompagna alla volontarietà della condotta antidoverosa. Di talché per accreditare la sussistenza del*



confermato da una superficiale lettura della casistica giurisprudenziale in materia – introdurre una sostanziale irresponsabilità erariale degli operatori pubblici. Ciò a maggior ragione, vista la connotazione novellistica del dolo quale dolo intenzionale.

L'obiettivo dichiarato è quello di disinibire la burocrazia nella gestione delle risorse pubbliche a fronte della incapacità – acclarata nel tempo – di utilizzare le risorse dell'Unione Europea; incapacità tanto più grave nell'attuale momento storico.

Il messaggio del legislatore è chiaro: occorre essere disinibiti nella gestione delle risorse pubbliche, occorre agire, spendere. All'uopo si offre uno scudo rispetto alla responsabilità amministrativa per chi agisce, mentre – a mo' di stimolo all'azione - chi è inerte risponde nel modo ordinario.

La disciplina descritta circa la sterilizzazione della colpa grave nelle condotte commissive è dichiaratamente transitoria (fino al 31 dicembre 2021). Tuttavia, tenuto conto della *occasio legis*, è possibile – atteso che il *Recovery Fund* è solo agli inizi – che il termine del 31 dicembre 2021 venga differito, per poi magari stabilizzare, a regime, la novella. Orienta verso tale previsione, tra l'altro, la circostanza che in occasione della conversione del D.L. n. 76/2020 tutte le forze politiche presenti in Parlamento abbiano approvato l'art. 21 citato<sup>20</sup>.

## 8. Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. Aspetti critici della disciplina contenuta nell'art. 21 D.L. n. 76/2020.

La disciplina contenuta nella disposizione di cui all'art. 21 D.L. n.76/2020 presenta vari aspetti di criticità.

### a) Sotto l'aspetto di politica del diritto.

Se l'obiettivo perseguito dal legislatore – spesa pubblica efficiente - è meritorio, tuttavia lo strumento della sostanziale irresponsabilità erariale non costituisce uno strumento funzionale al detto obiettivo.

Anzi, di fronte all'esigenza della corretta gestione delle risorse pubbliche, potrebbe ben prevedersi un rafforzamento della responsabilità in capo agli operatori pubblici, richiedendo il requisito del dolo e della colpa, anche lieve. All'uopo occorre esigere dalla dirigenza pubblica italiana, chiamata a gestire la spesa per la ripartenza del Paese in epoca pandemica, il massimo sforzo. Laddove si ritenga che le forze della dirigenza pubblica siano insufficienti occorre esternalizzare, attingendo dal mercato le risorse umane funzionali alla bisogna. La sostanziale irresponsabilità erariale può condurre a danni maggiori rispetto a quelli che si cerca di evitare<sup>21</sup>.

---

*“dolo erariale”* d'ora in avanti non basterà più dare prova della consapevole violazione degli obblighi di servizio ma servirà dimostrare la volontà di produrre l'evento dannoso. Il dolo si potrà concretare pertanto ove si cumolino, con la conoscenza della causa del danno, dati della realtà che comprovino il ricorrere di ulteriori consapevolezze circa l'effettività e lo specifico contenuto del danno medesimo. In altri termini, il dolo “erariale” deve essere adesso inteso come stato soggettivo caratterizzato dalla consapevolezza e volontà dell'azione o omissione *contra legem*, con specifico riguardo alla violazione delle norme giuridiche che regolano e disciplinano l'esercizio delle funzioni amministrative ed alle sue conseguenze dannose per le finanze pubbliche.”: così D. Irollo, *Responsabilità erariale sempre più “light”*, cit.

<sup>20</sup> L'art. 21 ha avuto un antecedente prossimo nella disposizione di cui al comma 3 dell'art. 5 *quater* D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. L. 24 aprile 2020, n. 27 secondo cui “In relazione ai contratti relativi all'acquisto dei dispositivi di cui al comma 1, nonché per ogni altro atto negoziale conseguente alla urgente necessità di far fronte all'emergenza di cui allo stesso comma 1, posto in essere dal Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri e dai soggetti attuatori, non si applica l'articolo 29 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 22 novembre 2010, recante “Disciplina dell'autonomia finanziaria e contabile della Presidenza del Consiglio dei ministri”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 286 del 7 dicembre 2010, e tali atti sono altresì sottratti al controllo della Corte dei conti. Per gli stessi atti la responsabilità contabile e amministrativa è comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione. Gli atti di cui al presente comma sono immediatamente e definitivamente efficaci, esecutivi ed esecutori, non appena posti in essere.”. Con questa disposizione non solo si è prevista una sostanziale immunità dalla giurisdizione contabile, ma sono stati anche eliminati i controlli della Corte dei Conti.

<sup>21</sup> E. Amante, *La “nuova” responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, in *Urbanistica e appalti* 1/2021, p.63 rileva: “Il legislatore ripropone, per tale via, l'assunto secondo cui dalla limitazione di responsabilità conseguirebbe vantaggio per l'efficacia dell'azione amministrativa: convincimento, quest'ultimo, diffuso e radicato (anche a livello dottrinario e di giurisprudenza costituzionale), quanto indimostrato; anzi, l'esperienza insegna che le conclamate inefficienze della pubblica amministrazione dipendono non solo da altri fattori strutturali (tra i quali, in primis, il caos normativo), ma soprattutto aumentano laddove minore è la responsabilità degli agenti (si pensi all'ingiustificata durata dei processi, fonte di continue condanne dello Stato ex lege n. 89 del 2001, prive in ultima analisi di responsabilità)”. Anche A. Canale, *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, in *Diritto & Conti* 30 Marzo 2021, rileva che “la premessa da cui si è mosso il Legislatore è che il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa indurrebbe i dirigenti alla c.d. burocrazia difensiva, alla quale si deve la colpa dei ritardi nella realizzazione di piani, progetti, opere. Tuttavia la





È sotto gli occhi di tutti la circostanza che in questo primo anno di gestione della pandemia sono state fatte spese – coinvolgenti relevantissime risorse pubbliche in un'epoca già segnata da grave deficit di bilancio – che presentano vari aspetti di criticità ed aporie.

b) Sotto l'aspetto dell'orientamento dei comportamenti.

Il diritto morirà – osservò un giurista – quando il mondo sarà composto solo da buoni, che del diritto non hanno bisogno, o solo da cattivi, che del diritto non hanno paura. Essendo il mondo composto da varia tipologia di persone, il diritto ha una essenziale funzione di orientamento dei comportamenti con la fissazione di regole e conseguenze (spiacevoli) nel caso di inosservanza.

Eliminare il requisito della colpa nella responsabilità amministrativa indebolisce la funzione del diritto. Secondo la *communis opinio*, nella colpa vi è un rimprovero all'agente per non avere osservato regole precauzionali<sup>22</sup> cagionando un danno. Regole che, se osservate, avrebbero consentito di prevedere e, quindi, di evitare il danno.

Nel momento in cui si rinuncia al requisito della colpa, l'ordinamento rinuncia a pretendere dal dipendente il rispetto delle regole precauzionali. Il che è una grande incoerenza sistematica. Il rispetto di tali regole è coesistente alla qualità della prestazione resa dal dipendente.

Il rispetto delle direttive, delle *leges artis* – indirizzanti l'attività del prestatore di attività lavorativa affinché questa conduca ad un risultato utile e non fonte di danni per la controparte - è un elemento costitutivo nei contratti di lavoro, sia subordinato (art. 2094 c.c.) che autonomo (art. 2222 c.c.) anche *sub specie* professionale (art. 2236 c.c.). Finanche nei casi in cui la prestazione lavorativa è gratuita è prevista la responsabilità per colpa, tutt'al più la stessa è valutata con minor rigore (*arg. ex artt.* 1710 comma 1, 1768 comma 2, 2030, comma 2 c.c.)

Quale datore di lavoro ragionevole pagherebbe mai un dipendente rinunciando *a priori* a certe qualità della prestazione?

c) Sotto l'aspetto della coerenza complessiva del sistema della responsabilità del dipendente pubblico.

L'art. 21 vale unicamente per la responsabilità erariale. Restano immutate le altre fattispecie di responsabilità del dipendente: penale (salva la novella dell'art. 323 c.p.), civile, amministrativa, contabile, disciplinare, manageriale.

Per i principi, vi può essere un concorso di fattispecie, ossia uno stesso comportamento può integrare più ipotesi di responsabilità<sup>23</sup>. La redazione e gestione di una linea di interventi in violazione colposa di direttive *ad hoc* con sperpero di danaro pubblico può, in ipotesi, integrare responsabilità erariale e responsabilità disciplinare.

In questa evenienza, un dirigente, pur non rispondendo verso l'ente di appartenenza per il danno arrecato, sarebbe passibile di sanzione disciplinare ed esposto alla responsabilità manageriale. Il che è incoerente. Tale incoerenza non è altro che un corollario dell'intervento settoriale del legislatore, che non ha tenuto conto dell'architettura del sistema.

d) Sotto l'aspetto della coerente integrazione degli ordinamenti, unionistico e nazionale.

---

*“premesse”, opportunamente rilanciata dagli organi di informazione, tanto da assurgere a verità assoluta (nel senso che si dà oramai per scontato che l'azione amministrativa sia bloccata per la paura del processo contabile e della Corte dei conti), non è dimostrata, non è stata oggetto di alcun serio approfondimento, non è stata supportata da alcuna analisi, né da alcun dato, né sono stati forniti esempi, anche ricavabili ex post da un'analisi delle migliaia di sentenze pronunciate dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, tutte accessibili nella banca dati della stessa Corte dei conti. In verità, illustri studiosi hanno evidenziato che la “paralisi del fare”, che esiste e certamente va contrastata, è tuttavia ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, alla esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla impreparazione della dirigenza o almeno di parte di essa, ad una serie di concause che potremmo cumulativamente qualificare come “cattiva amministrazione”. (Io aggiungo anche la riduzione dei controlli preventivi; e con riferimento ai cantieri bloccati anche le lacune progettuali e le criticità delle analisi di fattibilità).”*

<sup>22</sup> Di fonte sociale (regole di diligenza, di prudenza, di perizia: colpa generica) o di fonte normativa (legge, regolamenti, ordini, discipline: colpa specifica). Tanto argomentandosi dall'art. 43 c.p. per il quale la fattispecie presenta l'elemento psicologico della colpa “quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”.

<sup>23</sup> Circostanza confermata dall'art. 2, comma 9, L. n.241/1990 secondo cui: “La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.”.



E' stato rilevato che strutturalmente il nostro Paese non sfrutta adeguatamente le risorse dell'U.E. e che l'*occasio legis* della novella dell'art. 21 è stata la predisposizione di misure per spendere adeguatamente le risorse rese disponibili con il *Recovery Fund* ammontanti, all'attualità, a circa 209 miliardi di euro.

Nel procedimento di spesa per il *Recovery Fund* intervengono organi delle istituzioni dell'Unione Europea ed organi delle istituzioni della Repubblica Italiana.

Per quanto detto innanzi, gli organi delle istituzioni della Repubblica Italiana beneficiano di una sostanziale irresponsabilità amministrativa (in gergo: scudo contabile), laddove gli organi delle istituzioni dell'Unione Europea, in assenza di "scudi", sottostanno alle ordinarie regole sulla responsabilità amministrativa giusta l'art. 340, comma 4, T.F.U.E. secondo cui *"La responsabilità personale degli agenti nei confronti dell'Unione è regolata dalle disposizioni che stabiliscono il loro statuto o il regime loro applicabile."* in uno all'art. 22 dello Statuto dei funzionari dell'Unione europea secondo cui *"Il funzionario può essere tenuto a risarcire, in tutto o in parte, il danno subito dall'Unione per colpa personale grave da lui commessa nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni. La decisione motivata è presa dall'autorità che ha il potere di nomina, secondo la procedura prescritta in materia disciplinare. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha competenza anche di merito per decidere delle controversie cui possa dar luogo la presente disposizione."*

Orbene, nel medesimo procedimento di spesa si assiste – a fronte dei danni conseguenza della colpa personale grave nella gestione di risorse pubbliche – alla responsabilità erariale ove nella filiera intervenga un funzionario dell'U.E.<sup>24</sup> e all'immunità erariale ove nella filiera intervenga un funzionario della Repubblica Italiana. Ed anche questo non è coerente, oltre che ingiusto.

e) Sotto l'aspetto della configurazione dell'elemento del dolo.

La volontà dei *conditores* – nello statuire che *"La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso."* – è esplicita: non solo si richiede il dolo, ma questo deve essere intenzionale<sup>25</sup>.

Applicato alla responsabilità erariale, il dolo intenzionale implica che l'agente debba avere la specifica volontà di cagionare il danno erariale. Tale ipotesi è irrealistica, come confermato dalle (scarse) fattispecie di acclaramento giurisdizionale di responsabilità erariale, le quali si caratterizzano per la sussistenza del dolo diretto o del dolo eventuale<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Particolare attenzione, a livello unionistico, è data al profilo del recupero dei fondi indebitamente versati. A tal fine, il Regolamento n. 241 del 2021 all'art. 8 fa espresso rinvio alla normativa generale del Regolamento finanziario, che prevede la responsabilità degli agenti finanziari, che sono tenuti *"a risarcire il danno alle condizioni dello statuto"* (art. 92 Reg. finanziario UE); il riferimento è al citato art.22 dello Statuto dei funzionari UE. A. Canale, *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, cit., osserva: *"Il rinvio all'art. 22 dello Statuto dei funzionari U.E. , che espressamente richiama la colpa grave per il risarcimento del danno è poi di particolare rilievo, in quanto, oltre all'azione recuperatoria, pare prevedere anche la risarcibilità dei danni arrecati con colpa grave: è ovvio, con riferimento agli interventi finanziati con fondi europei del Recovery Fund. E dunque, l'Europa, in estrema sintesi, ci fornisce i mezzi finanziari per la ripresa, ma esige, giustamente, una sana gestione finanziaria ed efficaci azioni di contrasto, non solo di carattere penale ma anche recuperatorie, nei casi di impiego illecito dei fondi del Recovery Fund, nonché risarcitorie nei termini di cui all'art. 22 dello Statuto funzionari UE, che entra nel quadro normativo che regola l'attuazione del Recovery Fund per effetto del già menzionato art. 8 del Reg. 241. Queste ultime azioni, quella recuperatoria e quella risarcitoria, chiamano in causa innegabilmente la "giustizia contabile", che deve poter contare, con specifico riferimento alle misure da attuare con il Recovery Fund, su tutti gli strumenti giuridici necessari per adempiere agli obblighi posti dal Regolamento a carico dello Stato italiano."*

<sup>25</sup> Diversamente, si ritiene che *"Un'esegesi che intendesse la prova della "volontà dell'evento dannoso" come dimostrazione del dolo intenzionale o diretto, privando di terreno il dolo eventuale, snaturerebbe il sistema della responsabilità amministrativo-contabile"*, così: A. Giordano, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, cit., p.18.

<sup>26</sup> Si è osservato che *"nella realtà del concreto operare, la stragrande fattispecie delle condotte antigiuridiche, lesive dell'erario non sono animate da una precisa e specifica volontà di cagionare il "danno conseguenza". Sono piuttosto finalizzate, infatti, ad ottenere illeciti tornaconti e/o vantaggi, quali ad esempio: la tangente, l'acquisizione di crediti personali e/o favori elettorali mediante la distribuzione di consulenze illecite, la mancata riscossione di canoni locatizi e così via. Se certamente la condotta antigiuridica può essere animata dalla consapevolezza e conseguente volontà di violare le norme ed i propri doveri di servizio pur di ottenere quei vantaggi, l'ulteriore conseguenza concretizzantesi nel concreto danno erariale rimane, per la verità, sotto lo specifico profilo psicologico, sullo sfondo o meglio, senza dubbio viene prefigurata ed "accettata", ma non direttamente "voluta":* così M. Atelli, F. Capalbo, P. Grasso, U. Montella, D. Perrotta, R. Schülmers Von Pernwerth, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2020, 6, p.31.



Difatti, ad esempio, nella ipotesi di danno erariale per assunzione di collaboratori in violazione dell'art. 7, comma 6, D.L.vo n. 165/2001, l'agente può avere la scienza di cagionare un danno per una spesa inutile, ma è poco plausibile che vi sia una specifica volontà in tal senso.

Analogamente, nella ipotesi di danno erariale per ricezione di una tangente, il funzionario corrotto ha sicuramente la volontà di arricchirsi illecitamente, ma è poco plausibile che vi sia una specifica volontà di arrecare il danno erariale. Ancora, nella ipotesi di danno erariale per erogazione da parte del dirigente di premi non dovuti a dipendenti, l'agente ha semmai la volontà di "coccolare" i dipendenti. Anche in questa ipotesi al massimo si può avere la scienza di cagionare un danno per una spesa indebita.

All'evidenza, richiedere la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso implica dissolvere la responsabilità erariale, trattandosi di ipotesi – secondo *l'id quod plerumque accidit* – irrealistica. Solo un dipendente folle potrebbe porre in essere condotte pregiudizievoli per l'ente per cui lavora con la specifica volontà di arrecare danno al detto ente: potrebbe trattarsi di chi vuole, magari per ragioni filosofiche o politiche, deliberatamente affondare i bilanci pubblici; oppure di un dipendente risentito e vendicativo. Ma sono, appunto, ipotesi estreme ed irrealistiche.

f) Sotto l'aspetto del mutamento dei connotati delle Istituzioni coinvolte nella vicenda.

Come innanzi evidenziato, la novella di cui all'art. 21 introduce una sostanziale irresponsabilità erariale degli operatori pubblici determinando, per l'effetto, una metamorfosi occulta della natura e dei compiti della Corte dei Conti. Con la detta novella si svuota dall'interno la funzione giurisdizionale della Corte dei Conti in tema di responsabilità erariale, con *vulnus* della "giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica" ex art. 103, comma 2, Cost.

La Corte dei Conti, come il Consiglio di Stato, è un ente ausiliario che svolge due essenziali funzioni costituzionalmente previste: quella di controllo (art. 100, comma 2, Cost.) e quella giurisdizionale (art. 103, comma 2, Cost.).

Con la novella di cui all'art. 21 l'attribuzione principale – il giudizio di responsabilità – nell'ambito della funzione giurisdizionale della Corte dei Conti viene depotenziata. Ciò conduce, per l'effetto, a connotare il giudice contabile quale istituzione fondamentalmente di controllo. La Corte dei Conti, quindi, cambia pelle.

È sicuramente possibile una modifica delle attribuzioni delle istituzioni, anche costituzionalmente rilevanti, ma l'importante è che tali modifiche siano consapevoli, chiare e coerenti con l'intero ordinamento giuridico.

## **9. Limitazione delle responsabilità gestorie. Segue. Rimedi alle criticità della disciplina contenuta nell'art. 21 D.L. n. 76/2020.**

Arrivati a questo punto – come Lenin – occorre porsi la domanda "Che fare?". Fuor di metafora, occorre chiedersi quali rimedi attivare – nell'evenienza che non si segua la via maestra della abrogazione - a fronte delle delineate aporie. Possono individuarsi, a tal fine, almeno tre linee di condotta.

a) Questione di costituzionalità.

La disciplina contenuta nella disposizione di cui all'art. 21 D.L. n. 76/2020, per le ragioni innanzi esposte, appare violativa quantomeno

- del principio di ragionevolezza e quindi dell'art.3, comma 2, Cost.;
- del principio del buon andamento della P.A. e quindi dell'art.97, comma 2, Cost.;
- delle attribuzioni giurisdizionali della Corte dei Conti e quindi dell'art.103, comma 2, Cost.

Al fine della espunzione dal sistema andrebbe rimessa all'esame della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 per il contrasto con le sopra evidenziate norme costituzionali.

b) Disapplicazione.

Al termine di un lungo e peculiare percorso, l'assestato quadro dottrinale e giurisprudenziale (in specie: Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte Costituzionale) è nel senso del primato dell'ordinamento dell'U.E. - tanto per il diritto primario, quanto per quello derivato - rispetto a quello nazionale, con la precisazione che il detto primato trova un limite nel necessario rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei



diritti inalienabili della persona umana<sup>27</sup>. Per il consolidato quadro in materia, nel contrasto tra la normativa interna e quella dell'Unione Europea prevale la normativa dell'U.E. e la fonte interna si disapplica. Ciò, beninteso, nelle materie nelle quali vi è la competenza dell'U.E.

Fonte del diritto dell'U.E., tra l'altro, sono i principi generali del diritto dell'Unione Europea. Tali principi sono desumibili – oltre che dalla CEDU<sup>28</sup> - dai giudizi interpretativi dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ove sono stati individuati principi del diritto dell'Unione costituenti parametri di legittimità della condotta delle Istituzioni dell'U.E. Un principio generale del diritto può essere ricavato da varie fonti: dalle fonti scritte primarie e derivate dell'U.E.; dalla presenza in vari ordinamenti nazionali; dalla giurisprudenza della Corte EDU; dai principi generali del diritto internazionale.

Tra tali principi ricordiamo il principio di proporzionalità. Questo principio - alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi sulle misure adottate dalla P.A. ma valevole *mutatis mutandis* anche per le fonti primarie - richiede che una data misura deve connotarsi per: a) idoneità: lo strumento può dirsi idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato quando attraverso di esso si favorisce il conseguimento del risultato desiderato; b) necessarietà: nella situazione data non è disponibile nessun altro mezzo egualmente efficace e che contemporaneamente incida meno negativamente nella sfera giuridica del privato.

Qualsivoglia operatore chiamato ad applicare una disposizione, ove rilevi un contrasto di questa con una normativa dell'U.E., è tenuto a disapplicarla.

Nel caso di specie l'art. 21, in quanto contrastante - per tutto quanto innanzi esposto - con il principio di proporzionalità, può essere disapplicato, con riespansione dell'ambito di efficacia, *in parte qua*, del preesistente art. 1 L.14 gennaio 1994, n. 20.

#### c) Interpretazione sistematica del requisito del dolo, peraltro orientata costituzionalmente.

La volontà dei *conditores* e la lettera della legge – “*La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.*” – condurrebbero alla configurazione del dolo, nella fattispecie della responsabilità erariale, come dolo intenzionale.

Tuttavia nel nostro ordinamento giuridico la prova del dolo richiede la prova sia della rappresentazione (scienza, conoscenza) che della volontà degli elementi costitutivi della fattispecie (condotta, evento dannoso, nesso di causalità). Deve, quindi, concludersi che il legislatore *minus dixit quam voluit*: ciò sia con riguardo ai due elementi soggettivi (oltre alla volontà, necessita altresì la rappresentazione), sia con riguardo all'oggetto del dolo (oltre all'evento, vengono in rilievo anche la condotta ed il nesso di causalità).

Se l'intenzione del legislatore era quella di restringere l'area del dolo, tale intenzione è stata malamente espressa. E una volta creata la norma, questa si distacca dal creatore, si immette nel sistema e ne va individuato il contenuto alla stregua dei parametri di cui all'art. 12 preleggi e, quindi, anche alla luce dell'interpretazione sistematica, peraltro orientata costituzionalmente.

Corollario di quanto detto è che il dolo, nella fattispecie della responsabilità erariale, non può che essere sia quello intenzionale, sia quello diretto, sia quello eventuale.

## 10. Conclusioni.

E' compito dell'interprete evidenziare le distorsioni del sistema, potenzialmente causative di “cattiva” spesa pubblica, individuando anche i possibili correttivi.

Arrivati a questo punto le conclusioni, nel contesto dato, sono intuitive:

a) occorre predisporre progetti produttivi di buona spesa, che non si risolvano nel buttare danaro nel fuoco ma che conducano a qualcosa che resti, ossia opere infrastrutturali;

---

<sup>27</sup> Sul rapporto tra l'ordinamento dell'unione Europea e quello italiano: U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, IV edizione, 2016, pp. 417 e ss.; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, X edizione, 2015, pp. 377 e ss.

<sup>28</sup> Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950. Tanto alla stregua dell'art.6, comma 3, T.U.E. secondo cui “*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.*”.



# Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA

  
Pacini  
Giuridica

- b) è necessario un procedimento unico con procedure semplificate regolate direttamente dalle tre direttive dell'U.E. in materia di contratti pubblici (nn. 23, 24 e 25 del 2014), con abrogazione del D.L.vo n. 50/2016;
- c) occorre utilizzare adeguate risorse umane, ricorrendo anche a risorse esterne;
- d) occorre abrogare l'art. 323 c.p. ed altresì l'art. 21 D.L. n.76/2020, dovendo gli operatori rispondere – a titolo di responsabilità amministrativa - quantomeno per dolo o colpa grave.