

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA – NUMERO 2 - 2019

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 2/2025

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

DIREZIONE SCIENTIFICA

Aldo Carosi	Vanessa Manzetti
Elisa Cavasino	Guido Rivosecchi
Ines Ciolli	Giuseppe Verde
Giovanna Colombini	

DIREZIONE EDITORIALE

Laura d'Ambrosio	Francesco Sucameli	Giovanni Guida
------------------	--------------------	----------------

COMITATO SCIENTIFICO

Vincenzo Barba	Massimo Luciani
Monica Bergo	Nicola Lupo
Chiara Bergonzini	Simone Mezzacapo
Francesco Bilancia	Vittorio Occorsio
Gianluigi Bizioli	Simone Pajno
Guido Calabresi	Giuseppe Palmisano
Ignacio Calatyud Prats	Barbara Pezzini
Francesco Capalbo	Eugenio Picozza
Carlo Colapietro	Giovanna Pistorio
Barbara Cortese	Antonio Saitta
Giacomo D'Angelo	Maria Alessandra Sandulli
Marcello Degni	Gino Scaccia
Francesco Fimmanò	Vincenzo Sforza
Sergio Foà	Riccardo Ursi
Loredana Giani	
Valentina Giomi	

REDAZIONE

Patrizio I. D'Andrea	Francesca Carpita
Carla Di Martino	Emanuele Rosi Fratto
	Grippaudo

INDICE

EDITORIALE di Sergio Foà	p.4
---------------------------------------	-----

DOTTRINA

Maria Alessandra Sandulli <i>La responsabilità erariale nel nuovissimo codice dei contratti pubblici</i>	p.20
Marco Mazzamuto <i>I casi di esclusione della colpa grave nella responsabilità amministrativa: profili di incostituzionalità e di incongruenza del disegno di legge S. 1457 (Foti)</i>	p.30
Francesca Biondi <i>Chi deve garantire la certezza del diritto?</i>	p.39
Vincenzo Tondi della Mura <i>La «gnosi», i LEP e i fabbisogni standard: quando il sincretismo metodologico “genera mostri”</i>	p.49
Monica Bergo <i>Re-arm EU: dall’integrazione attraverso i diritti all’integrazione attraverso le armi ?</i>	p.67
Salvatore Cincimino e Vincenzo Cordaro <i>Le “note di credito da ricevere” nella giurisprudenza della Corte dei conti: criticità contabili e impatto sugli equilibri di bilancio degli enti del Servizio sanitario nazionale</i>	p.91
Tiziano Tessaro <i>Dalla funzione consultiva alla cogestione dell’attività amministrativa: la Corte dei Conti verso l’orizzonte delle Autorità indipendenti</i>	p.112
Carla Di Martino <i>I nuovi spunti della giurisprudenza costituzionale sul carattere differenziato della c.d. “spesa costituzionalmente necessaria</i>	p.171

ATTUALITÀ

<i>Il Consiglio di Stato francese “Iscrivere l’azione pubblica nel lungo periodo” Luglio 2025.</i> Traduzione e Post-fazione di Clemente Forte	p.205
Eduardo Marcos Martinez <i>L’azione di regresso come azione di responsabilità contabile in Spagna</i>	p.219
Riccardo Cabazzi <i>Minori vincoli, maggiore resa: la Corte dei conti Veneto (n. 180/2025) conferma la “flessibilità” in materia di assunzioni negli enti locali</i>	p.233

STORIA DELLA DOTTRINA

A cura di Giovanni Guida

.....	p.246
-------	-------

DOTTRINA

LA RESPONSABILITÀ ERARIALE NEL NUOVISSIMO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

di Maria Alessandra Sandulli
Giudice della Corte costituzionale *

Nella presentazione di questo incontro sulla pagina interna della brochure si sottolinea che il nuovissimo Codice dei contratti pubblici, alla cui redazione ho avuto l'onore di collaborare per alcune parti, diverse da quelle di cui mi occuperò in questo intervento, ha cura, all'art. 2, comma 3, di definire più compiutamente l'istituto della colpa grave, *“fornendo un contributo rilevante al superamento di tanti contrasti interpretativi che le decisioni del giudice contabile ha assunto nel corso degli anni”*. In realtà la Relazione al Codice, che si prefigge di costituire una “linea guida” alla sua interpretazione, sottolinea che la disposizione “prende atto” degli approdi della giurisprudenza della Corte dei conti: e difatti, al di là della -comunque utile- trasposizione di tali approdi in un testo legislativo, non sembra che la novella abbia posto fine ai dubbi interpretativi che essi pongono, né tanto meno, che, nonostante la declamazione del principio della fiducia, gli operatori pubblici possano sentirsi “tranquillizzati” di non essere tacciati di essere incorsi in “colpa grave” per non aver correttamente individuato e/o applicato le norme -giuridiche e tecniche- di riferimento nelle singole fattispecie.

La stessa presentazione dell'incontro ricorda invero come, la preoccupazione di incorrere nella cd “responsabilità erariale”, giornalmisticamente definita “paura della firma”, abbia rappresentato una crescente patologia dell'azione amministrativa, che ha determinato il rallentamento e, spesso, *“l'omissione della decisione amministrativa, con conseguenti danni, non solo verso i destinatari dei provvedimenti, ma anche degli operatori economici che concorrono allo sviluppo economico del nostro Paese, che, per l'effetto, ha finito per ostacolare”*.

Nelle audizioni sulla riforma della responsabilità erariale che è all'esame del Parlamento e che sembra *prima facie* appoggiata dalla recentissima sentenza 132/2024 della Corte costituzionale, è stato però evidenziato come un'eccessiva riduzione di tale responsabilità potrebbe costituire, all'opposto, un incentivo alla negligenza.

Occorre, giustamente, cercare un punto di equilibrio, perché sappiamo bene che a volte le condanne inflitte dal Giudice contabile sono per la loro gravità paragonabili a vere e proprie sanzioni. E, quindi, non dobbiamo dimenticare che tra i cd *Engel criteria*, oltre alla finalità afflittiva e alla qualificazione della misura, viene individuata come elemento idoneo a configurare una “sanzione sostanzialmente penale” anche la particolare severità dello strumento: circostanza che indubbiamente sussiste se un funzionario che guadagna poche migliaia di euro al mese si trova poi a subire una condanna milionaria. Quello della proporzionalità soggettiva è sicuramente un elemento di cui, anche alla luce della oggettiva incertezza del quadro giuridico nel quale gli operatori pubblici sono chiamati a operare, occorre tenere conto, indipendentemente dalla effettiva riconducibilità della misura a una “sanzione sostanzialmente penale”.

I principi di proporzionalità dell'azione amministrativa e di doverosa “lealtà” delle istituzioni nei confronti degli amministrati impongono invero -a mio avviso- che, a prescindere dalla finalità della misura comminata (direttamente o solo indirettamente volta a proteggere o a riparare -in forma specifica o per equivalente- l'interesse pubblico particolare leso), quando essa assuma un carattere

* Professoressa di Diritto amministrativo e di Giustizia amministrativa nell'Università degli Studi di Roma Tre e dal 19 febbraio 2025 Giudice della Corte costituzionale.

** Lo scritto riproduce fedelmente il testo della Relazione svolta dall'A. nell'ambito del Convegno di studi su “La colpa grave nella nuova definizione legislativa ex d.lgs. n. 36/2023: profili giuridici e novità applicative”, promosso dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Umbria e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, svoltosi presso lo stesso Dipartimento il 18 luglio 2024 (e integralmente videoregistrato).

particolarmente grave, trovino applicazione le garanzie probatorie, procedurali e valutative, anche in termini di valutazione dell'elemento soggettivo, proprie delle "pene".

Il che implicherebbe, non già l'eliminazione della responsabilità, ma un'attenzione a delimitare più rigorosamente possibile la colpa grave, obiettivo che non mi sembra adeguatamente raggiunto dal nuovo Codice dei contratti. Tornerò sul punto, ma penso, in linea generale, che i criteri e i limiti da seguire nell'accertamento della responsabilità erariale, almeno quando l'entità della somma da pagare supera una misura "sostenibile" per il condannato, debbano essere più prossimi a quelli operanti per la responsabilità penale: e, ciò vale, *in primis*, per la presunzione di non colpevolezza e per l'applicazione del principio *in dubio pro reo* in luogo di quello del *più probabile che non*.

Ed è questo il motivo che, unitamente alla difficoltà di determinare i veri confini della colpa grave, porta alla reazione del legislatore e ora anche della Corte costituzionale.

La sentenza 132 prende atto, senza rilievi critici, del fatto, da tempo rilevato, ma anche oggetto di critica da vari autorevoli studiosi, che il sistema si va sempre più evolvendo verso un'amministrazione orientata al "risultato" (malintesa mente letto nei primi commenti in termini di prevalenza della celerità sugli altri canoni di legittimità), e "*perciò sempre più ampiamente investita del compito di scegliere, nell'ambito della cornice legislativa, i mezzi di azione ritenuti più appropriati, di ponderare i molteplici interessi pubblici e privati coinvolti dalla decisione amministrativa, di legare insieme in un disegno unitario differenti atti e provvedimenti, e di assicurare l'efficienza, operando in un orizzonte temporale ben preciso*", perché "*il tempo, a partire dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990, non è più una variabile indipendente dell'agire amministrativo*".

Di talché, riporto sempre le parole della Corte, "*l'ampia discrezionalità, peraltro esercitata in un ambiente in cui la complessità istituzionale, sociale e giuridica è andata progressivamente crescendo, è una componente essenziale e caratterizzante tale tipo di amministrazione*". Ed ecco la seconda "presa d'atto": questa situazione, che pone l'amministrazione nella "*necessità di scegliere, entro un termine predeterminato, sovente tra un ventaglio ampio di possibilità e in un ambito non più integralmente tracciato dalla legge, accresce inevitabilmente la possibilità di errori da parte dell'agente pubblico, ingenerando il rischio della sua inazione*".

Di fronte a un evidente deterioramento della qualità delle leggi, immediatamente percepibile anche dall'involuzione della tecnica di redazione dei testi normativi (ricchi di sottonumeri, rinvii, contraddizioni e sovrapposizioni), e aggravata dalla difficoltà di gestione dei rapporti istituzionali in un ordinamento multilivello, caratterizzato dalla complessità del sistema delle fonti, il Giudice supremo della legislazione sembra, in altre parole, accettare il graduale, ma inesorabile spostamento verso l'amministrazione -e, per l'effetto, verso i giudici amministrativi- di "scelte" che sono in realtà politiche e che, come tali, dovrebbero essere espresse dagli organi rappresentativi della volontà popolare, piuttosto che essere lasciate alla "*ampia discrezionalità*" degli amministratori. Quest'ultima qualificazione evoca però un problema che va oltre la responsabilità erariale. Ho detto un attimo fa che lo spostamento delle decisioni nell'ambito amministrativo sposta per l'effetto il loro controllo alla giurisdizione amministrativa. Sappiamo però tutti che questa trova, a sua volta, forti limiti nella discrezionalità amministrativa, tanto maggiori quanto più tale discrezionalità è qualificata come "*ampia*", come si legge nella sentenza 132. E sappiamo anche che, purtroppo, come da anni vado denunciando¹, l'iniqua prospettiva della giustizia amministrativa come ostacolo alla crescita economica e una malintesa assimilazione della effettività alla celerità, a discapito della qualità, hanno indotto il legislatore a un progressivo depotenziamento del ruolo del giudice amministrativo, limitandone i poteri cautelari, riducendo gli effetti dei suoi provvedimenti caducatori, costringendo oltre ragionevole misura le tempistiche del suo processo e, persino, introducendo misure di deflazione del contenzioso.

¹ Mi si consenta il rinvio, per tutti, all'*Introduzione* al volume *Il Giudizio amministrativo, Principi e regole*, Napoli, IV ed., 2024.

Il che porta a un'altra domanda: di fronte a questo indebolimento della giustizia amministrativa, che segue peraltro alla riduzione dei controlli amministrativi, si riuscirà a intervenire in senso riduttivo della responsabilità erariale salvaguardando la garanzia del buon andamento dell'amministrazione?²

Nel contesto sopra descritto, la Consulta esprime preoccupazione per l'*over deterrence* in una situazione di *"fatica dell'amministrare"*, espressamente sottolineando come *"l'individuazione delle norme da applicare al caso concreto sia estremamente problematica e sovente non dia luogo a risultati univoci, a causa di un sistema giuridico multilivello in cui operano fonti di provenienza diversa (eurounitaria, statale, regionale e locale), spesso tra loro non coordinate"* e come a ciò si aggiungano *"le difficoltà interpretative derivanti da una caotica produzione legislativa, alimentata dalla "fame di norme" delle società moderne e dal ricorso frequente da parte della legge a "compromessi dilatori", che trasferiscono quasi interamente sull'amministrazione il compito di determinare l'assetto di interessi ed esigenze tra loro confliggenti"*, contribuendo a rendere *"più difficili le scelte amministrative in cui si estrinseca la discrezionalità e più facile l'errore, anche grave"*. Viene però a questo punto naturale chiedersi se questo trasferimento di poteri sia davvero giusto e compatibile con le garanzie proprie dello Stato costituzionale di diritto. Per gli amministrati e per i funzionari pubblici, che ne sono giustamente preoccupati: non è il loro compito ed è, alla fin fine, per questa ragione che il legislatore e ora la stessa Corte costituzionale si sono posti il problema della delimitazione della loro responsabilità, che è e deve restare una responsabilità per violazione gravemente colpevole di una disposizione di legge o dei canoni di buona amministrazione (macroscopica contraddittorietà, parzialità, ecc.) e, soprattutto in un contesto normativo e/o fattuale poco chiaro, non può estendersi agli errori eventualmente commessi nella "scelta" tra soluzioni o chiavi di lettura comunque plausibili. E, a ben vedere, a prescindere dai più ampi ambiti della discrezionalità, è anche assai dubbio che possa estendersi agli errori eventualmente commessi nell'individuazione di disposizioni "nascoste" o di controversa interpretazione o applicazione. Se sono chiamati a supplire la politica, possono davvero essere chiamati responsabili per scelte di cui i titolari degli organi legislativi non risponderebbero?

A ciò si aggiunga che spesso i funzionari pubblici non hanno la *forma mentis* e gli strumenti adeguati per svolgere proficuamente il loro lavoro, anche perché purtroppo la formazione generale nelle materie giuridiche -complici la possibilità di sostenere esami fondamentali all'estero con i programmi erasmus e il sistema dei crediti, con i correlati limiti dimensionali dei "testi consigliati" - non è sempre adeguata, a cominciare dallo studio delle fonti e delle categorie. Purtroppo gran parte dei laureati in giurisprudenza, dopo 5 e più anni di università, non ha le basi sufficienti per trovare, comprendere e applicare una disposizione di legge.

Ma, allora, qual è la conseguenza?

Purtroppo, come mi è capitato più volte di osservare, il problema creato da questo contesto è che, pur avendo un carico fiscale altissimo, non solo stiamo perdendo in quantità e qualità dei servizi (basti pensare per tutti alla sanità e ai trasporti), ma siamo di fatto chiamati a rinunciare al buon esercizio delle tre funzioni essenziali: dobbiamo prendere atto dell'inadeguatezza del sistema legislativo, dobbiamo prendere atto che, per non rallentare la macchina economica, dobbiamo rinunciare a una giustizia pienamente effettiva e, ultimo, ma non ultimo, dobbiamo rinunciare anche al buon funzionamento della macchina amministrativa, perché i suoi operatori sono troppo oberati e sono per di più chiamati a svolgere compiti che non sarebbero propri.

Tanto da aver indotto il legislatore a ridurre -e, da ultimo, sopprimere- il reato di abuso d'ufficio e a limitare, pur formalmente a tempo, la responsabilità erariale per le condotte attive alle ipotesi di

² Cfr. M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione in Il processo*, 2018.

dolo, con l'effetto, tutt'altro che indolore, di privare il sistema di un'importante forma di controllo della legalità amministrativa.

A questo proposito, peraltro, si pone una delicata questione con riguardo al silenzio significativo. La domanda che mi pongo e Vi pongo, dal momento che non ho trovato pronunce sul punto, è: quando il silenzio è equiparato per legge a una decisione implicita, ai fini della responsabilità erariale è considerato condotta omissiva o condotta attiva? È un argomento (o problema) fondamentale, almeno fino a quando le condotte attive saranno coperte dal c.d. scudo erariale.

La Corte dei conti ha del resto prontamente reagito contro le reiterate proroghe di questo strumento, che, come ho avuto più volte modo di denunciare, accompagnate ai limiti gradualmente imposti ai poteri ripristinatori e sospensivi del giudice amministrativo, rischiano di esporre le attività economiche ad alti livelli di illegittimità e a più facili ingerenze della criminalità organizzata.

Il problema assume evidente gravità in relazione all'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che, come è noto, svolgono un ruolo fondamentale nella nostra economia.

Occorre, pertanto, per un verso, evitare una distorta interpretazione dei nuovi principi del "risultato" e della "fiducia" e, per l'altro verso, chiarire in termini più netti i confini della colpa grave ivi enunciati, sì da consentire una maggiore prevedibilità della relativa individuazione e la sua conseguente re-inclusione quale elemento soggettivo della responsabilità per le condotte attive. Come ho cercato di sottolineare in altre occasioni, l'enunciazione del cd "principio del risultato" ha sicuramente il merito di evidenziare l'importanza data dal Codice all'obiettivo di arrivare rapidamente alla stipula e all'esecuzione del contratto, evitando ogni appesantimento della procedura che non sia effettivamente necessario. Non si può, tuttavia, dimenticare che l'obiettivo della tempestività non è l'unico -e neppure il primo- che il contraente pubblico è chiamato a perseguire e che esso non deve andare a detrimento del risultato virtuoso della procedura, ovvero di un risultato che rispetti il quadro normativo (anche per quanto concerne la trasparenza della procedura e l'affidamento a un operatore moralmente, economicamente e tecnicamente affidabile) e l'altro, dichiarato, obiettivo di garantire la scelta dell'offerta che presenti effettivamente il miglior rapporto qualità-prezzo. Come emerge anche dalla Relazione illustrativa, la logica del risultato attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull'attività amministrativa, è mezzo per assicurare l'*accountability*. In un'ottica di crescente efficienza delle amministrazioni pubbliche, questo concetto di responsabilizzazione è ribadito in vari articoli del Codice. Si tratta di un'attenzione importante, perché, se è vero che una delle più significative novità del testo è costituita dall'ampliamento dei poteri discrezionali dell'ente committente³, è anche vero che dall'altra parte, oltre agli operatori economici, c'è la collettività, cui il committente, attraverso la costruzione e la gestione della procedura e del rapporto con l'appaltatore/concessionario, deve assicurare che il contratto – e la spesa pubblica da esso implicata, in termine di risorse umane ed economiche – consenta l'acquisizione di un servizio, un'opera, una fornitura di livello adeguato al miglior soddisfacimento sostenibile delle esigenze perseguite. Troppo spesso si sente purtroppo affermare, anche dai giudici amministrativi, che le controversie sull'affidamento dei contratti pubblici sono di fatto controversie tra privati: non è così. Sono controversie che, come tutte quelle che involgono l'esercizio dei poteri pubblici e, anzi, in grande misura, incidono sugli interessi della collettività.

Ma, tornando al tema di cui oggi discutiamo, qual è il rapporto tra questi principi e la responsabilità dei funzionari pubblici? Il raggiungimento del risultato è indicato dal comma 4, lett. *a*, del primo articolo del Codice come elemento da valutare ai fini della responsabilità, sia amministrativa (la cd.

³ Cfr. la puntuale analisi di M.R. SPASIANO nella Relazione al convegno organizzato presso l'Università di Catania nei giorni 22-23 settembre 2023, *Principi e discrezionalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 24/2023. Il tema della valorizzazione della discrezionalità nel nuovo codice contrattuale è ripreso dallo stesso A. nello scritto *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, *ivi*, 9/2024. V. anche L. CARBONE, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO, Napoli 2023, 12.

responsabilità erariale), che disciplinare. Lo scopo dichiarato della disposizione è quello di contrastare ogni forma di burocrazia difensiva: si premia il funzionario che raggiunga il risultato, attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità. La norma non deve però indurre in equivoco. Se è vero che il risultato deve essere valutato anche in termini di rispetto dell'efficienza temporale -considerato un elemento di apprezzamento-, da quanto sopra detto, e dai principi generali che informano l'esercizio dell'azione amministrativa, discende che tale rispetto non può essere, di per sé solo, una esimente di responsabilità nel caso in cui il contratto non sia stato legittimamente affidato. Ciò in quanto, come visto e mi si perdoni l'insistenza, il risultato non è solo celerità, ma è una giusta e proporzionata combinazione tra questa e gli altri fattori: rispetto della legalità e del miglior rapporto qualità prezzo. Non basta quindi essere rapidi, se la procedura di scelta del contraente è affetta da vizi significativi. La "fiducia" declamata dal Codice nei confronti del committente e degli operatori economici non è incondizionata. Come osservato anche dal Presidente Maruotti nella Relazione per il suo insediamento al vertice del Consiglio di Stato, essa "*va meritata e l'amministrazione la merita se comunque si comporta correttamente*". Si torna, allora, alla rilevanza della valutazione che i giudici -amministrativi, civili, penali e, per quanto qui interessa, contabili- esprimeranno su coloro che commetteranno questi "errori".

Merita a questo punto svolgere alcuni sintetici rilievi.

Che cosa è previsto oggi per la responsabilità erariale? Il nuovissimo Codice dei contratti ne parla solo con riferimento al rapporto con il Collegio consultivo tecnico: il c.d. "CCT", ennesimo strumento di "deflazione del contenzioso" che però va contraddittoriamente a impegnare i giudici in attività extra-istituzionali (!) e sul quale nutro fortissime perplessità, perché non riesco a convincermi dell'opportunità che giudici amministrativi e contabili in servizio -una comunità relativamente piccola chiamata a giudicare committenti e concorrenti nella delicata fase dell'affidamento dei contratti pubblici o in quella conseguente della responsabilità connessa alla cattiva gestione delle risorse pubbliche- svolgano importanti ruoli di consulenza in ordine all'esecuzione di tali contratti, ovvero a questioni di più stretta competenza civilistica. L'unico passaggio in cui il Codice fa riferimento alla responsabilità erariale è, come dicevo, quello in cui afferma che, qualunque sia la valenza che le parti intendano attribuire alle decisioni (pareri o determinazioni) del CCT, in ogni caso, la relativa inosservanza è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. Di contro, "*l'osservanza delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico, è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa*". Qualunque sarà la sorte della norma generale, introdotta dal d.l. n. 76/2020 (decreto "*semplificazioni*" 2020) e ripetutamente prorogata, che esclude -da ultimo fino al prossimo 30 aprile- la responsabilità erariale per colpa grave per le condotte attive, dunque, nell'esecuzione dei contratti pubblici il rischio di incorrere in responsabilità erariale per colpa grave sarà evitabile, anche per le condotte omissive, "affidandosi" alle determinazioni del CCT.

Il tema, come è agevole comprendere, non è di poco conto, e si intreccia con quello della possibilità di configurare/trasferire tali responsabilità in capo ai membri del CCT.

Merita peraltro segnalare che, mentre il decreto "*semplificazioni*" n. 76/2020 aveva espressamente precisato che la mancata stipula del contratto nei termini di legge determinava responsabilità erariale, la precisazione non è ripetuta nel decreto "*semplificazioni-bis*" n. 77/2021, né nell'art. 12-*bis* del d.l. n. 68/2022 (traslato dall'art. 3 del d.l. n. 135 e inserito dalla legge n. 120/22, in sede di conversione, con mozione di fiducia, del suddetto d.l. n. 68), di accelerazione delle procedure di realizzazione degli interventi finanziati da risorse PNRR, e neppure nel Codice dei contratti del 2023.

Che cosa succede, quindi, se il funzionario competente non stipula il contratto nel termine stabilito dalla legge (che, peraltro, nel nuovo sistema, decorre dall'esito positivo della verifica dei requisiti ed è difficilmente suscettibile di sospensione)? Si ricorda, infatti, a questo proposito che il legislatore esclude espressamente la possibilità di giustificare la mancata stipula con la mera pendenza di un giudizio, fuori dei casi in cui questo abbia implicato una sospensione *ex lege* o *iussu iudicis*: casi che sono sensibilmente ridotti, nella prima ipotesi, per l'innalzamento delle "soglie di rilevanza

comunitaria” sotto le quali non opera il cd *standstill period* e, nella seconda ipotesi, per i rigorosi limiti imposti al potere giurisdizionale di sospensione dell’efficacia dell’atto che dispone l’affidamento (valga, da ultimo, in termini di difficile compatibilità eurounitaria, il richiamato art. 12-*bis* d.l. n. 68/2022, che, oltretutto, limita l’efficacia temporale della misura cautelare eventualmente concessa).

Orbene, con riferimento alla mancata stipula del contratto, il Codice del 2023 si limita ad affermare, all’art. 5, la rilevanza della condotta omissiva “*ai fini della buona fede*”; evidentemente, nei confronti dell’aggiudicatario. Senonché l’aggiudicatario è lo stesso soggetto che il Codice assoggetta al rischio di subire un’azione di rivalsa, e, anzi, anche un’azione autonoma di responsabilità (v. nuovo art. 124, co. 1, c.p.a.) da parte del committente, qualora, “*con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo*”. L’incertezza sulla lettura che si darà all’aggettivo “*illecito*” (non accompagnato da ulteriori specificazioni), e il fondato rischio che i giudici ne propongano una lettura “*ampia*”, non assistita dalle garanzie del diritto penale, rendono tutt’altro che improbabile il fatto che l’aggiudicatario concordi il rinvio della stipula. Come ho avuto modo di segnalare in varie occasioni⁴, infatti, le recenti riforme del contenzioso sui contratti pubblici, non solo, come detto, rendono sempre più remota la possibilità che il giudice sospenda l’aggiudicazione, ma hanno altresì ampliato l’ambito di applicabilità dei limiti degli effetti della sospensione e dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto già stipulato. La tutela giurisdizionale è, quindi, spesso ridotta a una mera tutela risarcitoria, e, se l’aggiudicatario è chiamato a pagare ogni qual volta il suo comportamento è configurato come antigiuridico, è, come dicevo, verosimile che concordi il rinvio della stipula.

Il funzionario responsabile si troverà, comunque, “stretto” tra due fuochi: il rischio di incorrere in responsabilità erariale, in base ai principi generali che la regolano (ancorché non specificamente evocati dal Codice), per il danno eventualmente conseguente alla mancata stipula (che, come condotta omissiva, non è coperto da “scudi”), e quello di essere chiamato responsabile degli eventuali oneri risarcitori nei confronti dei concorrenti illegittimamente estromessi o pretermessi, che, se invece stipula, fa gravare (almeno in parte) sull’ente per il quale agisce.

Merita a questo punto sinteticamente soffermarsi sulla perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante per la responsabilità amministrativa operata dall’art. 2 del Codice (dedicato al cd. “*principio della fiducia*”). Si tratta di una norma sicuramente importante e interessante, perché, come sottolineato anche dalla Relazione illustrativa, purtroppo, il confine tra la colpa grave e la colpa lieve è “labile” e, anche nella giurisprudenza della Corte dei conti, ha generato grandi incertezze interpretative, che hanno inevitabilmente ampliato il richiamato fenomeno della burocrazia difensiva, che l’enunciato principio della fiducia si propone di superare. Per questa ragione, l’art. 2, al co. 3, ricollega la colpa grave soltanto alla violazione delle norme di diritto e degli autovincoli e alla “*palese*” violazione delle regole di prudenza, perizia e diligenza, con la precisazione, però, che non è mai configurabile una colpa grave per le violazioni o le omissioni determinate dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. La Relazione sottolinea che questa disposizione codifica la giurisprudenza e, quindi, il diritto vivente formatosi nell’ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti. Essa presenta però, a sua volta, vari profili di incertezza. Si parla, infatti, in termini generalissimi, di violazione di “*norme di diritto*” e quindi, a differenza di quanto disposto per l’abuso d’ufficio, per incorrere in colpa grave basta una qualunque violazione di un atto normativo. Si dovrebbe comunque – ma il condizionale in questa materia è sempre d’obbligo – trattare solo di quelle contenute nelle “fonti”, con conseguente esclusione delle cd norme interne (circolari, direttive, atti di indirizzo), e, in genere, degli atti di cd *soft law* (linee guida, comunicazioni, atti regolatori di carattere non regolamentare delle AII, e simili), che, giova sottolinearlo, non hanno valenza normativa e, in quanto letti come atti interpretativi, sono stati utilizzati anche in chiave

⁴ Da ultimo, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023

retroattiva (generando, talvolta, responsabilità non facilmente prevedibili). Come non è norma neppure la Relazione illustrativa del Codice dei contratti. La riferita disposizione codicistica fa poi, come visto, riferimento anche agli “autovincoli” (quindi, per esempio, i criteri stabiliti dal bando o dalla commissione prima di procedere e, in un’accezione unitaria di Amministrazione, i vari atti non normativi sopra individuati), nonché – e qui il confine diventa ancora più labile – alla “*palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza*”. È quindi, di fatto, nuovamente affidata alla giurisprudenza l’individuazione dei casi si è in presenza di una violazione “*palese*” di tali regole generali legate a concetti giuridici indeterminati. Analoga, se non maggiore, difficoltà, si rinviene nel cercare il criterio per individuare gli indirizzi giurisprudenziali “*prevalenti*” il riferimento ai quali opera come esimente dalla colpa grave. Su quali profili va tarata la “prevalenza”? È un criterio quantitativo o occorrerà tenere conto dell’autorevolezza del consesso? E *quid iuris* in caso di non omogeneità di vedute tra i vari plessi giurisdizionali (in specie, tra le varie magistrature supreme, tra cui la stessa Corte dei conti)? Quanto ai pareri delle autorità competenti, immagino che siano essenzialmente quelli dell’ANAC e dell’AGCM, ma in qualche incontro ho sentito autorevoli relatori includervi anche quelli dell’Avvocatura dello Stato: c’è quindi comunque un’area oscura, anche a questo riguardo. Tanto è vero che lo stesso Codice prevede poi (e invita anzi a ricorrere a) sistemi di assicurazione. A proposito di esenzioni di responsabilità per conformazione ai pareri delle autorità competenti, merita segnalare che l’art. 46 l. n. 238/2021 (cd. “*legge europea 2019*”) stabilisce, senza limiti temporali, che su “*fattispecie*” di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, concernenti l’esercizio delle funzioni e le attività finanziate con risorse stanziare dal PNRR e dai fondi complementari al PNRR, la Corte dei conti, su richiesta delle amministrazioni e degli organismi di diritto pubblico, deve esprimere il proprio parere sulle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica, escludendo, in ogni caso, la gravità della colpa qualora i richiedenti vi si conformino. Si offre, in questo modo, ai funzionari pubblici diligenti (che si attivino per la richiesta e il rispetto di tali pareri), un ulteriore strumento di tutela (a oggi, a quanto è dato sapere, mai utilizzato), ma si determina un uso improprio della funzione consultiva, che, investendo situazioni particolari, finisce col tradursi in una criticata forma di cogestione.

*

Cercando di trarre qualche considerazione di sintesi, pensando alle possibili linee direttrici della ricerca del difficile equilibrio tra le diverse esigenze di cui ha parlato la sentenza 132/2024, si ricorda che l’art. 97 Cost., nell’enunciare i principi di legalità, buon andamento e imparzialità dell’amministrazione, delinea un sistema nel quale i funzionari pubblici devono essere “competenti” (e, dunque, devono essere adeguatamente formati per assolvere diligentemente i compiti relativi alle attribuzioni di spettanza dei relativi organi e uffici) e devono, conseguentemente, anche, assumersene la responsabilità. Ciò, tuttavia, evidentemente, per quanto fin qui detto, senza sentire il fucile puntato contro di loro e dover lavorare con la preoccupazione di incorrere in responsabilità sproporzionate agli impegni che sono oggettivamente in grado di assolvere (per il contesto, per le risorse, e per il livello di preparazione che viene loro richiesto anche in sede concorsuale). Se si sono comportati in modo mediamente diligente (in rapporto a quanto esigibile per la specifica tipologia di attività loro affidata e per le risorse disponibili), adoperandosi, per quanto possibile, a rispettare le regole, nonostante la rilevata difficoltà della relativa ricerca e interpretazione, la linea che gli organi di controllo dovrebbero seguire per valutarne la responsabilità a fronte di condotte ritenute illegittime non dovrebbe essere quella di massima rigidità.

Ricordo, del resto, che, in varie occasioni, mi sono espressa in modo netto contro una presunzione di responsabilità dei dirigenti e dei funzionari pubblici, perché in un contesto normativo oggettivamente incerto non è possibile “presumerne” la colpa.

In una prospettiva più ampia, non è però nemmeno possibile presumerne l’irresponsabilità e far gravare tutta o gran parte della responsabilità sugli amministrati. Come sempre, occorre equilibrio e proporzionalità e quindi equa considerazione di entrambi i profili: onere degli operatori pubblici e privati di agire in buona fede alla stregua delle loro capacità e delle loro competenze e dovere dei controllori e dei giudici di tenere conto della oggettiva difficoltà di lettura del quadro normativo e

tecnico di riferimento, come del resto agevolmente percepibile anche dalle frequenti e numerose incertezze giurisprudenziali.

In sintesi, se si ritiene opportuno e/o necessario allargare e valorizzare la discrezionalità amministrativa, con una rete di protezione dei dipendenti e funzionari pubblici rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato, questa rete non deve determinarne un'assoluta deresponsabilizzazione, e, tanto meno, deve tradursi in una eccessiva responsabilizzazione degli amministrati, che, come dimostra il vasto e intricato sistema delle autocertificazioni, sono fin troppo spesso chiamati ad assumersi responsabilità che non sarebbero di loro spettanza⁵.

Ho quindi apprezzato la sentenza n. 5 del 2021 della Corte costituzionale, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale (per contrasto con l'art. 23 Cost.) di una disposizione di legge regionale (nella specie, l.r. Veneto n. 21/2019) che rimetteva di fatto all'Amministrazione (nella specie la Giunta regionale) la determinazione dei presupposti per l'applicazione (o non applicazione) di una sanzione amministrativa, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale (con riferimento ai principi di ragionevolezza e buon andamento enunciati dagli artt. 3 e 97 Cost.) della disposizione della medesima legge che *“vieta l'irrogazione di sanzioni amministrative in materie di competenza esclusiva della Regione laddove non sia consentita la previa «regolarizzazione degli adempimenti o la rimozione degli effetti della violazione da parte del soggetto interessato»”,* affermando la plausibilità di una tale scelta legislativa, giustificata dalla difesa regionale con riferimento – da un lato – all' *“elevato livello di complessità di molte prescrizioni sanzionate a livello amministrativo”*, e – dall'altro – alla *“prospettiva di un rapporto tra pubblica amministrazione e consociati imperniato su uno schema dialogico-collaborativo anziché oppositivo”*.

*

Prima di chiudere queste brevi considerazioni ritengo doveroso sollecitare anche una più attenta riflessione sulla natura della condanna per responsabilità erariale. Ho già detto che, talvolta, il funzionario è condannato a pagare somme talmente elevate da assumere un grado di severità proprio di misure che, secondo i cd *Engel criteria*, sarebbero qualificabili come *“sostanzialmente penali”*. Nello stesso senso induce la natura *“personale”* della suddetta responsabilità. Anche con riferimento al criterio *“finalistico”*, la giurisprudenza nazionale ha ripetutamente posto l'accento sulla natura prevalentemente sanzionatoria e deterrente (e non meramente risarcitorio-compensativa) di tale responsabilità. In primo luogo, la Corte costituzionale, nelle sentenze nn. 453/1998 e 355/2010, ha affermato che la limitazione della responsabilità contabile ai soli casi di dolo o colpa grave permette di *“accentuarne i profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori”*. E pure nella sentenza 132/2024 si dà atto che *“la dottrina prevalente e la stessa giurisprudenza costituzionale sottolineano il carattere composito della responsabilità in esame, in ragione del concorrere delle funzioni di prevenzione, risarcitoria e sanzionatoria (tra le più recenti, sentenze n. 123 del 2023 e n. 203 del 2022)”*.

Anche la Corte di Cassazione (sez. un., sent. n. 14632/2015) ha sottolineato che, a differenza del giudizio civile introdotto dalla P.A., il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile promosso innanzi alla Corte dei conti dal Procuratore contabile persegue *“una funzione non già riparatoria e integralmente compensativa, ma essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria la cui disciplina, come è stato autorevolmente affermato dalla Corte Costituzionale, si caratterizza «per una combinazione di elementi restitutori e deterrenti»*. [...] il Giudice Contabile [...] opera, nella ricostruzione del nesso causale intercorrente tra la violazione dei doveri di servizio e l'evento di danno, secondo criteri di carattere tipicamente penalistici (il cd. criterio della *«probabilità prossima*

⁵ Mi si consenta il rinvio, anche per ulteriori richiami, al capitolo su *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, nel volume *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Milano, 2023

alla certezza» - Corte dei Conti merito, che richiama sul punto Cass. pen., SS.UU. n. 30328 del 10 luglio 2002)”. Ancora, nel senso di una funzione “essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria” della responsabilità amministrativo-contabile, possono citarsi Cass., sez. un. 14230/2020, 4883/2019, 20075/2013 e 26806/2009, nonché Cass. 32929 e 49990/2018). Anche le sentenze Cass. sez. un., 5756/2012 e 8634/2020 hanno rimarcato che “la responsabilità amministrativa present[a ...] una particolare connotazione derivante dalla accentuazione dei profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori”, avente una “funzione prevalentemente sanzionatoria”. Nello stesso senso, si sono espresse le pronunce delle sezioni penali della Corte di Cassazione (8870/2021 e 13382/2020). La medesima, già richiamata, sentenza 14632/2015 delle sezioni unite civili ha, poi, ha messo in luce che l’azione esercitata dal Procuratore contabile mira alla tutela di interessi generali⁶, ciò che, anche secondo la Corte EDU, costituisce carattere proprio delle sanzioni “punitive”.

Il tema, come è agevole comprendere, è di massima rilevanza, perché dalla qualificazione della condanna come sanzione deriverebbe la necessità di applicare l’art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*. Il che, se, per un verso, in base al principio di presunzione di innocenza (“*in dubio pro reo*”, enunciato dall’art. 27 Cost. e riconducibile agli artt. 48, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e 6, § 2, della CEDU) impone che la colpevolezza “sia legalmente accertata” e non semplicemente “presunta” applicando il criterio di stampo civilistico del “*più probabile che non*”; per l’altro verso avrebbe implicato che, in applicazione del principio di retroattività della *lex mitior*, anche i fatti commessi prima del d.l. n. 76/2020 potessero essere considerati fonte di responsabilità soltanto in presenza di dolo. La stretta correlazione con il particolarissimo contesto in cui è stato introdotto - e poi prorogato - lo “scudo”, in forza della quale la sentenza 132/2024 ne ha salvato la legittimità costituzionale, consente però di escludere quest’ultimo effetto.

Non è evidentemente questa la sede per affrontare *funditus* la questione della natura della responsabilità erariale.

Mi limito quindi, ancora, soltanto a richiamare l’attenzione sulla posizione assunta al riguardo dalla Corte EDU, che ha lambito il tema (a quanto a me noto) soltanto nel caso, di certo ben presente all’odierno uditorio, dell’assessore Rigolio, condannato per danno all’immagine del Comune, affrontato nel 2014 e ripreso nel 2023. Ebbene, con riguardo a tale vicenda la Corte, premessa la valenza non dirimente della qualificazione data alla misura dall’ordinamento nazionale, ha ritenuto che la finalità di tutela dell’interesse pubblico particolare dell’amministrazione a godere di una buona reputazione e lo scopo riparatorio e non punitivo della misura non fossero riconducibili a una sanzione penale, ma ha poi vagliato anche l’altro elemento che, secondo gli *Engel criteria*, può essere autonomamente sufficiente ad attrarre una misura all’ambito penale: la sua gravità e severità, che vanno evidentemente valutate in relazione al caso concreto. E ha escluso la natura penale della condanna disposta nella specie dalla Corte dei conti perché il mancato pagamento della somma non avrebbe implicato limitazioni della libertà personale e perché il suo ammontare era stato stabilito in 41.316, 55 euro, somma che non era tale da determinare per l’interessato conseguenze patrimoniali importanti al punto tale da conferire alla procedura *de qua* una “colorazione penale”.

A oggi, dunque, la Corte EDU non ha escluso in modo assoluto che una condanna al pagamento di una somma particolarmente elevata possa essere qualificata come “sanzione penale”, con le conseguenze sopra esposte.

Le proposte di riforma all’esame del Parlamento e la sentenza 132/2024 della Corte costituzionale, ipotizzando la previsione di un tetto parametrato alla retribuzione dei funzionari pubblici e l’obbligatorietà dell’esercizio del potere riduttivo, costituiscono peraltro indubbiamente un

⁶ “tutela l’interesse pubblico generale al buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) e al corretto impiego delle risorse pubbliche; ossia quell’interesse direttamente riconducibile al rispetto dell’ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali ed indifferenziati; non l’interesse particolare e concreto dello Stato in ciascuno dei settori in cui si articola o degli altri enti pubblici in relazione agli scopi specifici che ciascuno di essi persegue”. Egli vigila per l’osservanza delle leggi, per la tutela cioè dello Stato e per la repressione dei danni erariali conseguenti ad illeciti amministrativi”

elemento a favore della natura non prettamente risarcitoria della responsabilità amministrativa, che, del resto, la stessa Consulta dichiara essere “*combinata*” con quella deterrente, che è piuttosto tipica della misura sanzionatoria.