

LA NUOVA AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO TRA “DEBUROCRATIZZAZIONE”, DERESPONSABILIZZAZIONE E FIDUCIA

Alessandra Cutolo *

Abstract: il contributo ripercorre l'evoluzione dell' "amministrazione di risultato" come auspicabile assetto organizzativo dell'amministrazione pubblica e strumento di contrasto dell' "amministrazione difensiva". Vengono esaminati alcuni dei più recenti interventi in materia, partendo dall'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, fino ad arrivare agli artt. 1 e 2 del d.lgs. 36/2023. Infine, a partire proprio dal nuovo codice dei contratti pubblici, il contributo affronta il delicato tema della fiducia in combinato disposto con lo una nuova forma di deresponsabilizzazione con effetto semplificativo di cui all'art. 2 co. 3 che sembra essenzialmente mirare alla tutela dei funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare ulteriormente la c.d. "paura della firma".

Abstract: the contribution traces the evolution of "result-based administration" as a desirable organizational structure of public administration and a tool to combat "defensive administration". Some of the most recent interventions on the subject are examined, starting from art. 21 of the legislative decree 16 July 2020, n. 76, up to the articles. 1 and 2 of Legislative Decree 36/2023. Finally, starting from the public contracts code, the contribution addresses the delicate issue of trust in conjunction with a new form of deresponsibility with a simplifying effect referred to in art. 2 co. 3 which seems to essentially aim at protecting public officials, delimiting their serious misconduct, in order to further combat the so-called "fear of signing".

SOMMARIO: 1. La valorizzazione del risultato; 2. Una via d'uscita dalla paura di amministrare; 3. La "deburopatizzazione" nell'era Covid; 4. Il principio della fiducia e la centralità della motivazione; 5. Il concetto aleatorio di prevalenza e la fiducia come strumento di responsabilizzazione: osservazioni conclusive.

1. La valorizzazione del risultato.

Dal 1990 al 2009 il nostro ordinamento amministrativo ha conosciuto una lunga e quasi inesauribile stagione di riforme¹, la quale, sul piano squisitamente organizzativo, è stata

¹ * Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo dell'Università Federico II di Napoli - Research Collaborator dell'IMT di Lucca.

La concezione di amministrazione di risultato entra a far parte del nostro ordinamento a partire dagli anni '90 grazie alla nuova formulazione dell'art. 14, legge n. 241/1990 (così come sostituito dall'art. 9, l. n. 340 del 2000). L'art. 14, introduce il modulo procedimentale della Conferenza dei servizi che, oltre ad essere uno strumento di semplificazione amministrativa, è senza dubbio anche uno strumento volto alla massimizzazione del risultato nel minor tempo possibile.

prevalentemente indirizzata, prima alla promozione e poi all'imposizione dell'efficienza intesa quale produttività. In questo tempo si è sviluppata la teoria della c.d. amministrazione di risultato² che tanto ha affascinato la dottrina giuridica e che si pone come presupposto assiologico di numerosi discorsi odierni sull'amministrazione pubblica. In verità, l'idea di un'amministrazione di risultato manageriale, nel senso più moderno del termine³, si afferma per la prima volta già verso la fine degli anni 80 in Inghilterra⁴ e, dopo un lungo periodo di gestazione, si diffonde anche in Italia come nuovo ed auspicabile assetto manageriale/organizzativo dell'amministrazione pubblica, sostanzialmente nel tentativo di emulare l'efficienza e la rapidità del settore privato che da sempre, almeno idealisticamente, si contrappone alla farraginosità burocratica del settore pubblico. L'espressione "amministrazione di risultato" si riferisce infatti a un approccio alla gestione della cosa pubblica che si concentra sulla misurazione e il raggiungimento dei risultati desiderati. Questo concetto è spesso associato alla gestione per obiettivi, in cui le prestazioni delle persone e delle organizzazioni sono valutate in base ai risultati ottenuti rispetto agli obiettivi stabiliti in precedenza⁵. Principio caratterizzante questo modello è il principio del buon

2 Sul punto si vedano in particolare L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in Scritti in onore di Elio Casetta, vol.II, Napoli, 2001; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 79 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in Annuario AIPDA, 2002, 127 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003; ID., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Diritto e società*, 2000, 101 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 15ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 36ss.; A. POLICE, (a cura di), *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 101 ss.; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 131.

3 Le prime ricostruzioni dottrinali si possono far risalire alla fine degli anni '30 del secolo scorso, ma il risultato veniva concepito in modo molto diverso, ovvero solo come scopo giuridico dell'atto amministrativo. Sul tema si veda in particolare M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; Id., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939. Di pari passo anche la giurisprudenza amministrativa del tempo che ha in più occasioni sindacato la legittimità di provvedimenti amministrativi in quanto giudicati inadeguati a raggiungere il risultato voluto dalla normativa (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 28 aprile 1937, n. 182; 26 luglio 1938, n. 424; sez. V, 25 novembre 1936, n. 1027; 1° febbraio 1935, n. 66). Tuttavia, una vera e propria elaborazione del concetto di «amministrazione di risultato» si avrà solo più tardi, affermandosi definitivamente con l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 il cui articolo 1 ha individuato nell'efficienza uno dei criteri guida dell'azione amministrativa.

4 L'idea di un'amministrazione di risultato si sviluppa con la denominazione di New Public Management (NPM) per la prima volta nel 1980 nel Regno Unito e nell'Australia centrale, come reazione al cambiamento keynesiano, che aveva mostrato i suoi limiti nel rispondere alla crisi fiscale e alla stagflazione. Sul tema si veda C. HOOD, *A Public Management for all Seasons?*, Public Administration, 1991, 3-19 nonché D.BLACK, *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958.

5 F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino 2008, 191 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino 2004, 163-164; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?* in *Dir. e soc.*, 2000, 101.

andamento che è chiamato ad orientare ed indirizzare sempre la pubblica amministrazione verso procedimenti celeri e chiari. Con la previsione costituzionale⁶ del buon andamento si integra il tradizionale criterio della funzione amministrativa, come discrezionalità imparziale, con quello della discrezionalità efficiente. La legalità resta il parametro dell'azione ma l'efficienza viene funzionalmente collegata al risultato. La *ratio* è quella di migliorare l'efficacia e l'efficienza delle amministrazioni concentrando l'attenzione sugli obiettivi e sulle metriche di performance⁷. Allo stesso tempo questo approccio si propone di promuovere la responsabilità, la trasparenza e la valutazione basata sui risultati, piuttosto che sull'esecuzione di processi o sull'adempimento di procedure burocratiche.

In quest'ottica assume una sempre maggiore centralità la definizione degli obiettivi desiderati, per poi misurare i risultati ottenuti e adottare azioni correttive o strategie di miglioramento in base ai dati raccolti. L'amministrazione di risultato richiede la definizione di obiettivi chiari, l'identificazione di indicatori di performance rilevanti e la misurazione sistematica dei risultati⁸. Questo approccio favorisce l'ottimizzazione delle risorse e un miglioramento complessivo delle prestazioni dell'organizzazione della cosa pubblica. È importante sottolineare che l'idea di un'amministrazione di risultato non si limita però alla semplice valutazione dei risultati finali, ma comprende anche l'analisi dei processi e delle azioni che portano a tali risultati. In questo modo, è possibile identificare aree di miglioramento e adottare misure correttive durante il percorso, al fine di raggiungere i risultati desiderati in modo efficace ed efficiente.

La decisione amministrativa viene osservata prevalentemente sotto un aspetto funzionale. Il provvedimento finale viene inteso quale espressione più tangibile del potere amministrativo ed i suoi effetti sono analizzati *ex post* al fine di valutare il loro impatto e approntare eventuali specifici correttivi⁹. L'attività provvedimentale assume così un ruolo meramente strumentale, divenendo quasi un parametro per la valutazione dell'efficienza dell'amministrazione¹⁰ e spostando così l'attenzione dall'amministrazione "della legittimità" all'amministrazione "dell'efficienza". L'idea di fondo del modello dell'amministrazione di risultato punta infatti principalmente su un recupero di efficienza ad opera del Dirigente pubblico che, quale *Manager* dell'amministrazione, si comporta al pari dei suoi omologhi del settore privato. Questi soggetti, investiti di compiti e poteri sempre più significativi, vengono immaginati come i promotori dell'efficienza amministrativa in grado di attuare quella semplificazione dei processi sempre auspicata e mai raggiunta. Il Dirigente viene chiamato a ricoprire la figura del datore di lavoro pubblico per sostituire l'applicazione impersonale e

6 Art. 97, co. 2, Cost. "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

7 M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 47 ss.; A. POLICE, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, 49 ss.

8 M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, 220.

9 Sul tema si veda A. PETRETTO, *L'analisi economica del procedimento amministrativo*, in *GiustAmm*, 10/2015, 1-14.

10 L. MERCATI, voce *Efficienza della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2144; M. AGNOLI, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, in *Amm.it.*, 1982, 523; E. GIUDICI, *Efficienza ed efficacia*, in L. CASELLI (a cura di), *Le parole dell'impresa*, vol. II, Milano, 1995, 620.

formalistica del principio di legalità con una più flessibile gestione manageriale delle risorse umane e finanziarie attribuite alle strutture amministrative¹¹.

All'inizio degli anni 2000 però, complice un riformismo più formale che sostanziale¹², la dirigenza esistente si è rivelata inadatta a soddisfare le aspettative originariamente riposte e il legislatore, come spesso accade, è più volte intervenuto con il fine di imporre ai manager pubblici quel modello privato che tanto si auspicava ma che gli stessi faticavano ad emulare. In particolare, con la riforma del 2009¹³, il legislatore prova ad imporre un codice comportamentale ai Manager pubblici, esplicando attraverso una legge i compiti loro affidati. L'intervento si pone però in aperta contraddizione con l'idea di una "aziendalizzazione" sulla falsariga del sistema privato dove, invece, una delle caratteristiche essenziali è la flessibilità e l'autonomia del *management*.

L'investimento pubblico sulla dirigenza avrebbe dovuto, allo stesso modo, portare con sé un significativo carico di nuove responsabilità nei confronti di questa rinnovata figura dirigenziale che si faceva mente e braccio operativo di un'amministrazione più snella ed efficiente. Oltre alle consuete responsabilità pubbliche, la nuova dirigenza infatti viene gravata anche di una responsabilità propriamente dirigenziale che nell'idea dei riformatori doveva essere una "responsabilità di risultato"¹⁴, una forma di *accountability* dei dirigenti rispetto agli obiettivi prefissati¹⁵. Al contrario però, il fallimento di questa nuova responsabilità e il proliferare dei meccanismi burocratici ha fatto sì che nel tempo la c.d. amministrazione di risultato ha finito per tradursi nel suo opposto: la burocrazia difensiva¹⁶.

11 A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 131 ss.

12 Sul tema si sono succeduti diversi interventi normativi che, in maniera diretta o indiretta, hanno fatto riferimento al principio del risultato. Si pensi all'art. 4 del d.lgs. 165/2001 che impone agli organi di governo - nella definizione delle funzioni di indirizzo politico amministrativo - una verifica sulla «rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti»; si pensi ancora alla responsabilità dirigenziale disciplinata dall'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 che prevede che il mancato raggiungimento degli obiettivi previsti dal sistema di valutazione di cui al d.lgs. n. 150/2009 «in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni» comporta «l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale». L'orientamento al risultato quale criterio dell'organizzazione amministrativa codificato in sede normativa si intravede anche in altri ambiti settoriali come il trasporto pubblico locale (cfr. art. 25 d.l. n. 185/2008), le fonti rinnovabili (cfr. art. 1 d.l. n. 112/2008) e quello sanitario (art. 79 d.l. n. 112/2008).

13 AA.VV in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009; U. CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 101/2010, in *lex.unict.it*; *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Ris. Um.*, 2009, 29.

14 L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000. Recentemente, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato e d enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 nonché G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir econ.*, 2017, 625 ss.; S. BATTINI e F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.; B. TONETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 77 ss.

15 L. GIANI, *Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo dell'accountability dell'amministrazione*. Spunti a margine del volume di C. CELONE, in *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Atti del convegno internazionale, Palermo 6-7 giugno 2019, (a cura di) M. IMMORDINO e C. CELONE, 238 ss.

16 G. BOTTINO, *La "burocrazia difensiva" e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2020. M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giorn. Dir. amm.* 2020, 729.

2. Una via d'uscita dalla paura di amministrare.

In questi anni l'auspicio di un *Public management* efficiente e pragmatico non si è mai perso, per cui quella verso un'amministrazione di risultato è una transizione che non può certamente dirsi conclusa. Allo stesso tempo, è indubbio che l'amministrazione oggi sia ancora nel pieno della stagione della burocrazia difensiva generata da una difficoltà del sistema a far fronte al carico di responsabilità di cui viene investita¹⁷. La burocrazia difensiva si sviluppa quindi come il risultato di un riformismo tentato che si combina ad una regolazione complessa, una cultura organizzativa che punisce gli errori e una mancanza di fiducia tra i membri dell'organizzazione. La strategia diviene quindi quella del "minimo rischio" invece di focalizzarsi sull'obiettivo principale dell'organizzazione. Questo atteggiamento porta con sé regole rigide e decisioni lente poiché, per non assumersi responsabilità o prendere decisioni autonome per paura delle possibili conseguenze negative, si rallentano i processi decisionali, creando inefficienze e ostacoli di sistema¹⁸. Questo meccanismo comporta conseguenze negative sull'efficacia e l'efficienza complessiva dell'amministrazione limitando l'innovazione, l'adattabilità e la capacità di rispondere prontamente ai cambiamenti del contesto. Inoltre, mina la motivazione dei dipendenti, poiché essi si sentono vincolati da regole e procedure che possono sembrare talvolta eccessive o sproporzionate¹⁹. Fattispecie di reato elastiche poi, come l'abuso di ufficio, che operano come trasformatore penalistico di illegittimità amministrative, sono divenute lo spauracchio dell'amministrazione dirigenziale. Questa talora percepisce un rischio anche più elevato di quello reale, come accade per la responsabilità amministrativa²⁰. Quanto detto, anche a causa di una giurisprudenza contabile che crea figure di responsabilità erariale evanescenti, come il danno all'immagine. Lo sbilanciamento fra i pressanti incentivi alla legalità e i deboli incentivi al risultato ha spinto così la dirigenza a sviluppare un atteggiamento difensivo.

Quello della burocrazia difensiva però, più che un nuovo problema amministrativo, pare piuttosto un modo nuovo di indicare un problema assai risalente. Si pensi che nella Francia di fine Settecento già 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*». Tale garanzia, che veniva costituzionalizzata con l'intento di evitare che l'azione amministrativa potesse essere intralciata o ritardata dalla prospettiva della responsabilità, mirava a scongiurare proprio quel fenomeno che oggi definiamo burocrazia difensiva. Quell'antico istituto, da Tocqueville

17 F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, Dicembre 2020.

18 S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1-4.; S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e paura di amministrare, Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*. F. LIGUORI (a cura di), 2020, 155.

19 S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2022, 16. F. LIGUORI, *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*. (a cura di) F. LIGUORI, 2020, 19.

20 B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Pen. Dir. Proc.*, 19 gennaio 2021, 4; nonché A. D'AVIRRO, *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2021, 931; A. NATALINI, *Nuovo abuso di ufficio: il rischio è una incriminazione fantasma*, in *Guid. dir.*, n. 42, 26 ottobre 2020.

in poi divenuto bersaglio privilegiato della critica liberale al diritto amministrativo, è oggi solo un ricordo del passato. Non può dirsi certamente lo stesso per il problema che esso affrontava²¹.

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, a procedere nell'ottica di far prevalere il proprio interesse personale a schivare le possibili sanzioni, 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 delle regole poste a sua tutela. 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 in realtà 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 scelte²².

L'antidoto, che era stato immaginato con la responsabilità dirigenziale e che purtroppo non ha funzionato, ha fatto sì che il fenomeno dell'amministrazione difensiva sia anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa²³. 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 di fatto non destano alcuna preoccupazione: l'amministrazione difensiva è quindi favorita tanto dal primo timore, quanto dall'assenza del secondo. Del resto, la responsabilità amministrativa²⁴ fin dai suoi albori viene concepita con un generoso sconto per l'amministrazione. L'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994 statuisce che la responsabilità del dipendente pubblico che cagiona un danno all'Erario «è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave».

Pertanto, fin dall'introduzione della norma, il legislatore ha scelto di concedere al pubblico funzionario un margine di scusabilità, ovvero una serie di condotte che giudicate a priori come lievi, non lo rendono perseguibile in termini di responsabilità. Tale scelta trae presumibilmente fondamento dal fatto che un'eccessiva responsabilizzazione del funzionario pubblico, finanche in ipotesi estremamente lievi, avrebbe condotto l'amministrazione verso un sovraccarico di responsabilità che si sarebbe rivelato certamente controproducente rispetto all'idea di un'amministrazione snella e funzionale a cui, già in quegli anni, si pensava. Nonostante il legislatore avesse correttamente intravisto l'ombra della paura della

21 A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M. P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTI, G. SABATO, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, IRPA.

22 Sul punto G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994.

23 S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n.1, 2019.

24 F. F. TUCCARI, *Introduzione allo studio della responsabilità amministrativa*, Bari, 1995, 19-20 nonché A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, 100 e ss.

firma negli anni, complice una burocrazia macchinosa e il proliferare di interventi regolatori settoriali e l'assenza di un quadro regolatorio sistemico, la burocrazia difensiva si è rivelata inevitabile.

Il legislatore però, piuttosto che prendere atto della necessità di una riforma organica della responsabilità, agisce ancora con interventi frammentari che lasciano significative perplessità, principalmente individuando nel depotenziamento della responsabilità la "cura palliativa" per la burocrazia difensiva.

3. La "deburocratizzazione" nell'era Covid.

Il tema della responsabilità e quello della burocrazia difensiva sono quindi direttamente collegati e, sebbene il legislatore nel tempo abbia individuato a più riprese la deresponsabilizzazione come cura della paura della firma, la soluzione non si è rivelata tra le più idonee. In buona sostanza, per contrastare l'immobilismo burocratico si è immaginato che ridurre ulteriormente la responsabilità che grava sui funzionari pubblici potesse spingere verso un'accelerazione dei processi. Sebbene sicuramente questo sistema provochi nel breve periodo un'accelerazione, questa non va confusa con recupero di efficienza, per cui nel lungo periodo la deresponsabilizzazione non deve e non può essere la soluzione rispetto ai mali di una burocrazia lenta e macchinosa.

Che l'Italia posseda all'attivo una delle burocrazie più complesse e ingarbugliate d'Europa è un fatto tristemente noto, come lo è che la Pandemia da Covid-19 ha messo a dura prova tutte le amministrazioni pubbliche del mondo, senza sconti per l'Italia. In particolare, la gravità e la rapidità del precipitare degli eventi ha imposto su scala globale un'accelerazione dei processi decisionali e uno snellimento dei processi burocratici che si è reso doveroso per far fronte all'emergenza²⁵. Nel nostro ordinamento, tra i numerosi interventi emergenziali un ruolo significativo va certamente riconosciuto all'intervento con cui il legislatore ha tentato di attenuare la c.d. paura della firma degli amministratori e dei funzionari pubblici, introducendo due innovazioni nel regime di responsabilità amministrativo-contabile, con l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120.

In primo luogo, sul piano strutturale, l'art. 21, in quanto regola modificativa dell'art. 1 della L.20/1994, al co. 1, ha precisato che ai fini della prova dell'elemento soggettivo del dolo, occorre dimostrare la volontà dell'evento dannoso. È pertanto richiesto, pur non disponendo il PM contabile degli strumenti d'indagine e istruttori del PM penale, un dolo "in chiave penalistica". Con il co. 2 è stata introdotta invece la limitazione della responsabilità amministrativo-contabile, per i fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) e sino al 31 dicembre 2020, ai soli fatti commessi con dolo, nei termini del modificato art. 1 della detta legge 20/1994, salvo quelli cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente per i quali la detta limitazione non è applicabile. In sintesi, il nuovo regime della responsabilità amministrativa, previsto in origine sino al 31 dicembre 2021 e poi sino al 31 giugno 2024, non prevede più il requisito della colpa grave, se non per i danni

²⁵ C. ACOCELLA, *La dimensione del tempo e l'esercizio della funzione nella stagione dell'emergenza*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, 2020, 184-185.

causati da omissioni o inerzia. La previsione dell'art.21 - che ha oggettivamente attenuato ulteriormente il regime delle responsabilità gravante su amministratori e pubblici funzionari - è stata motivata con la necessità, legata anche alle politiche di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, di alleggerire il peso della responsabilità, restringerne il perimetro e contrastare l'inerzia derivante dalla c.d. paura della firma. Dunque, il legislatore muove dalla premessa secondo cui 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, che la deresponsabilizzazione possa essere la cura dell'amministrazione difensiva è abbastanza discutibile. Infatti, più volte in dottrina si è 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*", forse anche di più che al timore del giudice contabile.

Il tema che rimane sullo sfondo resta quello della scelta tra assumersi la responsabilità di fare o l'irresponsabilità di non fare. Se si immagina di poter momentaneamente mettere in pausa quello che sarebbe l'obiettivo di un sistema sanzionatorio posto a beneficio ed a tutela dell'erario pubblico, ovvero sia quello di accertare la responsabilità in capo a coloro che con la propria condotta hanno procurato un nocumento patrimoniale alle casse pubbliche, affinché siano chiamati a risarcire l'ente danneggiato dalla loro condotta, ci si rende conto che in quest'ottica questo sistema cede in qualche modo rispetto ad un'amministrazione di risultato che quanto mai, di fronte ad una crisi pandemica, è chiamata ad una maggiore speditezza e concretezza dell'azione amministrativa²⁶. Occorre infatti aver chiaro che il legislatore, con l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, ha inteso trattenere in capo all'amministrazione i rischi di *malpractice* amministrativa derivanti da un errato esercizio del potere.

Sebbene quindi la pandemia abbia portato ad una necessaria accelerazione dei processi decisionali in molti contesti, è possibile affermare che per ottenere una "buona amministrazione" non può essere auspicabile deresponsabilizzare. Ove invece, come nel nostro ordinamento, questa risulti come la modalità più rapida e agevole di sedare le lungaggini burocratiche e l'immobilismo amministrativo, allora essa non può che essere il sintomo di un sistema amministrativo in cui vi è una palese sproporzione tra la paura della responsabilità e il dovere di perseguire l'interesse pubblico.

4. Il principio della fiducia e la centralità della motivazione.

Il perseguimento dell'obiettivo di un'amministrazione di risultato, che si rincorre ciclicamente dagli anni '90, oggi sembra più vicino che mai. Ne è un'indubbia dimostrazione la formulazione dei nuovi principi con cui si apre il nuovissimo codice degli appalti²⁷. Il tema della burocrazia difensiva, così come i problemi della responsabilità, interessano da sempre il

²⁶ F. LIGUORI, *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*. op. cit., 24. Si tratta di un meccanismo espressione di quella che F. LIGUORI definisce come "semplificazione per sottrazione". Ovvero un insieme di meccanismi che comportano rinunce in termini di garanzie ma che possono rivelarsi efficaci in termini di più celere conclusione del procedimento amministrativo.

settore delle procedure ad evidenza pubblica. In particolar modo perché sono tra quelle che più subiscono le lungaggini amministrative. Il legislatore nel nuovo codice degli appalti- in vigore da luglio 2023- ha scelto quindi di ricorrere ad un impianto normativo rinnovato che pare fondarsi proprio sull'idea di un'amministrazione di risultato ma con un'accezione nuova.

L'art. 1, del d.lgs. 36/2023, co. 1 e 4 sancisce infatti in maniera chiara che «*Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, così come per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti*»²⁸. Le stazioni appaltanti sono quindi chiamate a perseguire in maniera preordinata sempre «*l'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività*» pur tenendo conto del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo e dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il principio del risultato, dunque, inteso come principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, domina l'intero codice come ennesimo tentativo di intervento di efficientamento dell'agire amministrativo²⁹. Si mette in chiaro fin dalle prime battute quindi che l'agire amministrativo deve tendere al risultato, sempre, anche quando questo può comportare la temporanea compressione di alcuni principi pubblicistici.

La materia degli appalti, infatti, da sempre contraddistinta dalla assoluta centralità dei principi pro-concorrenziali e della trasparenza ad ogni costo, viene investita del peso dell'amministrazione di risultato, quasi come diretta espressione di quanto appreso durante l'emergenza sanitaria che, senza dubbio, ha fatto maturare ancor di più l'esigenza di un'amministrazione meno rigida e più pragmatica³⁰. Del resto, se le riforme della dirigenza non hanno portato ai risultati sperati, con buona probabilità il legislatore ha intravisto nella rinnovata regolazione degli appalti lo strumento idoneo per operare un doveroso quanto auspicato cambio di rotta. Di certo un'amministrazione di risultato è un'amministrazione più autonoma, con un ambito di manovra più esteso, chiamata nei casi concreti a tenere in

27 In particolare, sul Dlgs. 36/2023 si veda M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in M. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 142; L. CARBONE, *La genesi del nuovo codice*, in M. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; nonché M. R. SPASIANO, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 21 ss.

28 Per le prime osservazioni sul principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici si veda M. A. SANDULLI *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista.it*, 2022; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2023; M. DI RIENZO-A. FERRARINI, *Quando l'integrità abdica all'etica del risultato. I principi di "risultato" e "fiducia" nello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Spazioetico.com*, 2022; A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice dei principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 2023.

29 D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 14-14/2023.

30 Sul punto si veda F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir. (VI agg.)*, Milano, 2002, 10. In particolare, l'autore afferma che «*la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione*»; più di recente si v. F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 361.

considerazione più fattori, primo fra tutti l'effettivo e tempestivo conseguimento dell'obiettivo, potendo traslare in secondo piano il rispetto di alcuni formalismi procedurali. Questo sistema potrebbe via via consolidarsi - giurisprudenza permettendo - anche ben oltre il codice degli appalti, garantendo la tanto auspicata prevalenza della sostanza sulla forma³¹, nella sua accezione più rigida, come strumento di contrasto rispetto alla burocrazia difensiva.

Una rinnovata accelerazione rispetto all'amministrazione di risultato però non avrebbe potuto lasciare fuori il grande tema della responsabilità. Principalmente perché non entrambi gli interventi previsti nell'art. 76 sono permanenti e soprattutto perché manca ancora all'attivo una visione d'insieme del tema che possa confluire in una riforma normativa. Per cui, in un ritrovato contesto del fare di un'amministrazione pubblica post pandemia, il legislatore interviene nuovamente sulla responsabilità, sempre con l'obiettivo di curare la burocrazia difensiva, ma lo fa in un modo del tutto nuovo. L'art. 2 del codice, strettamente connesso al primo, con cui condivide la funzione di principio fondamentale, viene rubricato "*principio della fiducia*" e si divide in quattro commi, due dei quali di particolare rilevanza.

Al co. 2 il legislatore esprime in maniera chiara che il principio si pone l'obiettivo di favorire e valorizzare l'iniziativa dei funzionari pubblici nell'ottica del perseguimento del risultato. Con questo principio generale il legislatore adotta un nuovo *modus operandi* volto alla responsabilizzazione del funzionario pubblico ma non attraverso il timore del giudice contabile, bensì attraverso una responsabilizzazione individuale frutto di un nuovo investimento di fiducia³². Si immagina infatti che attraverso l'incremento della fiducia nell'amministrazione multilivello, si ottenga il risultato finale di spingere il funzionario pubblico ad agire nell'interesse dell'amministrazione e verso il raggiungimento del risultato. Il funzionario si trova dunque investito di una nuova responsabilità direttamente collegata e proporzionale alla fiducia che gli viene attribuita come dotazione *ex se*. Infatti, tale fattispecie coerentemente con quanto rappresentato, sembra essere volta al perseguimento dell'amministrazione di risultato per il tramite dell'ennesima deresponsabilizzazione con effetto semplificativo, in realtà porta con sé un approccio nuovo al concetto stesso di responsabilità. La fiducia, da sempre, costituisce nel settore privato uno degli strumenti più innovativi e sperimentati per responsabilizzare i dipendenti sul luogo di lavoro. Dare fiducia ai dipendenti significa farli sentire più autonomi ma al contempo più responsabili pur percependo meno il peso di quella responsabilità. Nel *management* privato di prassi però la fiducia si guadagna nel tempo, spesso in anni di lavoro e viene considerata quasi come il riconoscimento degli sforzi profusi. La fiducia può essere dunque uno strumento estremamente remunerativo ma va maneggiato con grande cura affinché "*l'autonomia responsabilizzante*" non si trasformi in qualcosa di diverso.

Allo stesso tempo, il principio della fiducia porta con sé al co. 3 una nuova forma di deresponsabilizzazione con effetto semplificativo che sembra essenzialmente mirare alla tutela dei funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare ulteriormente la c.d. "paura della firma". In linea con quanto disposto dall'art. 21 d.l.

31 Sul tema si veda V. BRIGANTE, *Garanzie della forma e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2022, 30 ss.

32 R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, Luglio 2023.

76/2020 come prorogato dal PNRR fino al 2023, la disposizione prevede che «ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli autovincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto». Al contrario, «non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti».

Quest'ultima previsione evidenzia una nuova apertura ma, al contempo, suscita significative perplessità. Sebbene dunque il legislatore rimarchi l'importanza di sanzionare le violazioni che il funzionario compie con colpa grave, e quindi, non più solo con dolo come prevedeva temporaneamente la normativa Covid, apre alla deresponsabilizzazione degli stessi quando la stessa violazione o omissione venga determinata dalla giurisprudenza prevalente o da eventuali pareri delle autorità competenti.

Il riferimento al concetto di "giurisprudenza prevalente" operato dall'art. 2 è di per sé un concetto complesso perché rimanda a quelli che nel diritto amministrativo vengono definiti "concetti giuridici indeterminati", aprendo così un tema spinoso che si intreccia con il noto tema dell'agire discrezionale dell'amministrazione³³. I concetti giuridici indeterminati sono noti per essere connotati da un contenuto altamente vago e sono espressione di una tecnica mediante la quale il legislatore non descrive una fattispecie in maniera puntuale e tassativa, lasciando piuttosto all'interprete la possibilità di integrarla con strumenti non giuridici³⁴. In questo modo il concetto giuridico indeterminato si presta ad una sorta di immutevolezza nel tempo in grado di conferire elasticità all'ordinamento³⁵. Questi concetti, in cui si può agevolmente far rientrare il concetto di "prevalenza" di cui all'art. 2, conferiscono all'amministrazione un campo di manovra più ampio per determinare una sorta di interesse pubblico da tutelare "caso per caso", ovvero basato su una valutazione del caso concreto. Spesso però l'ampliarsi del potere valutativo dell'amministrazione ha dimostrato di rivelarsi foriera di insidie o incertezze per i cittadini, del resto l'incertezza del diritto rappresenta da sempre il punto dolente dello Stato di diritto³⁶.

33 G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in Foro it., 2002, III, 493 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa* (voce) in Dizionario di Diritto pubblico, Milano, 2006.

34 Sul tema delle regole extragiuridiche si veda L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in Diritto amministrativo, III, 2013, 309 ss. In questa sede l'autore ritiene che il rinvio esterno operato dalla legge scritta faccia riferimento all'ordine giuridico della società "la cui giuridicità è fondata sull'appartenenza della sovranità al popolo e dall'esistenza di posizioni giuridiche (libertà e diritti fondamentali) che vivono autonomamente in quell'ordine, tanto che la costituzione non li crea ma li riconosce".

35 E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, Diritto e processo amministrativo, Riv. Trim., anno VIII- n.3/2014, 762 ss.

36 F. BARTOLOMEI, *Lo Stato di diritto nel rapporto di tensione esistente tra legge e diritto*, in Dir. Soc., 1997,2. Nonché, più di recente G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, in federalismi.it, 27/2022.

La classificazione dei diversi concetti giuridici indeterminati non è mai stata agevole³⁷, senza dubbio però risulta particolarmente utile in questa sede fare riferimento all'antica classificazione che vede contrapposti i concetti giuridici indeterminati che attribuiscono un potere discrezionale e quelli che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo/descrittivo³⁸.

Mentre nel primo caso è richiesto all'interprete di operare una precisazione, e quindi una condotta caratterizzata da una componente soggettiva discrezionale, nel secondo caso si tratta di concetti più facilmente applicabili, in quanto meramente descrittivi o comunque riferibili a elementi conoscibili e oggettivamente presenti nella realtà. In questo secondo caso i concetti giuridici indeterminati sembrerebbero dare meno problemi applicativi, perché si tratterebbe di problemi risolvibili facendo riferimento alla comune esperienza e scienza.

Volendo far rientrare il concetto di prevalenza di cui si tratta in questa seconda accezione (a cui inizialmente pare appartenere), si può immaginare in astratto che l'individuazione del concetto di giurisprudenza prevalente sia facilmente rinvenibile nell'esperienza di vita comune essendo percepibile come qualcosa di cui si può agevolmente venire a conoscenza³⁹. In realtà, l'individuazione della prevalenza di un orientamento giurisprudenziale risulta essere in concreto un'operazione tutt'altro che agevole, che comporta problemi spesso di non facile risoluzione, ancor di più se, come in questo caso, non viene affidata al giudice amministrativo ma piuttosto ad un funzionario pubblico che, talvolta, potrebbe risultare impreparato per espletare tale funzione.

Allo stesso tempo, immaginare che la disposizione di cui all'art. 2 apra invece ad una valutazione discrezionale dalla forte componente soggettiva opinabile in capo al funzionario pubblico, e quindi ad un c.d. giudizio di valore⁴⁰, significa aprirsi ad uno scenario ugualmente complesso. La previsione di cui all'art. 2 co.2 rimette infatti al pubblico funzionario la facoltà di decidere se conformarsi a quello che può essere definito un

37 M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 10.

38 È ben nota la distinzione, in origine operata da W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931 tra concetti che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) e concetti attributivi di potere discrezionale (*unbestimmte Begriffe*). Per C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983, 9, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono ad una sola interpretazione e i concetti normativi, che invece conducono a soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide. La teoria di Jellinek è stata ripresa, in Italia, da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 253-259, il quale aggiunge che *“la distinzione tra «concetti» descrittivi e di valore è, già su un piano teorico, meno netta di quanto appare a prima vista. È stato dimostrato che il giudizio di valore, portato su un soggetto o su un comportamento, può avere come parametro una norma ovvero un interesse e che in questo secondo caso non è, a stretto rigore, corretto considerare il giudizio sul rapporto tra fatto ed interesse come di valore: invero non solo l'oggetto, ma anche il criterio del giudizio appartiene al mondo della realtà”*. Per una recente ricostruzione della dottrina tedesca sul tema si veda invece E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, op. cit.

39 E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, 759-790; Per una visione d'insieme sul tema dei concetti indeterminati si veda invece S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in *P.A. Pers. e Amm.*, n. 1/2018.

40 Per una recente ricostruzione della dottrina tedesca sul tema si veda E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, 759-790.

orientamento giurisprudenziale, che egli stesso deve individuare come prevalente, arrivando a porre come argomentazione centrale della motivazione proprio la prevalenza dello stesso⁴¹.

Per quanto quindi si condivida il fine pragmatico delle scelte del legislatore che investe sull'autonomia del funzionario pubblico, e senza indugiare troppo sulle modalità con cui il funzionario potrebbe operare questo giudizio di prevalenza, che pure meriterebbero particolare attenzione, la scelta desta significative perplessità rispetto al valore giuridico della stessa.

Il nostro ordinamento giuridico, come noto, è un ordinamento di *civil law* dove, al contrario dei sistemi di *common law*, il ruolo della giurisprudenza incontra limiti consistenti. Infatti, il sistema di *common law* si presenta come un diritto casistico e pragmatico, giacché procedendo di caso in caso, muove da un'analisi del giudice dei problemi di vita quotidiana, rispetto ai quali interpreta le leggi, per inserirli poi in un sistema concettuale⁴². Questo pone in rilievo una importante difformità rispetto agli ordinamenti di *civil law* che invece si caratterizzano per un sistema fondato sulla norma di origine legislativa dalla formulazione preferibilmente generica e di ampia portata, da cui i giudici partono poi per l'applicazione rispetto alla singola fattispecie mediante un atto di sussunzione. La distinzione tra i due ordinamenti è quindi anche profondamente legata al metodo adottato dalle corti, che risulta essere induttivo nei sistemi di *common law* e, al contrario, deduttivo nei sistemi di *civil law*.

Nei sistemi di *common law* al giudice viene affidata quasi una funzione di produzione normativa⁴³ mentre, al contrario, nei sistemi di *civil law* i giudici sono posti a garanzia della legge scritta che rappresenta il vincolo principale nell'esercizio delle loro funzioni. Pertanto, non esiste l'obbligo per i giudici di rispettare il precedente giurisdizionale e, conseguentemente, non esiste un riconoscimento esplicito di ciò che può definirsi prevalente⁴⁴.

Va da sé che, anche se nel nostro ordinamento non vi è alcuna vincolatività dell'obbligo del precedente, la giurisprudenza ha comunque il potere di orientare, indirizzare, la

41 Sul punto si ritiene che il legislatore incorra in una discutibile leggerezza, poiché sembra darsi per scontata la formazione giuridica del funzionario mentre, al contrario, è ben noto che le amministrazioni sono alla ricerca sempre più di funzionari tecnici. Per cui è agevole immaginare, oltretutto auspicare, che nei prossimi anni le file dei funzionari tecnici delle amministrazioni saranno piuttosto nutrite, determinando un'inadeguatezza diffusa nel compiere un giudizio circa la prevalenza di un orientamento giurisprudenziale.

42 Per giustificare il ruolo creativo dei giudici nei sistemi di *common law* si è spesso sostenuto che in realtà questi ultimi non creano le regole ma le rinvengono, secondo la "teoria dichiarativa", nelle consuetudini esistenti da tempo immemorabile rendendole manifeste quando devono applicarle al caso concreto che si trovano a dover risolvere. Su questa teoria si v. L.PEGORARO -A.RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, 35 e ss.

43 Nei sistemi di *common law* la funzione di creazione normativa affidata ai giudici costituisce un sistema vincolante tra le corti e non anche per la pubblica amministrazione. Tale aspetto rende ancora più complesso immaginare in un sistema di *civil law* la creazione di un "vincolo del precedente" posto a carico del funzionario pubblico.

44 M. SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e "common law"*, Riv. Dir. Civ., 2008, 109. Sul tema, fa parzialmente eccezione la funzione nomofilattica attribuita alla Corte di cassazione il cui scopo è assicurare – così come previsto nella principale disposizione di riferimento, l'art. 65, R.D. 12/1941– «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, [oltre che] l'unità del diritto oggettivo». Il compito assegnato alla Corte di cassazione sarebbe quello di garantire omogeneità nella interpretazione e nell'applicazione della legge attraverso la 'manutenzione' e la revisione dell'attività compiuta dai giudici di merito.

giurisprudenza successiva esercitando un'influenza. Si tratta, dunque, di giudici che decidono tenendo conto di come hanno deciso altri giudici, non funzionari che decidono come giudici⁴⁵. Infatti, sebbene negli anni l'amministrazione abbia incrementato il riferimento alle pronunce giurisdizionali, principalmente tale tecnica ha svolto più che altro la funzione di deterrente, quasi a voler scoraggiare il potenziale ricorrente⁴⁶. Pertanto, risulta difficile immaginare che in un sistema di *civil law*, dove non esiste un'obbligatorietà del precedente tra giudici ma una mera influenza, venga addirittura delegata al funzionario amministrativo la facoltà di compiere una valutazione di prevalenza giurisprudenziale. Tale valutazione, infatti, esonera in concreto il funzionario da una possibile responsabilità, spostandola in astratto sulle scelte della giurisprudenza, aprendo anche al dibattutissimo tema del giudice che si sostituisce all'amministrazione⁴⁷. Le perplessità sul punto però non attengono principalmente ad un eventuale timore per la commistione di poteri, quanto piuttosto al fatto che i funzionari pubblici non sono dotati degli stessi strumenti di apprezzamento dei giudici⁴⁸. Pertanto, renderli esenti da responsabilità- eccetto che con dolo- quando decidono secondo un prevalente orientamento giurisprudenziale che viene ritenuto tale attraverso un giudizio da loro stessi operato, potrebbe indurli ad una valutazione eccessivamente ampia e talvolta inappropriata.

Allo stesso tempo, è interessante riflettere anche sul possibile sindacato del giudice rispetto alla prevalenza dell'orientamento giurisprudenziale posto a fondamento della motivazione che il funzionario fornisce per un eventuale provvedimento. Tale sindacato, infatti, sarà meramente eventuale. Del resto, dopo che il funzionario avrà deciso sulla singola fattispecie, sarà onere del soggetto destinatario del provvedimento impugnarlo perché considerato lesivo e quindi aprire una valutazione giurisdizionale che tenga conto anche della effettiva prevalenza della giurisprudenza che ha condizionato la decisione. Le perplessità sul punto nascono dal fatto che, essendo utopistico pensare che il diritto come la matematica possa essere sempre una scienza esatta, questo comporterà un sindacato giurisdizionale che dovrà presumibilmente limitarsi alla compatibilità della decisione rispetto ai principi e non potrà entrare nel merito dell'argomentazione circa la prevalenza di questo o quell'orientamento giurisprudenziale. Se così non fosse, vorrebbe dire che un

45 Sul tema si veda S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in giustizia-amministrativa.it, 2005. Atti della relazione italiana al Convegno XI di diritto amministrativo *Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*, Associazione dei giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Palermo, 2005.

46 Sul punto è piuttosto comune rinvenire il riferimento a precedenti giurisprudenziali che spesso non hanno ad oggetto identiche questioni ma che vengono piuttosto richiamate come deterrenti. Per ulteriori precisazioni si veda A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A. Quaderni di diritto e processo amministrativo*, 2018, 6 ss.

47 Per una ricostruzione completa del tema si veda di recente S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, 2022; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.*, n. 3-4, 2014, 641 ss., 649 ss.

48 Il dibattito sul valore del precedente giurisprudenziale in Italia ha origini risalenti e affonda le proprie radici negli anni '30 del secolo scorso. Sul tema si veda in particolare L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970; M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 774 ss.; G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995. Più di recente A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, Padova, 2018.

giudice potrebbe essere chiamato a sancire con valore di giudicato la prevalenza o meno di un orientamento giurisprudenziale.

5 Il concetto di prevalenza e la fiducia come strumento di responsabilizzazione: osservazioni conclusive.

Di certo il cambio di paradigma che imprime l'art. 2 è anzitutto di carattere culturale: per vederne gli effetti è dunque necessario che trascorra del tempo. La fiducia, se riposta bene, può dare risultati più che soddisfacenti, nonostante le criticità evidenziate. Resta fermo però che, anche se in modo differente, il legislatore continua ad avvertire il bisogno di far sentire il funzionario amministrativo più libero, meno controllato da un giudice contabile divenuto nel tempo sempre più ingombrante⁴⁹.

Del resto, la fiducia viene accompagnata da un'esimente di responsabilità quando il funzionario si appoggia ad attori istituzionali di elevato peso, come le autorità amministrative indipendenti o la giurisprudenza prevalente, per formulare la sua decisione. Il concetto giuridico di prevalenza, su cui si sono già manifestate perplessità, apre però ad uno scenario difficile, anche quando apparentemente la prevalenza pare essere pacifica e ne costituisce un valido esempio la questione delle concessioni demaniali.

Quello delle concessioni demaniali è uno degli argomenti più dibattuti e controversi degli ultimi anni⁵⁰. Il contrasto prima tra legislatore nazionale e comunitario, poi tra giudice nazionale e giudice comunitario ed infine tra giudice amministrativo e amministrazione pubblica, ha reso il tema oggetto di numerose indagini. Del resto, la difficoltà maggiore nasce proprio dalle differenti posizioni del legislatore nazionale che fatica a adeguarsi alle imposizioni comunitarie volte all'implementazione dei principi pro-concorrenziali e alla trasparenza ad ogni costo a cui, fino a qualche tempo fa, era volto senza sconti anche il codice dei contratti. Il tema, che si ricorda essere quello delle proroghe *ex lege sine die* del legislatore

49 Sul nuovo ruolo del giudice amministrativa si veda, tra tutti, M. A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *Federalismi.it*, 26/2021, 185 ss.

50 Tra tutti, sul tema M. A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e Soc.*, 2021, 3; A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?*, in *Federalismi.it*, 2022, 9; A. GIANNACCARI, *Stessa spiaggia, stesso mare. Le concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 2; A. LUCARELLI - B. DE MARIA - M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quad. Rass. dir. pubbl. eur.*, Napoli, 2021; A. POLICE, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativamente*, 2022, 2; B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 2021, 20; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e Soc.*, 2021, 3; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, *ivi*; F. LIGUORI, *Atti per la cerimonia conclusiva della XV edizione del Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea: la tutela dei diritti, Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali alla luce delle recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria*, tenutasi presso Università degli Studi di Napoli Federico II, il 20 dicembre 2021.

nazionale⁵¹, oramai giudicate più volte dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria come in aperto contrasto con la direttiva 2006/123/UE, sembra aver trovato una prospettiva di risoluzione a partire dalle sentenze gemelle del 2021 in cui il supremo consesso della giustizia amministrativa⁵² ha ribadito in maniera piuttosto lapalissiana, l'incompatibilità della proroga *ex lege* con la richiamata direttiva comunitaria aprendo una nuova stagione di riforme.

Fino alle citate sentenze, infatti, il dibattito sul tema delle concessioni demaniali è stato sempre caratterizzato da numerosi periodi di fermento, quasi sempre dopo gli interventi di proroga⁵³, a cui sono poi seguite lunghe battute di arresto. Al contrario, le sentenze gemelle sembrano aver segnato un punto di svolta nella questione balneare tale da far intravedere all'attivo una concreta possibilità di riforma di settore. Quella balneare però è una questione polistrutturata la cui disamina non è oggetto di questo lavoro⁵⁴ ma che risulta molto utile perché costituisce uno di quei pochi temi su cui si può essere concordi nell'affermare la sussistenza di un orientamento giurisprudenziale compatto di indubbia attuazione. Sull'incompatibilità del sistema di proroghe *sine die* all'italiana con la direttiva 2006/123/UE dell'Unione europea la giurisprudenza nazionale, infatti, eccezion fatta per pochi casi isolati, sembra non aver mai cambiato idea⁵⁵. L'oggetto del contendere ha una portata non solo giuridica, ma anche di carattere economico e sociale. Del resto, è innegabile che la questione

51 M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, 4, 1071.

52 Le Sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, con le quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha dichiarato l'inefficacia delle proroghe *ex lege*, per le quali la l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020 avevano stabilito la scadenza del 31 dicembre 2033. Sul tema per un'analisi più completa si rimanda ad A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: dopo vent'anni di incertezza siamo arrivati davvero ad un punto di svolta?*, in Riv. Giur. Eur., Vol. 5, 1/2022.

53 M. FERRARA, G. IONNADES, G. VOSA, *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in Federalismi.it, 21/2021.

54 Per la cui analisi si rimanda a M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in Enc. giur. Treccani, 1988, VII, ad vocem, 2 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; nonché, B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in Federalismi.it, 20/2021, 12 ss.; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2018 e di M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020 e i lavori ivi richiamati; i contributi raccolti nel volume a cura di A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo, Napoli, 2021, 7; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? a margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in Giustiziainsieme.it, 12/2021; nonché ancora M.A. SANDULLI nella premessa del volume di Diritto e Società interamente dedicato alle concessioni demaniali marittime, op.cit., 333-334.

55 Più di recente sul tema si veda Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10/07/2017, n. 3377; Cons. Stato, sez. V, 11/07/2017, n. 3416; Cons. Stato, sez. VI, 3/08/2017, n. 3892; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2017, n. 6137; Cons. Stato, sez. V, 11/06/2018, n. 3600; Cons. Stato, sez. VI, 10/02/2018, n. 8736; Cons. Stato, sez., V, 27/02/2019, n. 1368; Cons. Stato, sez. VI, 6/06/2018, n. 3412; Cons. Stato, sez. V, 28/02/2018, n. 1219; Cons. Stato, sez. VI, 18/11/2019, n. 7874; Cons. Stato, sez. V, 24/10/2019, nn. 7251, 7252, 7253, 7254, 7255, 7256, 7257, 7258; Cons. Stato, sez. V, 14/11/2019, n. 7837; Cons. Stato, sez. V, 9/12/2020, n. 7837; Cons. Stato, sez. VI, 17/07/2020, n. 4610; Cons. Stato, sez. IV, 16/02/2021, n. 1416; Cons. Stato, sez. VI, 9/03/2021, n. 2002.

assume massima rilevanza dal momento che, anche in considerazione della estensione del nostro patrimonio costiero e delle condizioni climatiche favorevoli, sulla base delle concessioni balneari in essere, nella maggior parte dei casi i titolari hanno dato vita a vere e proprie aziende, con significativi investimenti, in termini economici e personali, e importanti avviamenti. Tale contesto è stato poi ulteriormente rafforzato da un approccio procrastinatore del legislatore che ha lungamente rimandato il riassetto del sistema, utilizzando la proroga *ex lege* come strumento dilatorio più che come soluzione.

Gli effetti di tale approccio oggi sono quantomai evidenti, al punto che dopo numerose pronunce nella medesima direzione, il giudice amministrativo interviene con una pronuncia che si pone a metà tra il soccorso al legislatore e lo sconfinamento di potere⁵⁶. In particolare, le sentenze gemelle del Supremo consesso di giustizia amministrativa, oltre a ribadire l'incompatibilità dello strumento di proroga, sanciscono la sussistenza di un onere di disapplicazione generalizzata della norma nazionale in contrasto con quella comunitaria in capo al giudice, almeno quanto in capo all'amministrazione nel suo complesso. Quanto detto significa che il Dirigente o il funzionario pubblico sarebbe tenuto a non conformarsi alla proroga *ex lege* poiché questa risulta in contrasto con la normativa comunitaria. Sulla questione però i due governi che sono succeduti alle pronunce del 2021, spinti anche dall'invadenza del giudice amministrativo⁵⁷, sono intervenuti aprendo ad una riforma di settore⁵⁸. In particolare, all'attivo risulta essere stato istituito un tavolo tecnico volto alla mappatura delle coste nazionali, al fine di garantirne un'esauritiva e pragmatica regolamentazione. Dunque, vi è una nuova legge che, nelle more della riforma, dispone che le concessioni demaniali attualmente in essere sono prorogate fino al 2024⁵⁹. Rispetto a tale ultima e recente disposizione il Consiglio di Stato si è pronunciato nel senso dell'incompatibilità comunitaria⁶⁰.

In siffatto contesto è utile interrogarsi sui problemi che potrebbe affrontare l'interprete anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale che pare essere prevalente e quindi

56 Sul tema si veda Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2023, n.8394, in cui i giudici oltre ad evidenziare il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria nelle sentenze gemelle del 2021, nn. 17 e 18, afferma che vi è stato un vero e proprio diniego di giustizia nei confronti delle associazioni di categoria. In particolare "può comprendersi come le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata) per estromettere dal giudizio tutti gli interventi in causa, rivelino non un mero e incensurabile *error in procedendo* ma, al contrario, un diniego in astratto della tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) fatto valere dagli enti ricorrenti, con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile.

57 Sulla trasformazione del giudice amministrativo si veda in particolare L. SALTARI, *I giudici amministratori*, Riv. trim. dir. pubbl., 1/23, 293.

58 Con l'approvazione della l. 5 agosto 2022 n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) il legislatore prende atto delle statuizioni del Consiglio di Stato e interviene con un approccio integrativo. Attraverso la legge citata si delinea il quadro di riferimento in cui dovranno inserirsi i decreti attuativi delegati al Governo per la nuova regolazione delle concessioni demaniali, capaci di andare in deroga anche al codice della navigazione.

59 L. 24 febbraio 2023, n. 14. (Dl n. 198/2022) Legge di conversione del Decreto Milleproroghe.

60 Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192. In questa sede il Consiglio di Stato ribadisce, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, che non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.

di agevole individuazione. Per cui, in presenza di una richiesta di proroga del rapporto concessorio attualmente in essere fino al 2024, in conformità a quanto disposto dalla legge, il funzionario potrebbe disporre un provvedimento di divieto fondando la motivazione sull'orientamento del Consiglio di Stato che si palesa da tempo come maggioritario. In tal caso, pur trovandosi innanzi ad un orientamento ben definito, idoneo in astratto a costituire un'esenzione di responsabilità ai sensi dell'art. 2, si troverebbe in contrapposizione con quanto disposto dal legislatore.

Sebbene quello delle concessioni demaniali sia un caso raro e dalle numerose implicazioni, la questione pare essere però chiara. In un sistema di *civil law*, anche quando la valutazione di prevalenza pare essere agevole, la stessa non costituisce ugualmente una condizione di certezza assoluta, tale da rendere la fattispecie esente da qualsivoglia complicazione, al punto da generare un'esimente di responsabilità. Le insidie per l'interprete sono spesso altrettanto numerose, anche quando la motivazione sembra potersi fondare agevolmente sulla giurisprudenza. Pertanto, si teme che il funzionario possa quasi appiattare la motivazione del provvedimento amministrativo sulla giurisprudenza, evitando ulteriori ragionamenti sull'applicazione dell'orientamento alla fattispecie concreta, solo per ricavarne una minore responsabilità. Anche in temi come quello brevemente delineato dove la giurisprudenza non ha operato significativi *revirement*, il giudizio di prevalenza può risultare ostico e, ove fosse gravato da una forma di responsabilità, verrebbe operato certamente con più parsimonia.

Pertanto, pur confidando nel fatto che il legislatore continui sulla strada della fiducia intrapresa, si spera che il cambio di paradigma possa svilupparsi abbastanza in fretta da non rendere più necessaria una deresponsabilizzazione formale per un recupero di efficienza. Poiché, pur volendo interpretare le disposizioni dell'art. 2 in un'ottica complementare, dove la fiducia responsabilizzante compensa la deresponsabilizzazione in caso di decisioni adottate secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente o il parere di un'autorità, è ugualmente auspicabile che in futuro la fiducia riesca da sola laddove la responsabilità dirigenziale ha fallito, aiutando l'amministrazione a compiere quel doveroso cambio di passo che non pare più procrastinabile.