RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE
n. 1 - 2021

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione
DIRITTO & CONTI
BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA

Comitato Scientifico

Vincenzo Barba
Monica Bergo
Chiara Bergonzini
Gianluigi Bizioli
Guido Calabresi
Ignacio Calatyud Prats
Francesco Capalbo
Elisa Cavasino
Aldo Carosi
Carlo Colapietro
Giovanna Colombini
Barbara Cortese
Giacomo D'Angelo
Marcello Degni
Francesco Fimmanò
Nicola Lupo
Vanessa Manzetti
Simone Mezzacapo
Vittorio Occorsio
Giuseppe Palmisano
Barbara Pezzini
Eugenio Picozza
Guido Rivosecchi
Antonio Saitta
Gino Scaccia
Vincenzo Sforza
Riccardo Ursi
Giuseppe Verde

Direttore Responsabile
Laura d'Ambrosio

Vice Direttore
Francesco Sucameli

Responsabili di redazione
Giovanni Guida
Francesca Dimita

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it
Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018
CODICE ISSN: 2612-4912

INDICE

Editoriale a cura di Giovanna Colombini ……..……p.4

DOTTRINA

L'insopprimibile esigenza di una "disciplina processuale" per il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali
di Marcello Cecchetti ……p.14

Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema
di Ines Ciolli…… p.51

La decisione di bilancio e la contabilità pubblica tra Unione Europea, Stato e Autonomie territoriali
di Guido Rivosecchi……. p.71

Le azioni ed omissioni nella responsabilità erariale
di Gabriele Bottino……. p.86

Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico
di Omar Chessa ……. p.95

Principi, regole e clausole generali del diritto costituzionale del bilancio
di Simone Pajno …… p.123

ATTUALITÀ E GIURISPRUDENZA

La responsabilità amministrativa da assenza o inadeguatezza del sistema di controllo interno negli enti locali
di Marco Scognamiglio …… p.162

Sui confini esterni della giurisdizione contabile: il caso dei derivati finanziari per la gestione del debito sovrano (Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1 febbraio 2021, n. 2157)
di Sonia Caldarelli …… p.173

Le cd "Pensioni d'oro" tra il "raffreddamento" della rivalutazione e il contributo di solidarietà (considerazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale 234 del 2020)
di Eleonora Canale……p.195

Il caso della copertura di disavanzi di consorzi, aziende speciali e istituzioni quale ipotesi di riconoscimento di debito fuori bilancio
di Laura Alesiani……p.203

I conflitti di competenza tra procure contabili nei procedimenti che coinvolgono un magistrato tra tutela del diritto all'azione e principio di imparzialità
di Raffaele Cangiano ..……p.212

La giurisdizione esclusiva della Corte dei conti nelle procedure di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali e il c.d. blocco di materie
di Mariagrazia Cartabellotta ……p.221

STORIA DELLA DOTTRINA

Funzione amministrativa, procedimento e processo
di F. Benvenuti …… p.244

LE AZIONI E LE OMISSIONI NELLA RESPONSABILITÀ ERARIALE*

di Gabriele Bottino
Professore associato Confermato di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Milano - Dip. Scienze sociali e politiche

SOMMARIO

1. La differenziazione normativa tra le condotte, e tra i gradi di colpevolezza ad esse relativi.
2. I cambiamenti strutturali imposti all'assetto tradizionale della responsabilità erariale.
3. La effettiva capacità, della differenziazione normativa, di raggiungere gli effetti voluti: considerazioni critiche.
4. Osservazioni finali.

ABSTRACT

ACTIONS AND OMISSIONS IN PUBLIC OFFICIALS RESPONSIBILITY

This contribution analyses the recent legislative reforms that have been introduced with reference to the liability of public officials: more specifically, it highlights the critical and dubious aspects arising from the distinction between the conduct of public officials (action, omission or inertia), and the relative degrees of culpability.

1. La differenziazione normativa tra le condotte, e tra i gradi di colpevolezza ad esse relativi.

L'art. 21, d.l. n. 76 del 2020, convertito nella legge n. 120 del 2020, ha introdotto profonde modificazioni all'interno della disciplina sostanziale della responsabilità amministrativa per danno erariale [1]: dal punto di vista testuale, peraltro, il testo legislativo qualifica espressamente questa responsabilità, attraverso l'intitolazione della norma, in termini di "responsabilità erariale".

Più in particolare, le riflessioni svolte in questo scritto sono rivolte al testo normativo contenuto nell'art. 21, secondo comma.

Ivi si introduce un differente regime giuridico – in punto di colpevolezza – tra le condotte degli agenti pubblici assoggettati alla giurisdizione della Corte dei Conti: mentre per i danni cagionati da "omissione o inerzia del soggetto agente" si conferma infatti che la responsabilità concerne tanto le condotte passive dolose, quanto le condotte passive gravemente colpose (alla stregua del regime generale disegnato dall'art. 1, comma 1, primo periodo, legge n. 20 del 1994), la responsabilità erariale cagionata dalle condotte attive è invece limitata esclusivamente alle condotte attive

(*) L'articolo è stato sottoposto a referaggio in base alla procedura pubblicata sul sito www.dirittoeconti.it.

[1] In argomento L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, in *Federalismi.it*, 2020, 30; L. D'ANGELO, *Danno erariale e c.d. "decreto semplificazioni": i mobili confini della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Lexitalia.it*, 21 settembre 2020; M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund: scelta di "buoni" progetti, semplificazione delle procedure, reperimento di adeguate professionalità, limitazione delle responsabilità gestorie. Analisi e rilievi*, in *Rass. Avv. Stato*, 2020, 4, in specie 8 e ss.; C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2021, 10; A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, in *Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione (IRPA), www.irpa.eu*, 14 settembre 2020, parr. 12 e 13; M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, in *Lexitalia.it*, 25 agosto 2020; L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione dell'emergenza*, in *Amministrazioni e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici (www.contabilita-pubblica.it)*, 2020, 4-5-6, 177 e ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, 6, 763 e ss.

dolose, così elidendo dalla medesima responsabilità le condotte attive gravemente colpose.

La innovazione legislativa si caratterizza per un limite temporale, e per uno scopo.

Sul tempo, essa intende applicarsi "limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del [decreto legge: vale a dire dalla data del 17 luglio 2020] e fino al 30 giugno 2023".

Il testo originario dell'art. 21, comma 2, contemplava tuttavia la data del 31 luglio 2021: questo limite temporale è stato dapprima ampliato, alla data del 31 dicembre 2021, in sede di conversione del d.l. n. 76 del 2020; il medesimo limite temporale è stato di poi ulteriormente prorogato, alla odierna data del 30 giugno 2023, dall'art. 51, comma 1, lett. h), d.l. n. 77 del 2021.

Tali proroghe legislative hanno dato ascolto ad autorevoli proposte istituzionali volte ad introdurre un limite temporale più esteso nel tempo[2], in specie con riguardo a taluni settori di attività delle amministrazioni pubbliche (in primo luogo i contratti pubblici)[3]: è peraltro evidente che, così operando (di proroga in proroga), si giunge a mettere in dubbio la stessa temporaneità che sta a fondamento della originaria intenzione legislativa.

Sia l'art. 21, secondo comma, che queste ripetute proposte di conferma ed estensione nel tempo, sono state oggetto di motivate critiche da parte della magistratura contabile[4].

Lo scopo della norma – innanzi alla gestione delle ingenti risorse e spese pubbliche volte a fronteggiare la crisi economica e finanziaria, derivante dal perdurare della pandemia da "Covid-19" – è quello di agevolare e sollecitare l'adozione di decisioni

---

[2] Così il MINISTRO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *Le linee programmatiche. Il nostro contributo in vista del PNRR*, Audizione in Commissioni Riunite (I e IX Camera, 1° a 11° Senato), 19: "Le disposizioni su danno erariale (art. 21) e abuso d'ufficio (art. 23). Seppur non strettamente riconducibili alle misure di semplificazione, *sono apprezzabili per gli effetti sull'attività procedimentale. Si potrebbe ipotizzare la proroga della disciplina sul danno erariale, attualmente in vigore fino al 31 dicembre 2021, per tutta la durata del PNRR*".

[3] Sul tema: AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Segnalazione in merito a proposte di riforma concorrenziale, ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 28 ss.: "*Appalti Pubblici*. Nel medio periodo, l'Autorità suggerisce di pervenire a una revisione del Codice dei contratti pubblici improntata a una serie di principi che dovrebbero modernizzare le sue previsioni, al fine di semplificare le regole e favorire così il rapido dispiegamento degli investimenti pubblici. In tal senso si segnala, in particolare, la necessità di eliminare tutte quelle disposizioni che introducono oneri non necessari e più elevati rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, applicando in tale processo di revisione i seguenti principi: […] iv) *introduzione di misure volte a ridurre il ricorso alla c.d. "burocrazia difensiva" che spesso blocca il funzionamento delle stazioni appaltanti, ad esempio prevedendo la responsabilità dei funzionari per danno erariale solo in caso di dolo*"; PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR), presentato dall'Italia alla Unione Europea, 65: "*Semplificazione in materia di contratti pubblici*. Obiettivo - La semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia: entrambi aspetti essenziali per la ripresa a seguito della diffusione del contagio da Covid-19. Tale semplificazione deve avere a oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione programmazione e progettazione. Modalità di attuazione - Misure urgenti: in via di urgenza è introdotta una normativa speciale sui contratti pubblici che rafforzi le semplificazioni già varate con il decreto-legge n. 76/2020 *e ne proroghi l'efficacia fino al 2023, con particolare riguardo alle seguenti misure*: […] *Limitazione della responsabilità per danno erariale ai casi in cui la produzione del danno è dolosamente voluta dal soggetto che ha agito, ad esclusione dei danni cagionati da omissione o inerzia*".

[4] Così A. CANALE (Procuratore Generale della Corte dei Conti), *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, in *questa Rivista*, 30 marzo 2021; ASSOCIAZIONE MAGISTRATI CORTE DEI CONTI, *Comunicato Stampa: PNRR e Stato di Diritto*, in *questa Rivista*, 26 aprile 2021.

attive degli agenti pubblici, dei loro provvedimenti e comportamenti, e di disincentivare al contrario ogni loro decisione che possa tradursi in omissioni od inerzie[5].

Consci del fatto che la responsabilità erariale, innanzi a condotte attive, è configurabile soltanto in presenza di dolo[6], mentre la medesima responsabilità – innanzi a condotte omissive – continua a predicarsi tanto per dolo quanto per colpa grave, gli agenti pubblici dovrebbero nutrire una predilezione per le proprie condotte attive, ed un allontanamento dalle proprie condotte omissive.

Il rischio, percepito e concreto, di incorrere in responsabilità erariale dovrebbe infatti assumere, per gli agenti pubblici, un peso specifico estremamente differenziato in ragione dell'atteggiarsi delle proprie condotte.

Decidendo, agendo, ponendo in essere provvedimenti e comportamenti, i danni cagionati da queste condotte attive potrebbero essere dapprima imputati a carico degli agenti pubblici (dalle Procure Contabili), di poi giudicati da essi risarcibili (ad opera delle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti), soltanto dimostrandone l'intenzione dolosa, vale a dire dimostrando la volontà dell'agente pubblico di produrre, mediante un proprio atto o comportamento, un danno erariale.

Viceversa, e ponendo in essere condotte passive – omettendo atti e comportamenti, od anche soltanto rimanendo inerti nel procedimento decisionale che conduce ai medesimi atti o comportamenti – gli agenti pubblici dovrebbero essere ad oggi consapevoli di essere chiamati a rispondere, pur sempre innanzi agli organi requirenti e giudicanti della Corte dei Conti, non soltanto dei danni erariali cagionati dalle proprie intenzioni dolose, ma anche dei danni erariali originati da condotte omissive poste in essere con colpa grave.

Da qui, la *ratio legis* dell'art. 21 ed i suoi effetti desiderati: differenziando il grado di colpevolezza richiesto per la sussistenza della responsabilità erariale (soltanto dolo, ovvero dolo e colpa grave), in ragione della diversa tipologia della condotta degli agenti pubblici (attiva o passiva), questi ultimi dovrebbero percepire un rapporto[7] tra rischio decisionale e responsabilità erariale del tutto sbilanciato – in termini di minore rischio, e minore responsabilità – a favore delle condotte attive e per conseguenza, innanzi alla decisione tra agire e non agire, decidere sempre di agire.

Le considerazioni che proseguono lo scritto intendono approfondire due elementi: il profondo cambiamento strutturale, una vera e propria torsione, cui l'art. 21 sta costringendo il tradizionale assetto della responsabilità erariale; la effettiva capacità della nuova disposizione normativa, e della sua *ratio legis*, di raggiungere gli effetti auspicati.

La connessione tra i due elementi si rivela peraltro nella considerazione che, se l'art. 21 non è concretamente idoneo a raggiungere gli effetti voluti, la predetta torsione è tanto immotivata quanto non necessaria.

---

[5] "[…] come precisa la relazione illustrativa la volontà del legislatore è quella di limitare la responsabilità «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 solo profilo del dolo»", SENATO DELLA REPUBBLICA, CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZIO STUDI, *Dossier "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale – D.L. 76/2020 – A.S. 1883"*, 21 luglio 2020, 253.

[6] Dolo la cui prova - per effetto della modificazione che lo stesso art. 21, comma 1, d.l. n. 76 del 2020, ha recato all'art. 1, comma 1, legge n. 20 del 1994 - è ora assoggettata alla "dimostrazione", da parte del giudice contabile (requirente e giudicante), ed in capo al soggetto agente, "della volontà dell'evento dannoso".

[7] Sul tema, *amplius*, G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017.

2. I cambiamenti strutturali imposti all'assetto tradizionale della responsabilità erariale.

Tutte le disposizioni normative che ad oggi disciplinano la responsabilità erariale, e che non sono state espressamente modificate dall'art. 21, secondo comma, equiparano le azioni e le omissioni come condotte entrambe idonee a cagionare danni erariali[8]: "l'impiegato che per azione od omissione" (art. 82, primo comma, R.D. n. 2440 del 1923); "i funzionari […] che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione" (art. 52, primo comma, R.D. n. 1214 del 1934); "la responsabilità […] è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave" (art. 1, primo comma, legge n. 20 del 1994).

L'art. 21, secondo comma, si pone dunque *a latere* delle predette disposizioni normative, introducendo un regime derogatorio e temporaneo che spezza questo parallelismo tra condotte attive ed omissive, e modifica strutturalmente – per tutto il periodo di tempo della sua vigenza – il tradizionale regime giuridico delle condotte degli agenti pubblici che possono essere assoggettate, innanzi alla Corte dei Conti, al giudizio per responsabilità erariale.

A ciò si aggiunga, ed anche se questa considerazione può apparire soltanto una suggestione letterale originata dalla formulazione della norma, che essa si compone di due periodi: il primo periodo pone soltanto il predetto limite temporale di vigenza e, senza differenziare le condotte attive e passive degli agenti pubblici, afferma che "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 della legge n. 20 del 1994, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta"; è invece soltanto il secondo periodo a precisare che "la limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente".

In sintesi, e ribadendo la suggestione testuale, è come se la disposizione normativa volesse dapprima elevare – alla soglia del dolo – la punibilità erariale di tutte le condotte dannose degli agenti pubblici, per poi limitare invece il proprio ambito oggettivo di applicazione soltanto nei confronti delle condotte omissive.

Oltre alla eliminazione del parallelismo tra le condotte, l'art. 21, secondo comma, incide profondamente anche sulla funzione mediante la quale la responsabilità erariale è chiamata a distribuire – tra gli agenti pubblici e le pubbliche amministrazioni – il rischio che l'attività amministrativa possa cagionare danni economici a carico delle finanze pubbliche e, dunque, della collettività generale[9].

Nel giudicare l'art. 1, comma 1, legge n. 20 del 1994 – che ha elevato la soglia della colpevolezza, richiesta per l'affermazione della responsabilità erariale, alle condotte degli agenti pubblici dolose o gravemente colpose (così escludendo la responsabilità per le condotte soltanto colpose) – la Corte Costituzionale[10] ne ha sancito la conformità a Costituzione sulla base di motivazioni chiare e convincenti:

a) questo *favor* per gli agenti pubblici origina da una intenzione legislativa, costituzionalmente legittima, rivolta a predisporre "nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici un assetto […] in cui il timore della responsabilità non [li] esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento della attività";

b) la "colpa grave" – vale a dire una soglia di colpevolezza più elevata rispetto a quella propria della responsabilità di diritto comune – rappresenta il "punto di equilibrio" di ripartizione tra il rischio decisionale, in termini di danno erariale e relativa

---

[8] Sulla "condotta" come elemento costitutivo della disciplina sostanziale della responsabilità erariale, G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. Dir.*, Annali, X, 2017, 768-769.

[9] *Amplius*, A. CANALE, *op. cit.*, 4 ("Il profilo costituzionale).

[10] Corte Cost., sent. n. 371 del 1998, "Considerazioni in diritto", par. 6.

responsabilità, posto a carico degli agenti pubblici, ed il rischio decisionale le cui conseguenze dannose sono invece lasciate in capo alle pubbliche amministrazioni danneggiate e, per conseguenza, alla collettività generale;

c) questo "punto di equilibrio" – nessuna responsabilità erariale per le condotte attive od omissive colpose, affermazione della medesima responsabilità soltanto per le condotte che si inscrivono nell'intervallo di colpevolezza che dalla colpa grave giunge sino al dolo – intende fare sì che gli agenti pubblici percepiscano "la prospettiva della [propria] responsabilità" erariale come "stimolo" ad agire, e non invece come "disincentivo" alla decisione ed all'azione.

Sulla base di queste considerazioni, la scelta operata dal legislatore – mediante il testo dell'art. 21, secondo comma, ed a distanza di venticinque anni dalla legge fatta oggetto della predetta dichiarazione di costituzionalità – intende ad oggi, quanto meno per le condotte attive, elevare questo "punto di equilibrio" alla soglia del dolo: soltanto i danni erariali originati da condotte attive dolose possono essere posti a carico degli agenti pubblici danneggianti; viceversa, tutti i danni erariali originati da condotte attive non dolose (vale a dire colpose, o gravemente colpose) sono invece posti a carico della pubblica amministrazione danneggiata, e dunque della collettività generale.

Si tratta evidentemente, e per quanto temporaneo (sul *quantum* di questa temporaneità, si rinvia alle osservazioni svolte nel precedente paragrafo), di un ulteriore e profondo elemento di destrutturazione del tradizionale assetto della responsabilità erariale.

È infine necessario considerare un ultimo elemento, che contribuisce pur sempre a questa destrutturazione: si tratta degli effetti che l'art. 21, secondo comma, produce sull'esercizio del potere tradizionalmente attribuito alle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti di porre, a carico degli agenti pubblici giudicati responsabili nella sentenza di condanna, "tutto o parte del danno accertato o del valore perduto"[11].

Ancora nell'insegnamento della Corte Costituzionale[12] – poiché "l'intero danno subìto dall'amministrazione […] non è di per sé risarcibile e […] costituisce soltanto il presupposto per il promuovimento da parte del Pubblico Ministero dell'azione di responsabilità amministrativa" – la singola Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti, mediante l'esercizio di questo cosiddetto "potere riduttivo", determina "quanta parte del danno subito dall'amministrazione debba essere addossato al convenuto, e debba pertanto essere considerato risarcibile": ove il danno considerato risarcibile sia determinato in misura inferiore all'intero danno cagionato alla pubblica amministrazione, ne consegue che sussiste una parte di danno erariale che resta a carico della stessa amministrazione danneggiata, e della collettività generale.

Nell'esercitare questo potere, la Consulta afferma che il giudice contabile deve compiere "una valutazione discrezionale ed equitativa", fondata "sulla base dell'intensità della colpevolezza […] e di tutte le circostanze del caso".

La "intensità della colpevolezza" costituisce dunque un parametro (insieme alle circostanze concrete della singola fattispecie) di commisurazione della possibile differenza tra la entità del danno erariale integralmente cagionato alle pubbliche amministrazioni, e la misura del danno erariale giudicato effettivamente risarcibile dagli agenti pubblici danneggianti: più in particolare, ed all'aumentare della intensità della colpevolezza, deve necessariamente diminuire questa differenza, e la misura del danno posto a carico degli agenti pubblici deve progressivamente avvicinarsi alla entità

[11] Art. 83, comma 1, R.D. n. 2440 del 1923; art. 52, comma 2, R.D. n. 1214 del 1934; art. 19, comma 2, D.P.R. n. 3 del 1957; art. 1, comma 1-bis, legge n. 20 del 1994.

[12] Corte Cost., sent. n. 183 del 2007, "Considerazioni in diritto", par. 3: sul tema, ampiamente, L. VENTURINI, *Il giudizio di responsabilità amministrativa a carico dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 9, 967 e ss.

del danno integralmente cagionato alle pubbliche amministrazioni, sino a coincidere con esso in presenza di condotte dolose o penalmente illecite[13].

Ciò posto, la destrutturazione di questa configurazione, operata dall'art. 21, secondo comma, funziona così: innanzi a condotte omissive, il cosiddetto "potere riduttivo" può infatti tuttora determinare la misura del danno effettivamente risarcibile dagli agenti pubblici, percorrendo la soglia della colpevolezza che va dalla colpa grave al dolo (ma che non raggiunge il dolo), e commisurando la misura del danno risarcibile alla maggiore o minore intensità di questa colpevolezza; viceversa, ed in presenza di condotte attive, l'esercizio di questo potere è inibito in radice dal fatto che le condotte attive gravemente colpose sono ora escluse dall'assoggettamento a responsabilità erariale, e che l'esercizio del medesimo potere è incompatibile con la sussistenza di condotte attive dolose.

Con la conseguenza che, in presenza di condotte omissive giudicate gravemente colpose (ma non dolose), la misura del danno erariale giudicato effettivamente risarcibile dagli agenti pubblici potrà essere inferiore alla entità del danno erariale integralmente cagionato alle pubbliche amministrazioni; al contrario, ed innanzi a tutte le condotte attive – ora assoggettate alla responsabilità erariale, dall'art. 21, secondo comma, se e soltanto se dolose – l'impossibilità di esercizio del cosiddetto "potere riduttivo" postula necessariamente la costante coincidenza tra la misura del danno erariale giudicato effettivamente risarcibile dagli agenti pubblici, e la entità integrale del danno erariale da essi cagionato alle pubbliche amministrazioni.

3. La effettiva capacità, della differenziazione normativa, di raggiungere gli effetti voluti: considerazioni critiche.

Dopo avere ricostruito i contenuti normativi dell'art. 21, secondo comma, ed avere considerato le profonde modificazioni che esso apporta alla tradizionale struttura della responsabilità erariale, è necessario domandarsi se tutto ciò sia davvero in grado di perseguire efficacemente, e raggiungere, gli effetti voluti dal legislatore: vale a dire lo scopo di alleviare il rischio che gli agenti pubblici di regola percepiscono in ordine alla possibilità che i propri provvedimenti e comportamenti amministrativi, ove produttivi di danni erariali, possano essere giudicati dalla Corte dei Conti come causa di responsabilità erariale, e possano così costituire fonte di una obbligazione risarcitoria volta a porre a loro carico – in tutto od in parte – i medesimi danni.

Le considerazioni svolte in questo paragrafo intendono motivare i dubbi ed i profili critici in merito alla effettiva capacità, da parte dell'art. 21, secondo comma, di perseguire e raggiungere gli effetti voluti.

La scelta legislativa, come si è più volte ripetuto, si fonda esclusivamente sulla introduzione di una differenziazione tra le condotte degli agenti pubblici (tra condotte attive ed omissive), e sulla differenziazione del grado di colpevolezza ascrivibile a tali condotte (rispettivamente soltanto il dolo, ovvero sia il dolo che la colpa grave): entrambe le differenziazioni incidono sulla possibilità che la Corte dei Conti possa attivare, nei confronti degli agenti pubblici, il sistema giurisdizionale della responsabilità erariale.

Questa scelta legislativa consente di precisare ulteriormente gli effetti da essa voluti: l'attenuazione del regime della responsabilità erariale, alla soglia del dolo, è limitata esclusivamente alle condotte attive, mentre per le condotte omissive permane la responsabilità erariale per dolo e colpa grave.

---

[13] L'esercizio del cosiddetto "potere riduttivo" è infatti di regola escluso, ad opera della giurisprudenza contabile, a fronte di condotte dolose o di reati degli agenti pubblici: *amplius*, mediante i pertinenti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, *op. cit.*, 433-434, e nota (43).

Per conseguenza gli agenti pubblici, innanzi al timore di essere assoggettati alla responsabilità erariale, dovrebbero decidersi costantemente ad agire, poiché soltanto agendo il giudice contabile potrebbe affermare la loro responsabilità erariale giungendo sempre e necessariamente a dimostrare che "la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è [stata] da lui dolosamente voluta" (art. 21, secondo comma, primo periodo).

Al contrario, e "per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente" (art. 21, secondo comma, secondo periodo), il timore della responsabilità erariale dovrebbe permanere del tutto immutato, nonostante la novella legislativa, dal momento che la responsabilità degli agenti pubblici continua ad essere predicata sia per i danni erariali cagionati con dolo, che per i danni erariali cagionati con colpa grave.

Anche se così ulteriormente precisati, gli effetti voluti dall'art. 21, secondo comma, e proprio in conseguenza delle scelte legislative in esso contenute, possono essere comunque considerati come effetti il cui perseguimento ed ottenimento, in concreto, può essere motivatamente messo in dubbio.

Sovvengono al proposito, ed in primo luogo, almeno tre considerazioni descrittive:

a) l'art. 21, secondo comma, non definisce né individua in alcun modo il contenuto delle condotte attive ed omissive: si limita, per queste ultime, a richiamare "i danni cagionati da omissioni o inerzia del soggetto agente", accomunando così, ancora in maniera indifferenziata, le condotte omissive e quelle inerti; nessuna ulteriore precisazione, altresì, sulla rilevanza della singola condotta attiva, od omissiva ed inerte, quale condotta posta a conclusione di un procedimento amministrativo, ovvero quale condotta (atomisticamente considerata) che si inscrive all'interno del medesimo procedimento; rileva invece, dalla interpretazione testuale della norma, il mero rapporto causale tra ogni condotta e ogni danno erariale;

b) se l'effetto dell'art. 21, secondo comma, è quello di sconsigliare agli agenti pubblici l'adozione di atteggiamenti "difensivi" che si concretizzano in omissioni ed inerzie, il legislatore sottovaluta il fatto che la cosiddetta "burocrazia difensiva"[14] non si manifesta soltanto nelle forme passive del "non fare" e del "non agire", ma si esprime altrettanto in forme attive, adottate in dispregio del generale divieto di non aggravare il procedimento amministrativo (art. 1, ultimo comma, legge n. 241 del 1990): paradigmatici, al proposito, gli atti e comportamenti degli agenti pubblici (tra gli altri pareri, accertamenti e valutazioni tecniche) volti, pur sempre a fini difensivi rispetto alla eventuale genesi di proprie responsabilità, ad aggravare le istruttorie procedimentali ed a dilatarne i tempi, comunque nel rispetto del termine finale di conclusione di ogni singolo procedimento;

c) nel momento in cui l'art. 21, secondo comma, pone l'accento sulle condotte attive, comunque definite e considerate, esso dichiara altresì una sostanziale indifferenza per il contenuto, la "qualità", della singola condotta attiva, per il particolare settore di attività amministrativa nel quale la condotta si inscrive, infine per la sua stessa legittimità ed efficacia nel raggiungere "i fini determinati dalla legge" (art. 1, comma 1, legge n. 241 del 1990): ad esempio per la capacità di spendere – nel rispetto dei criteri e dei vincoli di destinazione normativamente predeterminati – le risorse pubbliche volte a fronteggiare la crisi economico-finanziaria, derivante dalla emergenza pandemica.

Da queste osservazioni descrittive, discendono ulteriori considerazioni critiche, più sostanziali.

In primo luogo, e se la differenziazione tra condotte attive ed omissive viene riferita al momento della conclusione del procedimento amministrativo, l'art. 21, secondo comma, dovrebbe convincere gli agenti pubblici a concludere sempre ogni

[14] *Amplius*, G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi Giur. Econ.*, 2020, 1,117 e ss., in specie 118-119.

procedimento con un provvedimento espresso, vale a dire sempre con una condotta attiva: così agendo, infatti, gli eventuali danni cagionati dal provvedimento finale potrebbero essere posti a carico del soggetto agente, innanzi alla Corte dei Conti ed a titolo di responsabilità erariale, esclusivamente dimostrando che la produzione del danno è stata da lui dolosamente voluta. Rimanere inerte, ovvero omettere di concludere il procedimento mediante un provvedimento espresso (anche nelle fattispecie in cui tale condotta inerte è tuttavia legittimata, in termini di "silenzio-assenso", dall'art. 20, legge n. 241 del 1990), esporrebbe infatti l'agente pubblico a rispondere dei danni erariali cagionati, per effetto della propria omissione od inerzia, anche a titolo di colpa grave (oltre che di dolo).

Così argomentando, l'art. 21, secondo comma, dimostra la propria ridondanza: se infatti, ed a distanza di circa venticinque anni dalla emanazione della legge n. 241 del 1990, gli agenti pubblici devono così essere incentivati ad applicare gli articoli 2 e 2-bis della medesima legge – vale a dire le norme che, anche per effetto delle modificazioni intervenute sul testo originario della legge n. 241, ad oggi confermano l'obbligo di concludere ogni procedimento amministrativo mediante l'adozione di un provvedimento espresso ed individuano, per i casi in cui ciò non avvenga (per omissione od inerzia), specifiche fattispecie di responsabilità (anche erariale, art. 2, comma 9), nonché dettagliati rimedi amministrativi (la implementazione di poteri sostitutivi), giurisdizionali (il ricorso di cui all'art. 117, d.lgs. n. 104 del 2010), risarcitori[15] ed indennitari – se così è, allora nessuna norma volta ad attenuare il regime della responsabilità erariale può e potrà mai risolvere un problema (la percezione del timore della responsabilità) che attiene a ben altri fattori: alla scarsa chiarezza, elevata complessità, e continua mutevolezza nel tempo, del quadro normativo di riferimento; alle limitate competenze di base, alla scarsa conoscenza e preparazione giuridico-amministrativa degli agenti pubblici, responsabili dei singoli procedimenti amministrativi. Se così è, è allora sul versante dell'accrescimento di queste competenze, conoscenze e preparazione, nonché sull'apprendimento e sulla implementazione di una migliore tecnica legislativa, che il legislatore deve intervenire, non certo sulla attenuazione del regime della responsabilità erariale.

Di poi, e se la differenziazione tra condotte attive ed omissive non concerne invece strettamente gli esiti procedimentali ma, e più in generale, pertiene alla scelta, da parte degli agenti pubblici, di condotte attive tendenzialmente più rischiose (in termini di danni e responsabilità erariali che potrebbero essere loro ascritte) e meno praticate in passato (perché consistenti, ad esempio, in istituti e procedimenti di nuova codificazione normativa), allora l'art. 21, secondo comma, nella sua odierna formulazione, e se esso intende davvero incentivare queste condotte attive più rischiose, è scritto in maniera inadatta ed imprecisa.

In queste fattispecie – paradigmatico, al proposito, il settore dei contratti pubblici e, ivi, la scelta degli agenti pubblici di ricorrere, nel perseguimento dei criteri di efficacia ed efficienza, a procedure caratterizzate da elevata discrezionalità, come ad esempio l'utilizzo dell'istituto del "dialogo competitivo", ovvero la implementazione di partenariati pubblico-privato, rispetto al ricorso a procedure più standardizzate di scelta del contraente ed aggiudicazione del contratto[16] – la differenziazione rilevante non è infatti quella tra condotte attive ed omissive (a meno di non voler considerare, alla

[15] Sul risarcimento del "danno da ritardo", di recente: Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sent. n. 465 del 2020; Tar Toscana, sez. II, sent. n. 783 del 2020; Cons. St., sez. II, sent. n. 3269 del 2020.

[16] Il tema è costantemente caro alle riflessioni, sempre approfondite, acute e motivate, di M. CAFAGNO: tra gli scritti dell'Autore, *ex plurimis*, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l'evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, 249 e ss.

stregua di queste ultime, il mancato ricorso alle procedure più complesse e discrezionali), bensì la differenziazione tra condotte attive che, più di altre, sono capaci di generare conseguenze che il giudice contabile, in relazione al grado di colpevolezza di volta in volta normativamente predeterminato (dolo e colpa grave, o soltanto dolo), può qualificare alla stregua di danni erariali risarcibili, e condotte attive che – nel mero rispetto della disciplina normativa di riferimento, ed in assenza di dolo o colpa grave – sono comunque in grado di porre gli agenti pubblici al riparo da iniziative delle Procure Contabili, e da sentenze di condanna delle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti.

Se è a queste forme di "burocrazia difensiva" che l'art. 21, secondo comma, nella sua odierna formulazione, intende ovviare, l'effetto voluto non può essere raggiunto.

L'agente pubblico è infatti ben conscio, ne percepisce il rischio ed il timore, che ogni procedimento amministrativo caratterizzato da elevata complessità e discrezionalità – in ragione dell'intervento di plurime amministrazioni pubbliche e soggetti privati, così come per effetto della compresenza di molteplici atti infra-procedimentali (in specie istruttori) – al di là della sua obbligata conclusione mediante un provvedimento espresso, può essere sempre attenzionato dalla magistratura contabile (requirente e giudicante) in modo da individuare in esso condotte omissive degli agenti pubblici, caratterizzate da colpa grave, e fonte di danni erariali.

Tali condotte omissive consistono in tutti quegli atti e comportamenti che durante il procedimento amministrativo – altresì violando gli standard di diligenza che la giurisprudenza contabile ascrive, non senza rilevanti incertezze[17], alla nozione di "colpa grave" – gli agenti pubblici avrebbero potuto compiere al fine di evitare comunque la causazione di danni erariali: così posta, in termini di nesso causale[18] e di rilevanza atomistica della singola condotta dell'agente pubblico[19], la responsabilità erariale degli agenti pubblici (*rectius*, la percezione del loro rischio di incorrere in responsabilità erariale) non risulta in alcun modo attenuata per effetto dell'odierna formulazione normativa contenuta nell'art. 21, secondo comma.

4. Osservazioni finali.

A quanto sino a qui considerato, è possibile aggiungere due osservazioni conclusive.

La prima concerne il fatto che, in una sorta di vera e propria eterogenesi dei fini, l'art. 21, secondo comma, espone vieppiù gli agenti pubblici a specifiche azioni di responsabilità autonomamente azionate, innanzi al giudice ordinario, dalle pubbliche amministrazioni danneggiate.

La norma elide infatti espressamente, per le condotte attive gravemente colpose degli agenti pubblici, "la responsabilità dei soggetti sopposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 della legge n. 20 del 1994" (art. 21, secondo comma, primo periodo): la norma lascia così del tutto impregiudicata la possibilità per le pubbliche amministrazioni danneggiate – sovente tacciate di eccessiva timidezza, nel perseguire i danni ad esse cagionati dagli agenti pubblici cui li lega un rapporto di servizio – di agire, innanzi al giudice ordinario[20], per il risarcimento dei danni originati da condotte attive gravemente

[17] Su queste incertezze, G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, *op. cit.*, 367 ss.

[18] *Amplius*, A. IADECOLA, *Il nesso causale*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei Conti. Responsabilità, Contabilità, Controllo*, 2019, 65 e ss.

[19] Sul tema M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. Econ.*, 2018, 3, 625 e ss., in specie 648, e nota (41).

[20] Sulla "reciproca indipendenza tra l'azione di responsabilità per danno erariale […] e l'azione con la quale le amministrazioni interessate possono promuovere le ordinarie azioni civilistiche di responsabilità […] anche quando investano i medesimi fatti materiali", di recente, Corte Cass., SS.UU., ord. 4 ottobre 2019 n. 24859, in *Lexitalia.it*.

colpose, e dimostrare così una autonoma e rinnovata attenzione per la tutela dei propri interessi economico-finanziari.

La seconda osservazione riguarda l'auspicio che la temporaneità che caratterizza l'art. 21, secondo comma, sia davvero tale: se così non fosse la norma – sotto il velo della risposta ad una situazione emergenziale (che progressivamente può e deve rientrare nei canoni ordinari), e di una limitazione nel tempo predicata all'origine soltanto per "addolcire" le critiche rivolte alla sua emanazione (e, forse, la sua potenziale incostituzionalità[21]) – comporterebbe invece un ontologico e definitivo mutamento del regime giuridico, e della struttura tradizionale, propri della responsabilità erariale.

[21] *Amplius* L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata", op. cit.*, 10 e ss.