

I principi e le responsabilità nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Tecniche rivolte a vincere la c.d. “paura della firma”

*Michele Gerardo**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La disciplina sulla responsabilità nel nuovo codice dei contratti. In specie: disciplina riguardante la responsabilità precontrattuale - 3. La disciplina sulla responsabilità nel nuovo codice dei contratti. In specie: disciplina riguardante la responsabilità amministrativo-contabile del dipendente della P.A. - 4. Motivi sottostanti alla disciplina sulla responsabilità amministrativa contabile emergente dal Codice dei contratti in raccordo con l’art. 21 D.L. n. 76/2020 - 5. Aporie della disciplina sulla responsabilità amministrativa contabile emergente dal Codice dei contratti in raccordo con l’art. 21 D.L. n. 76/2020 - 6. Che fare? - 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36, di seguito C. contr.) si apre con l’enunciazione dei principi della materia - *rectius*: le norme generali - regolatori tanto della fase pubblicistica (procedura di affidamento), ossia della scelta del contraente della P.A., quanto della fase privatistica, ossia l’esecuzione, del contratto ad evidenza pubblica (appalto e concessione). Si rileva in dottrina che *“i principi mirano a esprimere la ‘visione’ complessiva della regolamentazione della materia che, in quanto tale, orienta l’interpretazione e l’applicazione delle singole disposizioni. Può dunque ben dirsi che i principi esprimono una sorta di ‘plusvalore’ giuridico rispetto alle singole norme. Il ricorso ai principi, inoltre, assolve a una funzione di completamento dell’ordinamento giuridico (sebbene il Codice individui due diversi plessi normativi di riferimento per colmare le lacune, su cui si tornerà più avanti) e di indirizzo/garanzia per gli interessi pubblici e privati in gioco”* (1).

Nei detti principi sono contenute varie enunciazioni inerenti la materia della responsabilità degli attori coinvolti. Si vuole in questa sede operare una disamina della interferenza dei principi permeanti la materia dei contratti pubblici con la disciplina della responsabilità.

A quest’ultimo riguardo si osserva, a volo d’uccello, che la parte pubblica (committente e concedente) e la parte privata (appaltatore e concessionario)

(*) Avvocato dello Stato.

Relazione predisposta dall’Autore in occasione del Convegno “I principi e le responsabilità nel nuovo Codice dei contratti pubblici” tenutosi presso l’Università degli Studi di Napoli Federico II (4 dicembre 2023).

(1) Così G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2023, 3, p. 287.

nei contratti pubblici - come qualsivoglia soggetto di diritto - sono sottoposti alle ordinarie responsabilità; analogo discorso vale per i loro organi. Ossia e tra l'altro:

a) le persone fisiche riconducibili alle dette parti (organo, rappresentante, dipendente) possono incorrere nella responsabilità penale;

b) le parti ed i loro organi (e/o rappresentanti e/o dipendenti) sono esposti alla responsabilità civile, aquiliana, verso terzi. Con la particolarità che gli organi (e simili) rispondono degli illeciti solo per dolo o colpa grave (art. 23, comma 1, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3);

c) sussiste la responsabilità precontrattuale per danni arrecati nella fase dell'evidenza pubblica;

d) sussiste - nei reciproci rapporti - la responsabilità contrattuale per danni arrecati dall'una all'altra parte nella fase successiva alla stipula del contratto;

e) infine gli organi (e simili) della parte pubblica sono esposti alla responsabilità disciplinare, amministrativo-contabile e, se dirigenti, alla responsabilità manageriale.

Allorché si operi nell'ambito dei contratti pubblici questa disciplina subisce precisazioni e deroghe giusta le statuizioni contenute nel nuovo codice dei contratti e nella legislazione complementare.

2. La disciplina sulla responsabilità nel nuovo codice dei contratti. In specie: disciplina riguardante la responsabilità precontrattuale.

La materia della responsabilità è stata variamente incisa dai principi generali posti all'esordio del codice dei contratti. Un primo intervento ha riguardato la responsabilità precontrattuale.

La regola di diritto comune stabilisce che *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”* (art. 1337 c.c.). La violazione di questo precetto determina la responsabilità precontrattuale, costituente una *species* di quella aquiliana (2). Va rilevato che la responsabilità precontrattuale della P.A. viene ormai generalmente ammessa anche nell'ambito di procedimenti di gara diversi dalla trattativa privata (3). Ciò in quanto anche nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amm.ne è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico,

(2) Questa qualificazione non è incontrovertibile. Secondo Cass. S.U. 28 aprile 2020, n. 8236 la responsabilità precontrattuale costituisce una specie di responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato.

(3) Conf. *ex plurimis*: Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; da ultimo: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 secondo cui la responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto della stazione appaltante sussiste in relazione a tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, e può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario - all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto - ai doveri di correttezza e buona fede.

le norme generali dell'ordinamento civile - richiamate nell'art. 1, comma 2 *bis*, L. 7 agosto 1990, n. 241 - che impongono di agire con lealtà e correttezza e la loro violazione può configurare una responsabilità da comportamento scorretto, che incide sul diritto soggettivo dei privati di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali (4). La responsabilità in esame postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa (5).

Sicché sussiste tale responsabilità nel caso in cui l'amm.ne, in modo negligente, avvia trattative senza controllare l'effettiva disponibilità di risorse finanziarie (necessarie a sostenere gli impegni contrattuali ove le trattative giungano a buon fine) e - dopo avere coinvolto l'interlocutore in trattative inutili - recede in modo ingiustificato dalle stesse rendendosi conto della impotenza finanziaria oppure, in fase avanzata, revoca l'atto di aggiudicazione o, l'autorità tutoria opera il diniego dalla approvazione del contratto (6).

Ciò rilevato in via generale, si osserva che - nel Codice dei contratti - nell'ambito dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento amministrativo (7) è enunciato che *“In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico”* (art. 5, comma 3, C. contr.); è enunciato altresì che *“Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito”* (art. 5, comma 4, C. contr.).

Questa disciplina, con portata dichiarativa di regole giuridiche tutto sommato già ricavabili dal sistema, tende - in modo equilibrato - a contenere, per

(4) Conf. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018 cit.

(5) Conf. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21.

(6) Conf. Cons. Stato, 5 maggio 2016, n. 1797 secondo cui in caso di revoca legittima degli atti di aggiudicazione di gara per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amm.ne che abbia tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza soprattutto perché, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione non abbia immediatamente ritirato i propri provvedimenti, prolungando inutilmente lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle *chances* di conseguire l'appalto.

(7) Giusta il comma 1 dell'art. 5 C. contr. *“Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”*.

la parte pubblica, i pregiudizi scaturenti dalla caducazione della aggiudicazione (specie quelli relativi al risarcimento del danno).

3. La disciplina sulla responsabilità nel nuovo codice dei contratti. In specie: disciplina riguardante la responsabilità amministrativo-contabile del dipendente della P.A.

I principi generali del Codice dei contratti - ed in particolare il principio del risultato ed il principio della fiducia - vanno ad incidere prevalentemente sulla responsabilità amministrativo-contabile degli organi e dei dipendenti della P.A.

Come noto, nell'evenienza che il danno sia stato arrecato - dall'organo o dal dipendente della P.A. - direttamente o indirettamente all'amm.ne di appartenenza o ad altra amm.ne, la responsabilità civile assume connotati particolari e speciali, ricorrendo la fattispecie della responsabilità amministrativa, attribuita alla giurisdizione della Corte dei conti (8). Trattasi - venendo in rilievo una responsabilità inerente ad uno specifico rapporto giuridico preesistente *inter partes* - di responsabilità contrattuale, seppure con significative deroghe al normale regime del codice civile.

I funzionari, gli impiegati, gli agenti, anche militari, che nell'esercizio delle loro funzioni, per errore ed omissione imputabili anche solo a colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra P.A. dalla quale dipendono sono, infatti, sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali; la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico del responsabile tutto o parte del danno arrecato o del valore perduto (in tal senso art. 52 R.D. 12 luglio 1934 n. 1214). Regole analoghe sono sparse in varie disposizioni (es. art. 83 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440; art. 18 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3; art. 61 L. 11 luglio 1980, n. 312 con riguardo alla responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali).

Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa possono così sinteticamente individuarsi: a) rapporto di servizio; b) comportamento dan-

(8) Sulla responsabilità amministrativa: M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche*, II edizione, Giuffrè, 2013, pp. 796-822; P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, V edizione, Maggioni, 2012, pp. 687-714; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, Giuffrè, 2012, pp. 100-105; C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, V edizione, Giappichelli, 2011, pp. 145-189; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, IV edizione, Giuffrè, 2005, pp. 294-309; C. ANELLI, F. IZZO, C. TALICE, *Contabilità pubblica*, Giuffrè, 1996, II edizione, pp. 955-1034; A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Jovene, 1990, XII edizione, pp. 753-901.

noso; c) danno; d) nesso causale; e) elemento psicologico. La responsabilità è circoscritta ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave. La colpa grave consiste nella violazione della diligenza minima (mentre integra la colpa lieve la violazione della ordinaria diligenza). La colpa grave esclude la volontarietà, ma non si esaurisce solo - come la colpa c.d. lieve - nella negligenza, imprudenza o imperizia, dovendo le stesse esser elevate, macroscopiche. Si deve trattare, insomma, di violazioni grossolane del dovere di diligenza, di prudenza e di perizia (*non intelligere quod omnes intelligunt*). L'illustrato regime normativo esonera da responsabilità il dipendente che versa in colpa lieve nell'evidente obiettivo di non gravare il dipendente di preoccupazioni eccessive in ordine alle conseguenze patrimoniali della propria condotta. Preoccupazioni che - in particolare in una fase storica legislativamente dinamica, in cui la P.A. si trova a operare in una realtà normativa estremamente complessa e talvolta disarticolata - condurrebbero fatalmente all'inerzia e alla paralisi amministrativa.

Il giudizio di responsabilità viene instaurato da un attore pubblico (il Procuratore Regionale presso la Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti) il quale agisce nell'interesse della comunità intera, assorbendo, perciò nella sua funzione anche la difesa della P.A. danneggiata.

Con riguardo al principio del risultato (9), il comma 4 dell'art. 1 C. contr. enuncia che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per "*valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti*". Il tenore generico della previsione parrebbe riferibile a tutte le ipotesi di responsabilità del dipendente pubblico; tuttavia il terreno preferenziale è quello della responsabilità amministrativo-contabile. Anche questa disposizione, in fondo, non è rivoluzionaria; ha una portata dichiarativa delle regole giuridiche operanti in materia.

Il principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici ex art. 2 C. contr. (10) viene declinato anche nel senso che "*Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e*

(9) Giusta il comma 1 dell'art. 1 C. contr. "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*".

(10) Giusta il comma 1 dell'art. 2 C. contr. "*L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*".

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. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti" (art. 2, comma 3, C. contr.). Si enuncia altresì *"Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7"* (art. 2, comma 4, C. contr.).

La vera novità contenuta nell'art. 2 cit. è la previsione della copertura assicurativa in uno alla norma secondo cui non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Per il resto la disposizione è ricognitiva dello stato della giurisprudenza contabile in materia (come la previsione secondo cui costituisce colpa grave 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) oppure di contenuto generico (è il caso della previsione secondo cui costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto).

Con riguardo alla copertura assicurativa si ricorda che l'art. 3, comma 59, L. 24 dicembre 2007, n. 244 vieta, sotto comminatoria della nullità testuale, la stipulazione del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile; con la previsione altresì che in caso di violazione della disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo. Il divieto in esame - ritenuto dalla giurisprudenza contabile espressione di un principio generale - è oggetto di valutazioni contrastanti e *de jure condendo* se ne propone l'abrogazione, per curare la patologia definita della amministrazione difensiva, o della *"paura della firma"*. Sul punto, in materia di contratti pubblici, l'art. 2, comma 4, C. contr. innova significativamente il quadro preesistente.

Le due citate disposizioni - sia quella relativa alla copertura assicurativa che quella enunciante che non costituisce colpa grave la violazione o l'omis-

sione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti - hanno la finalità di disinibire gli operatori pubblici dalla c.d. paura della firma nelle vicende negoziali ove si è esposti - tenuto conto dell'elevato valore dei contratti - a rilevanti responsabilità. Le due disposizioni in esame si raccordano intimamente con l'art. 21, comma 2, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. L. 11 settembre 2020, n. 120 sulla esclusione - *ad tempus*, fino al 30 giugno 2024 - della responsabilità per condotte commissive con colpa grave dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti per l'azione di responsabilità amministrativo contabile. La disposizione da ultimo citata testualmente dispone: *“Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2024, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”*. Nella Relazione illustrativa al D.L. cit. relativamente all'art. 21 si enuncia che *“la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità viene limitata al solo profilo del dolo per le azioni e non anche per le omissioni, in modo che i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo”*.

Le due disposizioni si raccordano altresì con la novella dell'art. 323 c.p. - operata dall'art. 23 D.L. n. 76/2020 - diretta a specificare l'ambito applicativo del reato di abuso d'ufficio che era connotato da margini di indeterminatezza, con deficit di tassatività. Come è noto è stato previsto che le parole *“di norme di legge o di regolamento”* sono sostituite dalle seguenti: *“di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”*. Nella Relazione illustrativa al D.L. Semplificazioni relativamente all'art. 21 si enuncia che *“La disposizione interviene sulla disciplina dettata dall'articolo 323 del codice penale (Abuso d'ufficio), attribuendo rilevanza alla violazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, nello svolgimento delle pubbliche funzioni, di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, attribuendo, al contempo, rilevanza alla circostanza che da tali specifiche regole non residuino margini di discrezionalità per il soggetto, in luogo della vigente previsione che fa generico riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento. Ciò al fine di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio”* (11).

4. *Motivi sottostanti alla disciplina sulla responsabilità amministrativa contabile emergente dal Codice dei contratti in raccordo con l'art. 21 D.L. n. 76/2020.*

La disciplina sulla responsabilità amministrativa contabile emergente dal Codice dei contratti in raccordo con l'art. 21 D.L. n. 76/2020 prende atto dell'esistente, cercando di razionalizzarlo. Ossia che, nell'attuale momento storico, l'attività contrattuale è regolata da una normativa complessa e viene svolta con risorse umane con formazione non adeguata ai compiti da svolgere. La descritta complessità determina - ad una osservazione empirica - la c.d. paura della firma. La paura della firma - come un cane che si morde la coda - è a sua volta causa di inefficienza dell'azione amministrativa: allungamento dei tempi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici; lievitazione dei costi. La scarsa *performance* determina, tra l'altro, la perdita dei finanziamenti U.E.; finanziamenti U.E. che per gli enti locali costituiscono l'unica vera risorsa per le spese di investimento. L'Italia, dopo la Polonia, è il paese che - storicamente - beneficia dei maggiori contributi provenienti dall'U.E.; tuttavia la gran parte dei detti fondi è stata perduta per l'incapacità di rispettare le procedure.

Prendendo atto dell'esistente, la recente legislazione punta a disinibire il pubblico funzionario ed a schiodarlo dalla c.d. amministrazione difensiva (ossia inerzie e differimenti per non prendere decisioni). La *voluntas* del legislatore è chiara: occorre agire. All'uopo si offre uno scudo rispetto alla responsabilità amministrativa per chi agisce, mentre - a mo' di stimolo all'azione - chi è inerte risponde nel modo ordinario. Tanto con vari ritrovati:

a) se si agisce (non anche nei casi di omissione o inerzia del soggetto agente) si risponde solo per dolo. Ossia - nella sostanza - si è grandemente ridotta la sfera di operatività della responsabilità amministrativa contabile atteso che *“La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”* (art. 1, comma 1, L. 14 gennaio 1994, n. 20) (12). All'evidenza, la

(11) La correlazione tra il principio della reciproca fiducia *ex art. 2 C. contr.* e gli artt. 21 e 23 D.L. n. 76/2020 viene evidenziata dalla prof.ssa Margherita Ramajoli nel suo contributo nel *Codice dei contratti pubblici. Annotato articolo per articolo D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Vol. I, Editoriale Scientifica, 2023, p. 48. Tali aspetti sono poi ulteriormente dettagliati dal presidente Paolo Contessa in sede di commento organico all'art. 2 del Codice (nel medesimo contributo, pp. 145-147).

(12) Si rileva in dottrina che *“In esito alla novella in esame, in definitiva, viene codificato l'indirizzo minoritario per cui il dolo c.d. “erariale” da oggi deve intendersi sostanziato dalla volontà dell'evento dannoso, che si accompagna alla volontarietà della condotta antidoverosa. Di talché per accreditare la sussistenza del “dolo erariale” d'ora in avanti non basterà più dare prova della consapevole violazione degli obblighi di servizio ma servirà dimostrare la volontà di produrre l'evento dannoso. Il dolo si potrà concretare pertanto ove si cumolino, con la conoscenza della causa del danno, dati della realtà che comprovino il ricorrere di ulteriori consapevolzze circa l'effettività e lo specifico contenuto del danno medesimo. In altri termini, il dolo “erariale” deve essere adesso inteso come stato soggettivo caratterizzato dalla consapevolezza e volontà dell'azione o omissione *contra legem*, con specifico riguardo alla violazione delle norme giuridiche che regolano e disciplinano l'esercizio delle fun-*

dimostrazione della volontà dell'evento dannoso comporta il restringimento delle ipotesi di responsabilità erariale;

b) non si risponde per colpa grave ove ci si conformi agli indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. In disparte alle modalità di individuazione degli indirizzi prevalenti nella giurisprudenza, il rischio collegato a questa novella è che funzionari pavidi si attivino per avere pareri a conforto del loro orientamento operativo. Tanto in continuità con l'amministrazione difensiva. Come il medico effettua medicina difensiva prescrivendo esami spesso inutili, così si corre il rischio che l'amministratore pubblico si procuri "pezze d'appoggio" (pareri, ecc.) a futura memoria;

c) possibilità della copertura assicurativa dei rischi per il personale.

I plurimi interventi puntano ad aumentare le barriere protettive a difesa del dipendente pubblico, sul convincimento che tanto dovrebbe determinare una maggiore efficienza. La disciplina della responsabilità - ad una lettura pacata dei dati somministrati dal legislatore - costituisce in realtà una tessera di un più ampio progetto per rapidizzare e rendere efficiente l'azione amministrativa con quello che si ha.

5. Aporie della disciplina sulla responsabilità amministrativa contabile emergente dal Codice dei contratti in raccordo con l'art. 21 D.L. n. 76/2020.

Con la sopramenzionata disciplina la responsabilità viene attutita. Si prende atto dell'esistente cercando di ricavarne il massimo. Tanto per fare fronte al timore delle responsabilità. La sopramenzionata disciplina, tuttavia, presenta vari aspetti di criticità.

a) Sotto l'aspetto di politica del diritto.

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

Anzi, di fronte all'esigenza della corretta gestione delle risorse pubbliche, potrebbe ben prevedersi un rafforzamento della responsabilità in capo agli operatori pubblici, richiedendo il requisito del dolo e della colpa, anche lieve.

All'uopo occorre esigere dalla dirigenza pubblica italiana il massimo sforzo. Laddove si ritenga che le forze della dirigenza pubblica siano insufficienti occorre esternalizzare, attingendo dal mercato le risorse umane funzionali alla bisogna. La restrizione della responsabilità erariale può condurre a danni maggiori rispetto a quelli che si cerca di evitare (13).

zioni amministrative ed alle sue conseguenze dannose per le finanze pubbliche": così D. IROLLO, *Responsabilità erariale sempre più "light"*, in *Il Quotidiano per la p.a.* (22 luglio 2020).

(13) E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, in *Urbanistica e appalti* 1/2021, p. 63 rileva: "Il legislatore ripropone, per tale via, l'assunto secondo cui dalla limitazione di responsabilità conseguirebbe vantaggio per l'efficacia dell'azione amministrativa: convincimento, quest'ultimo, diffuso e radicato (anche a livello dottrinario e di giurisprudenza

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

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

Eliminare il requisito della colpa nella responsabilità amministrativa indebolisce la funzione del diritto. Secondo la *communis opinio*, nella colpa vi è un rimprovero all'agente per non avere osservato regole precauzionali (14) cagionando un danno. Regole che, se osservate, avrebbero consentito di prevenire e, quindi, di evitare il danno.

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

Il rispetto delle direttive, delle *leges artis* - indirizzanti l'attività del prestatore di attività lavorativa affinché questa conduca ad un risultato utile e non fonte di danni per la controparte - è un elemento costitutivo nei contratti di lavoro, sia subordinato (art. 2094 c.c.) che autonomo (art. 2222 c.c.) anche *sub specie* professionale (art. 2236 c.c.). Finanche nei casi in cui la prestazione la-

costituzionale), quanto indimostrato; anzi, l'esperienza insegna che le conclamate inefficienze della pubblica amministrazione dipendono non solo da altri fattori strutturali (tra i quali, in primis, il caos normativo), ma soprattutto aumentano laddove minore è la responsabilità degli agenti (si pensi all'ingiustificata durata dei processi, fonte di continue condanne dello Stato ex lege n. 89 del 2001, prive in ultima analisi di responsabilità)". Anche A. CANALE, Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma, in Diritto & Conti 30 Marzo 2021, rileva che "la premessa da cui si è mosso il Legislatore è che il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa indurrebbe i dirigenti alla c.d. burocrazia difensiva, alla quale si deve la colpa dei ritardi nella realizzazione di piani, progetti, opere. Tuttavia la "premesse", opportunamente rilanciata dagli organi di informazione, tanto da assurgere a verità assoluta (nel senso che si dà oramai per scontato che l'azione amministrativa sia bloccata per la paura del processo contabile e della Corte dei conti), non è dimostrata, non è stata oggetto di alcun serio approfondimento, non è stata supportata da alcuna analisi, né da alcun dato, né sono stati forniti esempi, anche ricavabili ex post da un'analisi delle migliaia di sentenze pronunciate dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, tutte accessibili nella banca dati della stessa Corte dei conti. In verità, illustri studiosi hanno evidenziato che la "paralisi del fare", che esiste e certamente va contrastata, è tuttavia ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, alla esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla impreparazione della dirigenza o almeno di parte di essa, ad una serie di concause che potremmo cumulativamente qualificare come "cattiva amministrazione". (Io aggiungo anche la riduzione dei controlli preventivi; e con riferimento ai cantieri bloccati anche le lacune progettuali e le criticità delle analisi di fattibilità)".

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

vorativa è gratuita è prevista la responsabilità per colpa, tutt'al più la stessa è valutata con minor rigore (*arg. ex artt. 1710 comma 1, 1768 comma 2, 2030, comma 2 c.c.*).

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

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

Notevoli fondi da gestire con i contratti pubblici sono di provenienza europea (si consideri solo il *Recovery Fund*). Vengono in rilievo, quindi, procedimenti nei quali intervengono organi delle istituzioni dell'Unione Europea ed organi delle istituzioni della Repubblica Italiana.

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

Orbene, nel medesimo procedimento di spesa si assiste - a fronte dei danni conseguenza della colpa personale grave nella gestione di risorse pubbliche - alla responsabilità erariale ove nella filiera intervenga un funzionario dell'U.E. (15) e all'immunità erariale ove nella filiera intervenga un funzionario della Repubblica Italiana. Ed anche questo non è coerente, oltre che ingiusto.

(15) Particolare attenzione, a livello unionistico, è data al profilo del recupero dei fondi indebitamente versati. A tal fine, il Regolamento n. 241 del 2021 all'art. 8 fa espresso rinvio alla normativa generale del Regolamento finanziario, che prevede la responsabilità degli agenti finanziari, che sono tenuti *"a risarcire il danno alle condizioni dello statuto"* (art. 92 Reg. finanziario UE); il riferimento è al citato art. 22 dello Statuto dei funzionari UE. A. CANALE, *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, cit., osserva: *"Il rinvio all'art. 22 dello Statuto dei funzionari U.E., che espressamente richiama la colpa grave per il risarcimento del danno è poi di particolare rilievo, in quanto, oltre all'azione recuperatoria, pare prevedere anche la risarcibilità dei danni arrecati con colpa grave: è ovvio, con riferimento agli interventi finanziati con fondi europei del Recovery Fund. E dunque, l'Europa, in estrema sintesi, ci fornisce i mezzi finanziari per la ripresa, ma esige, giustamente, una sana gestione finanziaria ed efficaci azioni di contrasto, non solo di carattere penale ma anche recuperatorie, nei casi di impiego illecito dei fondi del Recovery Fund, nonché risar-*

A questi rilievi critici si potrebbe tuttavia obiettare: va bene, vi possono anche essere aporie, ma se lo strumentario predisposto dal legislatore funziona si possono pure superare le questioni di principio; con considerazione pragmatica dei dati in gioco, meglio qualsivoglia azione rispetto all'inerzia.

Ma un simile sistema di contenimento della responsabilità erariale funziona?

Diremmo di no. L'art. 2, commi 3 e 4 C. contr. ed altresì l'art. 21 D.L. n. 76/2020 valgono unicamente per la responsabilità erariale. Restano immutate le altre fattispecie di responsabilità del dipendente: penale (salva la novella dell'art. 323 c.p.), civile verso terzi, disciplinare, manageriale.

Per i principi, vi può essere un concorso di fattispecie, ossia uno stesso comportamento può integrare più ipotesi di responsabilità (16). La redazione e gestione di una linea di interventi in violazione colposa di direttive *ad hoc* con sperpero di danaro pubblico può, in ipotesi, integrare responsabilità erariale e responsabilità disciplinare.

In questa evenienza, un dirigente, pur non rispondendo verso l'ente di appartenenza per il danno arrecato, sarebbe passibile di sanzione disciplinare ed esposto alla responsabilità manageriale.

Sicché non è detto, non è sicuro, che lo strumentario predisposto dal legislatore funzioni e il dipendente si disinibisca nell'azione amministrativa.

6. *Che fare?*

Per quanto esposto la disciplina sulla responsabilità come strumento per rapidizzare e rendere efficiente l'azione amministrativa - come emergente dal C. Contr. e dall'art. 21, comma 2, D.L. n. 76/2020 - presenta vari profili di criticità.

Rilevati i punti critici, quali sono le tecniche per rendere efficiente l'azione amministrativa nel campo dei contratti pubblici?

La risposta è quella più semplice. Si è rilevato innanzi che nell'attuale momento storico, l'attività contrattuale è regolata da una normativa complessa e viene svolta con risorse umane con formazione non adeguata ai compiti da svolgere. Se tale è il dato, le tecniche essenziali per recuperare l'efficienza sono due: a) normativa (e procedimenti) chiara; b) personale competente *ad*

citorie nei termini di cui all'art. 22 dello Statuto funzionari UE, che entra nel quadro normativo che regola l'attuazione del Recovery Fund per effetto del già menzionato art. 8 del Reg. 241. Queste ultime azioni, quella recuperatoria e quella risarcitoria, chiamano in causa innegabilmente la "giustizia contabile", che deve poter contare, con specifico riferimento alle misure da attuare con il Recovery Fund, su tutti gli strumenti giuridici necessari per adempiere agli obblighi posti dal Regolamento a carico dello Stato italiano".

(16) Circostanza confermata dall'art. 2, comma 9, L. 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui: "La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente".

hoc, formato oppure - ove questo non fosse possibile - ricorrere al mercato, esternalizzare. In questo contesto la c.d. paura della firma viene sterilizzata.

Sul versante della normativa chiara poco possono gli operatori. Occorre un nuovo codice.

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

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

“Articolo unico

1. Il D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36 è abrogato; le relative disposizioni continuano ad applicarsi alle procedure pendenti.

2. L'aggiudicazione dei contratti di concessione è regolata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; l'aggiudicazione dei contratti di appalto pubblico è regolata dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; l'aggiudicazione dei contratti di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è regolata dalla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

Per tutto quanto non previsto dalle direttive innanzi indicate si applicano il Codice Civile ed i principi generali di correttezza e buona fede.

3. La presente legge entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale” (17).

Sul versante del personale *ad hoc* occorre promuovere una specifica professionalità sulla materia della contrattualistica pubblica, mediante idonea preparazione, formazione, rafforzamento delle capacità professionali dei dipendenti. All'uopo molto possono gli operatori, specie le Università (corsi *ad hoc*, corsi attuali con aspetto teorico pratico).

(17) Tale proposta non è isolata nella comunità giuridica. Si rileva che *“Recentemente il Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, ha espresso in modo chiaro che la materia dei contratti pubblici potrebbe essere in poco tempo semplificata ritornando alle direttive UE e abbattendo il cosiddetto goldplating, l'“indoramento”, l'aggravamento anomalo attuato di solito dallo Stato italiano nelle leggi (spesso decreti delegati) di recepimento delle direttive”*: S. DE FELICE, *Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per il Recovery*, in *Sito Giustizia amministrativa, Approfondimenti Dottrina*, pubblicato il 20 febbraio 2021, ove si rileva altresì *“Certo, c'è la esigenza di disciplinare gli aspetti interni, ma in una materia caratterizzata da tante fonti del diritto quali regolamenti e direttive europee, normativa statale primaria e secondaria (allo stato, non l'auspicato regolamento unico, ma varie decine di regolamenti, linee guida Anac e anche leggi regionali su materie secondarie, quali la composizione delle commissioni), bandi (il bando è definito la *lex specialis* della gara), capitolati, contratti, si può e si deve provare a espungere il troppo e il vano, e guarire dal “morbo” del troppo diritto”*.

Si potrà obiettare che la evidenziata risposta semplice è lapalissiana, del tutto ovvia, è la scoperta dell'acqua calda. Sarà pure una risposta qualificabile come ovvia, ma evidenzia l'unica risposta ai problemi fattuali. È calda anche l'acqua contenuta nel principio del risultato (art. 1, comma 1, C. contr.: "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*"). Cosa prescrive il principio del risultato con riguardo - operando un esempio semplice - alla condotta del contadino che va a comprare gli stivali al mercato del paese? Prescrive: compra gli stivali migliori al prezzo più economico (questa è una delle quattro ipotesi logicamente possibili) (18). Anche questo è ovvio. Se il legislatore ha avvertito la necessità di affermare il principio del risultato è perché esso è stato smarrito per lungo tempo nel nostro ordinamento per varie ragioni, tra cui la superfezione della finalità ritenuta primaria di tutela della concorrenza (sicché la funzione di committenza è quasi scomparsa, come se il compito primario dello Stato fosse diventato quello di indire e gestire le gare per garantire la concorrenza e promuovere il mercato, dimenticando che la gara è un mezzo, non un fine) e gli eccessi formalistici della disciplina e della rigidità degli obblighi di gara conseguenti a disposizioni adottate con finalità astratte di prevenzione della corruzione e tutela della legalità con l'affidamento dei compiti di vigilanza sulla sua corretta applicazione, ed altresì di poteri normativi e regolamentari, all'ANAC (19).

7. Conclusioni.

I matrimoni con i fichi secchi non funzionano. Le tecniche contenute nel nuovo codice dei contratti - in continuità con la recente legislazione speciale - rivolte a vincere la c.d. "paura della firma" sono, a nostro giudizio, inidonee a recuperare l'efficienza nella materia dei contratti pubblici.

L'efficienza nella materia dei contratti pubblici passa necessariamente attraverso una semplificazione delle norme (e procedure) e risorse umane dotate della specifica professionalità nella materia.

(18) Secondo l'ordine dei possibili le altre tre opzioni sono: compra gli stivali migliori al prezzo più elevato; compra gli stivali peggiori al prezzo più economico; compra gli stivali peggiori al prezzo più elevato.

(19) Per questi rilievi: G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., pp. 289-290.