AIPDA

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo

FORUM
Next Generation EU

La Transizione amministrativa

Fabrizio Fracchia
Francesco Goisis
Massimo Occhiena
Miriam Allena
Pasquale Pantalone
Scilla Vernile

12 marzo 2021

La transizione amministrativa

FABRIZIO FRACCHIA
(fabrizio.fracchia@unibocconi.it)
FRANCESCO GOISIS
(francesco.goisis@unimi.it)
MASSIMO OCCHIENA
(massimo.occhiena@occhiena.it)
MIRIAM ALLENA
(miriam.allena@unibocconi.it)
PASQUALE PANTALONE
(pasquale.pantalone@unimi.it)
SCILLA VERNILE
(scilla.vernile@unibocconi.it)

1. Premessa

1.1. Questo documento vuole essere una traccia per una riforma della pubblica amministrazione da mettere in campo a partire già dai prossimi mesi e da sviluppare compiutamente nei prossimi anni, ponendo le basi per un cambiamento epocale e duraturo nel tempo, basato su pochi obiettivi chiari e caratterizzanti l'azione del presente Governo.

Si parlerà qui di "riforma" e non di "riforme" perché occorre superare la logica degli interventi sporadici e frammentari a colpi di decreti-legge o comunque di interventi normativi puntuali che appesantiscono i testi legislativi in vigore e confondono le amministrazioni e i cittadini.

1.2. Il "Piano nazionale di ripresa e resilienza" si caratterizza per il riferimento alle generazioni future (v. anche, in ambito europeo, *Next Generation EU*) e al concetto di resilienza, che ne diviene elemento definitorio.

La proiezione intergenerazionale e la necessità di rafforzare sul lungo periodo le istituzioni non può non essere rilevante anche in ordine al tipo di approccio che dovrebbe essere adottato nella stesura del Piano.

La metodologia più adeguata può essere definita anche guardando al diritto dell'ambiente, che è il settore che, più di altri, intercetta e studia le scelte che impattano sul futuro. Non a caso, il tema ambientale è centrale all'interno della proposta di Piano anche in ragione del *Green Deal* europeo.

In primo luogo, la "transizione" ecologica (e digitale) impone una trasformazione così complessa e radicale che non sembra suscettibile di

essere "filtrata" con un'unica scala di valutazione, ma occorre che sia affrontata con tutto lo strumentario giuridico e concettuale disponibile.

Si pensi in tal senso all'eterogeneità dei modelli di tutela ambientale offerti dall'ordinamento: responsabilità civile, *command and control*, *market based tools*.

In secondo luogo, non si può unicamente fare leva sul diritto: lo studio dell'ambiente involge l'etica, la filosofia, l'economia, l'analisi dei comportamenti umani come il *nudging*. Ebbene, bisognerà probabilmente immaginare che il mutamento così radicale prefigurato dal *Next Generation EU* debba essere accompagnato da una molteplicità di strumenti e di azioni. Il diritto può comunque fare la propria parte in un dibattito culturale che deve essere in grado di "produrre senso e significati" per affrontare il futuro.

In terzo luogo, nel corso della sua evoluzione, il diritto dell'ambiente ha percorso una traiettoria significativa, trasformando la protezione della natura in un valore non isolato: grazie al principio di integrazione, esso taglia trasversalmente le varie competenze. Ciò significa che le politiche a favore dell'ambiente (ma anche quella in tema di digitalizzazione) debbono uscire dall'"angolo" e integrarsi sempre più nella definizione delle opzioni strategiche, senza restare, per così dire, una sorta di corpo separato anche nell'ordinamento giuridico.

1.3. Specie in una fase di mutamento così radicale che - a differenza del passato - è peraltro accompagnata dalla messa in campo di una significativa quantità di risorse finanziarie, occorre adottare una logica sistemica e integrata, tenendo conto delle differenze strutturali e territoriali delle singole amministrazioni pubbliche. Per questa ragione non si può prescindere da una riforma meditata e che raggiunga un'ampia condivisione delle varie forze politiche del Paese.

Allo stesso modo, occorre superare la logica delle "riforme manifesto" che hanno caratterizzato l'agenda politica degli ultimi anni, ma che sono state incapaci di innovare davvero dal profondo le strutture amministrative e che non di rado sono state utilizzate strumentalmente per fomentare il malcontento e la resistenza all'interno della stessa amministrazione verso ogni cambiamento dello *status quo*.

Insomma, si propone qui una riforma che sia fatta per la pubblica amministrazione e con la pubblica amministrazione, che sia percepita dall'interno non come contraria agli interessi dei dipendenti e dei funzionari pubblici, né come punitiva degli stessi.

L'obiettivo chiave sarà dunque la valorizzazione massima delle risorse in campo e al contempo l'innesto di risorse nuove, in modo da

accompagnare la transizione limitando il più possibile i conflitti sociali e il malcontento.

La "transizione amministrativa" verso l'amministrazione del domani è - a detta di tutti - oramai necessaria per il Paese e le risorse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, se ben indirizzate, possono consentire di porre le basi per la riforma.

2. Risorse umane

2.1. Una riforma efficace della p.a. deve innanzitutto coinvolgere i dipendenti pubblici: occorre creare una base ampia di consenso alla riforma che venga dall'interno dell'amministrazione. Senza di ciò, qualsiasi riforma verrà più o meno fortemente boicottata. È necessario che i dipendenti pubblici si sentano parte viva e fondamentale del progetto di transizione.

Ciò premesso, occorre operare almeno sul piano del reclutamento e su quello della attrattività dell'impiego pubblico.

2.2. Quanto all'accesso ai ruoli della p.a., le statistiche mostrano che, negli ultimi anni, la quantità di personale assunto con concorso si è andata progressivamente riducendo nonostante, sia pure faticosamente, si sia ridotta la contiguità tra politica e amministrazione.

L'ampio ricorso alle deroghe al pubblico concorso è in parte conseguenza della crisi fiscale dello Stato: alla carenza di risorse e ai blocchi di *turnover* l'amministrazione ha reagito con un più ampio ricorso a contratti di lavoro flessibile e, quindi, con un maggiore utilizzo di personale assunto mediante procedure selettive "semplificate" rispetto a quelle per i dipendenti di ruolo, o, addirittura, in assenza delle stesse.

D'altro canto, l'immissione di personale precario nelle fila della pubblica amministrazione ha generato successivi interventi legislativi di stabilizzazione, quindi l'assunzione definitiva di personale senza una vera e propria selezione.

Occorre riprendere a fare i concorsi e fare "buoni concorsi" basati su criteri veramente selettivi.

Occorre cambiare la logica del concorso: la percezione tutt'ora diffusa è che lo stesso sia finalizzato in via prevalente (se non esclusiva) a garantire l'imparzialità della scelta amministrativa, con conseguente diffusione di selezioni improntate a un eccessivo formalismo e dettaglio e con riduzione al minimo della discrezionalità delle commissioni di concorso attraverso la predisposizione di regole sempre più dettagliate e complesse.

Quello che si propone è la transizione verso un concorso che sia strumento di efficace selezione dei migliori, basato su una valutazione meno formalistica e più di sostanza delle qualità, capacità, abilità degli aspiranti e, dunque, in una parola, davvero meritocratico.

Per es., per quanto riguarda le prove preselettive è ovvio che non si possa fare a meno di prove a correzione automatica e di test a scelta multipla, ma questi devono essere strutturati in modo tale da favorire le abilità logiche e le conoscenze realmente sedimentate nel concorrente, con necessaria esclusione, di conseguenza, delle prove basate su domande attinte da banche dati previamente rese disponibili per i partecipanti.

2.3. L'elusione del principio costituzionale del concorso pubblico si è tradotto in (*i*) una complessiva minore competenza tecnica dei dipendenti pubblici, in (*ii*) un progressivo invecchiamento dei dipendenti pubblici sia in generale, sia con riguardo al momento della loro prima assunzione in ruolo, in (*iii*) una minore "attrattività" di "talenti" (il posto pubblico non è visto, specie dai più giovani, come una opportunità, ma al più come un "parcheggio" sicuro).

Occorre agire su ciascuno dei tre profili evidenziati, prevedendo:

- formazione e aggiornamento obbligatori e costanti presso università e altri istituti di formazione accreditati in modo da creare un ambiente di lavoro stimolante. Tuttavia, occorre concentrare le risorse della formazione sui dipendenti più giovani o comunque volenterosi e desiderosi di essere coinvolti;
- forme di migliore individuazione delle competenze del singolo funzionario in modo da accrescerne il ruolo e il coinvolgimento (limitando l'attrazione al vertice dirigenziale di tutte le decisioni e responsabilità);
- creare nel contesto lavorativo efficaci anticorpi contro le condotte del personale meno motivato;
- il ricambio generazionale e la progressiva sostituzione nelle posizioni di vertice di giovani promettenti e volenterosi;
- l'attrazione dei "talenti" attraverso il riconoscimento di una retribuzione adeguata;
- una valutazione senza pregiudizi delle opportunità offerte dal lavoro agile.

L'obiettivo è formare una burocrazia competente, selezionata secondo criteri di merito (cioè in base alle effettive capacità di svolgimento delle funzioni), per la quale siano previsti percorsi di formazione e di specializzazione professionale e sempre più affrancata dal condizionamento della politica.

Il sistema anglosassone del *merit system* come contrapposto allo *spoil system* potrebbe aiutare a dare vita a una burocrazia che sia "servente" rispetto agli obiettivi di governo, qualunque esso sia.

Detto altrimenti, una burocrazia con competenze tecniche e specialistiche autenticamente al servizio della Nazione e non di interessi particolari, oltreché orgogliosa di svolgere la pubblica funzione.

Certamente il contesto sociale anglosassone è diverso da quello italiano e la transizione suddetta richiederà anche un cambio di paradigma culturale.

3. Digitalizzazione

3.1. La digitalizzazione non può essere separata dall'amministrazione, ma deve con essa integrarsi. Invece di cambiare la p.a. per "favorire la trasformazione digitale", occorrerebbe riformare la p.a. per impiegare al meglio le funzioni amministrative "usando la digitalizzazione".

3.2. Anzitutto, occorre evitare di concentrare le risorse pubbliche solo nell'acquisto, da parte della p.a., di computer e pacchetti applicativi esistenti, che finirebbero per consentire di raccogliere una grande quantità di dati i quali, poi, rischiano di non venire adeguatamente gestiti e utilizzati.

Al contrario, occorre agire a monte delle catene del valore: per es., anche sfruttando *partnership* con i privati, la p.a. dovrebbe sviluppare soluzioni tecnologiche innovative da utilizzare al suo interno e da esportare all'esterno, in modo da riallineare davvero il percorso di crescita del nostro Paese a quello degli Stati europei più dinamici.

Sotto altro profilo, la digitalizzazione dovrebbe andare sempre di pari passo con la formazione e lo sviluppo delle competenze tecnologiche dei dipendenti pubblici.

3.3. Posto che la digitalizzazione è uno strumento che non è di per sé garanzia di migliore decisione, bisogna distinguere i procedimenti routinari da quelli molto complessi (es. ambiente, contratti pubblici, governo del territorio) che richiedono decisioni ampiamente discrezionali. Allo stesso modo, all'interno di uno stesso procedimento amministrativo esistono fasi più standardizzate di altre, mentre in ulteriori momenti - magari fuori dall'istruttoria - si rivela necessario liberare la discrezionalità e garantire la possibilità di un contatto e di un confronto (anche telematico, ma pur sempre) con il decisore, come accade - per fare un esempio al di fuori dell'azione amministrativa - nel processo da remoto.

3.4. Un esempio di utilizzo virtuoso delle nuove tecnologie è l'interoperabilità delle banche dati. Ciò consente di ridurre i rischi, anche

in termini di responsabilità penale, che oggi ricadono sul privato attraverso l'ampio e disinvolto utilizzo del modello della autocertificazione. L'uso degli strumenti informatici e telematici, infatti, consentirebbe di implementare le verifiche e gli accertamenti d'ufficio quale *modus operandi* "a regime" nella conduzione delle istruttorie amministrative e di attribuire certezza alle relazioni giuridiche (per esempio, non è il partecipante a una gara pubblica a dover autocertificare una serie di requisiti morali e tecnico-professionali, ma è la stessa p.a. che, utilizzando in modo opportuno i dati messi a sistema, può verificare direttamente il possesso di quelle qualità).

3.5. Un altro esempio virtuoso dell'uso degli strumenti informatici sarebbe la previsione che consentisse sempre al cittadino/impresa di richiedere un incontro telematico con il funzionario responsabile del procedimento, e a quest'ultimo di fissarlo d'ufficio in modo da migliorare la qualità della scelta pubblica (specie in presenza di decisioni complesse il dialogo diretto può aiutare a ridurre la complessità), ma anche, a ben vedere, da ridurre i tempi della burocrazia.

3.6. Ancora, spostando lo sguardo sul processo, si pensi alla positiva esperienza delle udienze elettroniche che ha caratterizzato il periodo pandemico.

Come è noto, in precedenza, previsioni come quella di cui all'art. 120 c.p.a. in tema di rito appalti avanti al giudice amministrativo (che impone la fissazione a breve dell'udienza di merito) restavano spesso lettera morta: infatti, i ruoli di udienza non sono di capienza infinita.

Viceversa, l'esperienza delle udienze telematiche da remoto ha dimostrato che è possibile discutere solo alcuni dei giudizi, quelli veramente importanti, evitando la prassi, diffusa in passato, di udienze prive di qualsivoglia utilità, perché di mera ripetizione di quanto già scritto in atti.

D'altro canto, l'udienza elettronica tende, per sua natura, ad essere più spedita ed efficace ed è quindi auspicabile che quella esperienza non venga interrotta una volta superata l'emergenza pandemica.

3.7. Più in generale, la massima trasparenza dei documenti che potrebbe e dovrebbe caratterizzare l'azione amministrativa realizzata in via informatica è in grado, almeno in parte, di tener luogo della complessità procedimentale. Pensiamo ad un concorso pubblico o ad una gara pubblica: se chiunque potesse accedere al sistema per verificare come si è realizzata la selezione del vincitore, probabilmente alcune rigidità che oggi sono imposte dalla legge per prevenire decisioni parziali potrebbero essere superate. Una decisione che, grazie agli strumenti digitali, è resa

trasparente a qualsiasi cittadino in via di accesso civico tende, già di per sé, per essere ricondotta ad un maggior grado di imparzialità ed accuratezza.

4. Buona legislazione

4.1. È necessario superare la logica del "taglia e cuci" legislativo. L'incessante stratificazione normativa non solo non semplifica, ma anzi complica e rallenta le procedure e le decisioni amministrative.

Dopo una seria ricognizione della normativa vigente (anche riprendendo e facendo proprio il meticoloso lavoro che ha dato vita alla banca dati *Normattiva*), occorre allora razionalizzare e semplificare attraverso una massiccia opera di "sfoltimento" del ginepraio normativo, in modo da valorizzare davvero la qualità e la certezza delle regole.

L'approccio dovrebbe cioè essere olistico, in modo che le modifiche siano sempre inserite in un disegno più ampio e razionale. Per es., una seria riforma della legge sul procedimento non potrebbe non guardare anche al codice dell'amministrazione digitale (che andrebbe sensibilmente alleggerito e incorporato all'interno della prima) e al codice del processo amministrativo (che, pur funzionando abbastanza bene, potrebbe essere migliorato). Si pensi a istituti quali il silenzio della p.a. che concernono più gli strumenti di tutela che il diritto sostanziale.

4.2. Occorre ricominciare a guardare procedimento e processo come istituti che, entrambi, sia pure in momenti diversi, contribuiscono alla garanzia e alla tutela del cittadino e delle imprese. Si pensi all'esperienza anglosassone o americana dove il procedimento è il fulcro della tutela e il ruolo dello stesso è stato accresciuto anche in funzione deflattiva del contenzioso. Ma anche all'esperienza spagnola degli appalti pubblici, dove le controversie in sede di gara vengono gestite da una commissione amministrativa che decide in tempi ridottissimi.

Se così inteso, il procedimento (e le garanzie procedimentali) non configura un inutile e antieconomico allungamento dei tempi, ma diviene la sede in cui i cittadini e le imprese hanno modo di far valere le loro istanze di fronte alla p.a.

In questo senso, occorrerebbe valorizzare, come già avviene in altri Paesi europei, il ruolo delle ADR nel diritto pubblico.

Se bene inteso, il procedimento potrebbe consentire di rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa (perché previene la successiva fase processuale) e, al contempo, per valorizzare il ruolo del funzionario pubblico.

Viceversa, il nostro sistema di diritto amministrativo sembra essere costruito perché sia il giudice (e non l'amministrazione) a decidere e ad

avere l'ultima parola sulle scelte amministrative: ciò acuisce la debolezza dell'amministrazione, allunga i tempi delle decisioni e, in ultima analisi, l'inefficienza del sistema.

5. Buona amministrazione

5.1. Il riformismo della p.a. è una stagione che dura da più di 30 anni e forse non ha sempre portato i risultati sperati.

Spesso ci si preoccupa di immaginare in positivo come dovrebbe essere l'amministrazione (una sorta di modello ideale), o si cerca genericamente di curarne i "mali", senza esattamente definire quali essi siano. L'attenzione, invece, nell'agenda delle riforme deve essere prioritariamente dedicata a identificare i problemi che impediscono all'amministrazione di funzionare correttamente.

5.2. Un primo problema è la (cattiva) qualità delle decisioni. Al riguardo, se da un lato è apprezzabile innestare competenze non soltanto giuridiche sui funzionari pubblici, dall'altro occorre che le decisioni siano qualitativamente buone, perchè ciò può impattare negativamente sulla produttività e incrementare il contenzioso. Per realizzare questo obiettivo, sarebbe provocatoriamente opportuno non soltanto innestare competenze non giuridiche nella formazione dei dipendenti, ma anche aumentare significativamente le competenze giuridiche dei tecnici onde "blindarne" e migliorarne le determinazioni.

Un secondo problema è lo "stillicidio" decisionale, ossia la protervia del potere che non "scopre le carte" in un'unica soluzione, reiterando decisioni sfavorevoli per il privato fondate su ragioni ostative nuove e differenti rispetto a quanto già rappresentato o deciso (per i procedimenti ad istanza di parte, v. ora la nuova formulazione dell'art. 10-*bis*, l. 241/1990, così come modificato dal d.l. 76/2020, conv. nella l. 120/2020).

Un terzo, gravissimo, problema è l'indolenza dell'amministrazione pubblica, organizzazione che "non decide". Molto noto è il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva (o paura della firma): in sostanza, il timore della responsabilità (soprattutto erariale, penale o disciplinare) può fungere da freno nell'azione del dipendente o funzionario (cfr. art. 21, d.l. 76/2020, cit.). La difficoltà di "ovviare" all'indolenza trova conferma nella banale osservazione (e nella mera contabilità) dei plurimi rimedi apprestati dall'ordinamento per contrastare il problema dell'inerzia (silenzio-assenso, sanzioni a carico dei dirigenti, danno da ritardo, responsabile della sostituzione). Sarebbe probabilmente necessario prevedere meccanismi sostitutivi più forti in caso di mancata decisione entro il termine fissato

(ricorrendo alle figure della sostituzione e della avocazione, nel solco di quanto già previsto dall'ordinamento).

Altri problemi rilevanti concernono la complessità normativa (v. *supra*) e il rapporto centro-periferia (come si è potuto constatare in occasione dell'emergenza pandemica).

Un ulteriore aspetto da considerare è la differenziazione delle amministrazioni. "Pubblica amministrazione" vuol dire piccoli comuni, forze armate, politica, servizio pubblico... e pertanto l'approccio, anche normativo, non può essere uniforme.

5.3. Rispetto alle riforme del passato (e questo è un dato essenziale), c'è comunque una differenza fondamentale che si sostanzia nella presenza di una ingente mole di risorse finanziarie: quella che si profila, pertanto, è un'occasione che non si può sprecare.

Inoltre, dalla proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza e dal *Next Generation EU* traspare come il perimetro dell'azione amministrativa non verrà ridotto, nel senso che l'amministrazione sarà un perno essenziale per la gestione dei fondi e per la realizzazione di un mutamento che appare come una sorta di riorientamento gestaltico.

Ci saranno, dunque, ulteriori poteri molto rilevanti, sicché bisognerà presidiare la legalità, la tutela delle libertà e la trasparenza, anche contenendo la tendenza a creare nuovi snodi organizzativi non necessari e dal profilo non chiaramente definito. Le amministrazioni hanno bisogno di catene di comando chiare perchè le responsabilità sono formali, al contrario dei sistemi articolari che richiedono coordinamento (almeno entro certi limiti - se il punto è garantire l'operatività dell'azione pubblica - in taluni settori il modello migliore è addirittura quello dell'amministrazione militare).

In ogni caso, se la fisionomia della p.a. è così varia e variegata, l'approccio che si basa soltanto su capitale umano - forma anche un pò ambigua - e semplificazione burocratica appare troppo angusto.

Infine, occorre considerare l'impatto delle riforme e dei profondi cambiamenti (che camminano sulle gambe delle persone) sui singoli funzionari. Essi non vanno "irritati", perché nessuna organizzazione si adatta docilmente a sollecitazioni esterne. Si pensi all'introduzione acritica dei modelli aziendalistici (*newpublic management*), spesso tentata in passato, efficientistici e privatistici, che non hanno funzionato, suscitando anzi un formale adempimento burocratico senza l'internalizzazione del pur apprezzabile valore che animava la riforma.

Per un deciso miglioramento della situazione, basterebbe adottare una misura di buon senso, sul modello del "taglia oneri" nei confronti delle imprese: dopo una ragionevole ricognizione dei carichi di lavoro,

l'imposizione di nuovi compiti, responsabilità o attività in capo ai dipendenti dovrebbe essere accompagnata dalla corrispondente riduzione di equivalenti compiti, responsabilità o attività.

6. Contratti pubblici

6.1. Il settore dei contratti pubblici è caratterizzato da un eccesso di regolamentazione.

Oltre al codice (composto da più 220 articoli e 25 allegati), la disciplina comprende numerosi atti attuativi tra DM, DPCM e atti di "regolazione flessibile" dell'ANAC. Alcuni di questi atti sono peraltro destinati a essere sostituiti da un'ulteriore normativa di dettaglio contenuta nell'emanando regolamento unico.

A causa dell'imponente e complesso apparato normativo, il settore dei contratti pubblici sconta notevoli difficoltà interpretative e applicative, che hanno comportato, soprattutto negli ultimi anni, un irragionevole ostacolo allo sviluppo economico e sociale del Paese.

L'esperienza passata, soprattutto in questo settore, ha più volte dimostrato come le modifiche e le integrazioni puntuali di disposizioni vigenti (frutto di interventi diretti a compendiare tutti i diversi interessi ed esigenze in gioco: concezione contabilistica, anticorruzione, concorrenza, tutela del lavoro, tutela dell'ambiente ecc...), non abbiano fatto altro che aggiungere sacche di complessità più che conseguire gli ambìti obiettivi di semplificazione. Senza considerare il cervellotico meccanismo di coordinamento (tra norme vigenti, abrogate, transitorie, di rango e fonte differenti, talune con efficacia limitata nel tempo) che spesso ne è derivato, alimentando la c.d. "paura della firma" e rendendo difficilmente "digeribile" dalle stazioni appaltanti ogni novità normativa.

6.2. A nostro avviso, nel settore degli appalti è necessario un drastico mutamento di prospettiva che affronti "di petto" il problema dell'eccesso di regolamentazione attraverso l'abrogazione del vigente codice dei contratti pubblici a eccezione delle norme che sanciscono principi vincolanti, prevedendo una snella disciplina procedurale per le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori e, per il resto, lasciando in vigore quale unica disciplina applicabile, salvo taluni minimali aggiustamenti tecnici, quella di matrice europea siccome dettate dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

7. Edilizia

7.1. Alla stessa stregua del settore dei contratti pubblici, anche l'edilizia è caratterizzata da un impianto normativo stratificato e di difficile comprensione, il che rende il rapporto tra privati e poteri pubblici costantemente insofferente e foriero di un contenzioso molto frequente.

7.2. Anche in questo caso, l'opzione di politica legislativa di semplificazione che sarebbe preferibile dovrebbe fondarsi su un generale e radicale ripensamento della disciplina vigente in vista di una chiara identificazione degli interventi liberi da qualsivoglia condizionamento pubblicistico e di quelli che invece necessitano di una previa valutazione da parte degli (o la comunicazione agli) uffici tecnici comunali, così da permettere lo scrutinio della compatibilità degli stessi con gli interessi pubblici all'ordinato sviluppo dell'attività antropica sul territorio.

Sarebbe pertanto necessaria una profonda razionalizzazione dei titoli edilizi da conseguire in via preventiva, abrogando l'istituto della comunicazione di inizio lavori asseverata *ex* art. 6-*bis*, d.p.r. 380/2001, e sostituendo il vigente art. 6 (recante «Attività edilizia libera») con una norma che si limiti a sancire che tutti gli interventi non subordinati a permesso di costruire (art. 10) e a segnalazione certificata di inizio di attività (art. 22) possono essere realizzati senza alcun titolo abilitativo.

Alla significativa riduzione e razionalizzazione di controlli preventivi dovrebbe accompagnarsi una decisa implementazione dei controlli successivi da parte della p.a.

8. Fuga dalla firma

8.1. Nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2021 della Corte dei Conti, il Presidente del Consiglio dei ministri Mario Draghi, sottolineando il ruolo cruciale che la Corte sarà chiamata a svolgere nel controllo della corretta esecuzione del *Recovery Plan*, ha evidenziato che: "Occorre ... evitare gli effetti paralizzanti di quella che viene chiamata la "fuga dalla firma", ma anche regimi di irresponsabilità a fronte degli illeciti più gravi per l'erario. Tenendo conto peraltro che, negli ultimi anni, il quadro legislativo che disciplina l'azione dei funzionari pubblici si è "arricchito" di norme complesse, incomplete e contraddittorie e di ulteriori responsabilità anche penali. Tutto ciò ha finito per scaricare sui funzionari pubblici responsabilità sproporzionate che sono la risultante di colpe e difetti a monte e di carattere ordinamentale; con pesanti ripercussioni concrete, che hanno talvolta pregiudicato l'efficacia dei procedimenti di affidamento e realizzazione di opere pubbliche e

investimenti privati, molti dei quali di rilevanza strategica. Alcuni interventi normativi adottati la scorsa estate hanno affrontato, in maniera però temporanea, queste criticità. Ora bisogna andare oltre le schermaglie normative, verificando gli effetti delle nuove disposizioni, ma soprattutto lavorando per costruire un solido rapporto di collaborazione tra pubblici funzionari e Corte dei Conti".

In effetti, come è stato ricordato, il timore della responsabilità (soprattutto erariale, penale o disciplinare) può fungere da freno nell'azione del dipendente o funzionario.

8.2. In tema di illecito erariale, l'art. 21 del d.l. 76/2020 conv. nella l. 120/2020 ha apportato due importanti modificazioni in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa.

In primo luogo, il c. 1 dell'art. 21, cit., ha modificato l'art. 1, c. 1, l. 20/1994, aggiungendo il seguente periodo: "La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso". La novella ha lo scopo di equiparare il dolo contabile al dolo (riferito all'evento dannoso) in chiave penalistica, allo scopo di limitare la responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici ai soli illeciti erariali più gravi. La disposizione dovrebbe "tranquillizzare" i dipendenti nell'assunzione delle decisioni, soprattutto nei casi (ora aumentati, ad esempio, nel settore dei contratti pubblici) in cui sussiste la discrezionalità. D'altro canto, a fronte di situazioni complesse, il dipendente che decide andrebbe premiato (o incentivato ad agire) e non già disincentivato.

In secondo luogo, il c. 2 dell'art. 21, cit., ha previsto che fino al 31 dicembre 2021 la responsabilità amministrativa sia limitata "ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta", specificando che detta limitazione di responsabilità non si applichi alle ipotesi di "danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente", con il fine evidente di disincentivare quanto più possibile le ipotesi di inerzia od omissione.

Per quanto al centro di un vivace dibattito, anche istituzionale, quest'ultima disposizione non pare di per sé contraria al dettato costituzionale, dal momento che è stato riconosciuto come "il legislatore sia arbitro di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto ed a quali soggetti la responsabilità sia ascrivibile (sentenza n. 411 del 1988), senza limiti o condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà" (Corte cost., 371/1998). Parametri che la suddetta limitazione della responsabilità amministrativa alle sole fattispecie di condotta dolosa non sembra esorbitare: infatti, l'aggravamento del rischio correlato all'attività amministrativa a carico

degli enti pubblici persegue il dichiarato fine di valorizzare il principio del buon andamento nell'ottica di favorire l'assunzione delle decisioni da parte degli organi pubblici, disincentivando gli atteggiamenti dilatori e le inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa conseguenti al timore delle responsabilità patrimoniali. Si suggerisce quindi di sostituire l'art. 1, c. 1, della legge 20/1994 con la seguente norma:

"La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti è personale e limitata ai casi in cui è provato che il danno prodotto dalla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente e direttamente voluto, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. Se il danno è conseguente a omissione, inerzia o ritardi, la responsabilità è estesa anche alla colpa grave. In entrambi i casi, il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi".

8.3. Una ulteriore utile indicazione nel senso di rendere, per i dipendenti e gli amministratori pubblici, la responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo ad agire e decidere, potrebbe essere quella di dare impulso alle ipotesi sanzionatorie di responsabilità amministrativa, definendo in apposite norme specifici comportamenti illeciti degli agenti pubblici e prevedendo l'irrogazione da parte delle Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, in apposito rito disciplinato dal codice di giustizia contabile (artt. 133 ss.), di una sanzione pecuniaria individuata tra un minimo e un massimo edittale, oppure in misura fissa.

In tal senso, si potrebbero stigmatizzare soprattutto gli illeciti da ritardo o da inerzia e comunque le violazioni di norme di comportamento previste a carico dei funzionari e dirigenti pubblici e ritenute essenziali nell'ottica del buon andamento, dell'imparzialità, dell'efficienza dell'amministrazione e, più in generale, del rilancio dell'economia e della competitività del Paese.