

L'amministrazione pubblica tra "illegalità utile" e "inefficienza utile"

31 Ottobre 2024

Riv. n. 10/2024

Codice ISSN: 1972-3431

Luca De Lucia

L'amministrazione pubblica tra "illegalità utile" e "inefficienza utile"*

Sommario: 1. *Introduzione.* – 2. *Razionalità giuridica e razionalità manageriale nella pubblica amministrazione.* – 3. *Burocrazia difensiva e scudo erariale.* – 4. *Ridefinizione della responsabilità erariale e "illegalità utile".* – 5. *"Illegalità utile" e razionalità manageriale.* – 6. *Soppressione dei controlli concomitanti sul PNRR e sul PNC: una forma di "inefficienza utile"?*

1. *Introduzione*

Questo scritto si propone di illustrare alcuni recenti sviluppi della normativa in materia di giurisdizione e controlli di gestione della Corte dei conti. La disamina dovrebbe evidenziare come il tentativo di individuare un nuovo equilibrio tra legalità ed efficienza dell'amministrazione pubblica in effetti ha portato, per quanto riguardo alcune politiche di importanza strategica per il Paese, a una situazione nella quale entrambe le esigenze sembrano notevolmente depotenziate.

Lo scritto ha la seguente struttura. Innanzitutto, si esaminano brevemente le due razionalità che si contendono il dominio sull'amministrazione pubblica: quella manageriale e quella giuridica (par. 2). Dopo aver accennato alle difficoltà che l'amministrazione italiana incontra nel raggiungere standard adeguati di efficienza e alla recente discussione sulla c.d. "burocrazia difensiva" (par. 3), si illustra brevemente la disciplina del c.d. "scudo erariale" introdotta con il d.l. 76/2020 e si dimostra come esso sia riconducibile al concetto, elaborato da Niklas Luhmann, di "illegalità utile" (par. 4). Si sottolinea poi che l'illegalità in questo caso è stata considerata "utile" dal legislatore, in quanto funzionale al rafforzamento della razionalità manageriale; ciò è dimostrato dal fatto che il d.l. 76/2020 ha anche rilanciato il controllo concomitante della Corte dei conti (e con esso la responsabilità

dirigenziale) (par. 5). Si esamina infine la recente disposizione legislativa che ha escluso che la Corte dei conti eserciti il controllo concomitante sugli interventi di implementazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC) e si sollevano alcuni dubbi sulla ragionevolezza di questa scelta in relazione all'equilibrio tra la razionalità legale e quella manageriale (par. 6).

2. Razionalità legale e razionalità manageriale nella pubblica amministrazione

L'azione delle amministrazioni pubbliche deve rispondere a due esigenze che possono facilmente entrare tra loro in conflitto: il rispetto delle norme giuridiche e l'efficiente perseguimento degli obiettivi stabiliti dall'ordinamento. Si tratta di due logiche che in realtà governano tutte le organizzazioni, ma che per quelle pubbliche assumono un valore particolare: la razionalità legale e quella manageriale.

Sebbene il tema sia ampiamente noto alla dottrina italiana anche per ovvie ragioni di ordine costituzionale^[1], appaiono comunque molto utili le riflessioni formulate sul punto da Jacques Chevallier e Danièle Loschack, agli inizi degli anni Ottanta del ventesimo secolo, con riferimento all'ordinamento francese^[2].

Per i due studiosi la logica giuridica risponde in principio alla nota categoria weberiana dell'azione orientata "in modo razionale rispetto al valore" ("wertrational")^[3]: l'osservanza delle norme giuridiche rappresenta la ragion d'essere dell'amministrazione burocratica e la sua fonte di legittimazione^[4]. Da questa prospettiva, la pubblica amministrazione parla essenzialmente il linguaggio del diritto ed è governata da un sistema completo di regole che determinano la prevedibilità e la standardizzazione delle sue azioni. Allo stesso tempo, le norme giuridiche partecipano all'organizzazione della vita interna delle amministrazioni pubbliche in modo completo e gerarchico, garantendone la razionalità e rappresentando l'unico orizzonte per i funzionari pubblici, senza che nulla sia lasciato all'iniziativa individuale. In conseguenza, il controllo giurisdizionale si basa essenzialmente sull'accertamento della conformità degli atti e delle azioni delle autorità pubbliche alle norme giuridiche. Ciò implica che le amministrazioni e i loro agenti hanno un'obbligazione di mezzi (conformità alla legge) e non di risultato^[5].

Seguendo il medesimo ordine di idee, per i due autori, la razionalità manageriale è orientata "in modo razionale rispetto allo scopo" ("zweckrational")^[6]. Essa ruota attorno al buon funzionamento dell'amministrazione, al raggiungimento dei risultati e alla gestione efficiente delle risorse, si fonda cioè su criteri essenzialmente aziendalistici ed economici. In questo caso, la pianificazione strategica (e i relativi obiettivi e sotto-obiettivi) tende a sostituire le disposizioni di legge come guida ai processi decisionali e consente a ciascun componente dell'organizzazione di fare le proprie scelte in relazione a un insieme coerente. Ne consegue che la correttezza di una decisione deve essere valutata con riferimento agli obiettivi raggiunti; allo stesso modo, l'organizzazione deve

essere caratterizzata da flessibilità e adattabilità per far sì che i vari centri decisionali possano eseguire efficacemente il programma stabilito. Le tecniche di controllo in questo contesto sono allora finalizzate a verificare il conseguimento dei risultati assegnati e, se necessario, a individuare le azioni correttive necessarie[7]. In quest'ottica, sulle amministrazioni e i loro agenti grava un'obbligazione di risultato[8].

Queste brevi notazioni chiariscono come, in linea di principio, un'eccessiva enfasi dell'amministrazione pubblica sulla razionalità manageriale può facilmente portare a minare la razionalità giuridica, e viceversa. D'altra parte, è certo che l'efficienza dell'azione amministrativa rappresenta ormai un concetto giuridico o comunque rilevante per il diritto[9] e che non è possibile postulare una totale incompatibilità tra le due razionalità, che devono invece essere integrate e bilanciate. In alcuni casi, questo bilanciamento avviene attraverso le scelte autonome delle singole amministrazioni effettuate all'interno di quadri normativi e, in altri casi, attraverso disposizioni di legge.

3. *Burocrazia difensiva e scudo erariale*

In Italia, domina una diffusa sfiducia nei confronti della pubblica amministrazione e delle sue capacità operative; una sfiducia che è manifestata non solo dagli attori sociali ed economici, ma spesso anche dal Governo, dal Parlamento e dalla maggioranza dei partiti politici a livello nazionale e locale[10]. Senza soffermarsi sull'argomento, si deve ricordare che per decenni il legislatore ha tentato in vari modi di rafforzare la gestione manageriale delle amministrazioni pubbliche[11], ricorrendo ad esempio a forme di semplificazione normativa[12]. Allo stesso tempo però non sono mancati interventi legislativi che hanno regolamentato l'azione amministrativa in modo meticoloso, ma non sempre ordinato, preciso e coerente, e hanno previsto sanzioni di vario tipo nei confronti dei dipendenti pubblici in caso di inadempienza ai doveri d'ufficio[13].

L'effetto di queste politiche è stato però paradossale. Come osservato in termini generali da Robert Kagan, in un clima di sfiducia nei confronti dell'amministrazione pubblica, "adottare uno stile amministrativo legalistico offre ai funzionari una sorta di porto sicuro. Ne deriva però un circolo vizioso. In un clima di sfiducia nella professionalità di un'agenzia ... è probabile che il legislatore ... vincoli il suo modo di decidere con regole più dettagliate Ciò ovviamente aumenta la possibilità che i funzionari agiscano in modo maggiormente legalistico piuttosto che improntato a ragionevolezza, ciò che a sua volta aumenta la possibilità che ciò sia considerato non professionale e inaffidabile"[14].

Si comprende in tal modo un tema, al momento, al centro della discussione scientifica in Italia: quello della "paura della firma" dei funzionari e soprattutto quello della c.d. burocrazia difensiva[15]. La prima espressione si riferisce all'atteggiamento dei funzionari che, pur di non incorrere in alcuna forma di responsabilità, preferiscono

non assumere decisioni (anche quando sarebbero a ciò tenuti). La seconda espressione indica invece lo stile di amministrazione ispirato dall'esigenza "di autotutela che induce a decisioni che, seppure perfettamente lecite sotto il profilo giuridico, sono volte più a ridurre i rischi per il decisore pubblico che non a beneficiare l'amministrazione e la collettività in cui opera"[\[16\]](#) o, in altri termini, "il criterio di condotta del funzionario che sceglie fra le diverse soluzioni possibili quella più tradizionale e magari meno performante perché è certo che così non assume alcuna responsabilità"[\[17\]](#).

È ben noto che tra i rischi cui ci si riferisce rientra, oltre alla responsabilità penale (e in particolare il reato di abuso d'ufficio)[\[18\]](#), la responsabilità erariale, ossia la responsabilità in cui incorre il funzionario pubblico che con dolo o colpa grave arreca all'amministrazione un danno suscettibile di valutazione economica.

Ebbene, seguito della pandemia, il legislatore, come noto, ha prima modificato il reato di abuso d'ufficio[\[19\]](#) e successivamente lo ha abrogato[\[20\]](#). Ma soprattutto è intervenuto sulla disciplina della responsabilità erariale. A questo riguardo, in primo luogo, la legge ha stabilito che la prova del dolo richiede "la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso"[\[21\]](#). In secondo luogo, ha introdotto una limitazione significativa e, a quanto pare, temporanea[\[22\]](#) alla disciplina della responsabilità erariale: sino al 31 dicembre 2024 (il termine originario era il 31 luglio 2021)[\[23\]](#), i funzionari pubblici potranno essere chiamati a rispondere per responsabilità erariale solo se avranno agito con dolo e non se avranno agito con colpa o colpa grave[\[24\]](#): è questo il c.d. scudo erariale. Se però il danno deriva da un'omissione o un'inerzia del funzionario, in base alle regole precedenti, costui potrà essere chiamato a rispondere anche per colpa e colpa grave[\[25\]](#).

4. Ridefinizione della responsabilità erariale e "illegalità utile"

Conviene ora rivolgere l'attenzione allo scudo erariale. È noto che vi sono state oscillazioni nella giurisprudenza della Corte dei conti per quanto riguarda la definizione di colpa grave[\[26\]](#). Tuttavia, il concetto è stato di recente definito dal legislatore nel contesto del codice dei contratti pubblici con una disposizione che ha portata tendenzialmente generale. In particolare, per colpa grave si deve intendere "la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto"[\[27\]](#).

È dunque chiaro che, nel limitare la responsabilità erariale al dolo, il d.l. 76/2020 ha introdotto nel sistema giuridico italiano una rilevante ipotesi di "illegalità utile" ("Brauchbare Illegalität")[\[28\]](#).

Questo concetto è stato teorizzato per la prima volta da Niklas Luhmann nel 1964 nel contesto di uno studio sulla

dimensione sociologica delle organizzazioni[29]. Semplificando al massimo, lo studioso tedesco ha evidenziato che talvolta una condotta in contrasto con determinate norme imperative può portare vantaggi, oltre che al componente dell'organizzazione che la compie, anche all'organizzazione stessa in termini di efficienza e di stabilità. L'assunto di base è che in ogni organizzazione interagiscono una struttura formale (con le sue aspettative) e una informale (con altrettante aspettative) e che il fenomeno della illegalità utile deriva essenzialmente dalla necessità di contemperare esigenze contraddittorie presenti nell'organizzazione stessa. Tuttavia, queste contraddizioni "pongono ai membri dell'organizzazione un dilemma permanente relativamente al rispetto delle regole e alla loro non osservanza"[30]. Tali condotte e pratiche illegali tendono quindi a rendere più flessibile e adattabile la struttura formale e, per alcuni autori, possono addirittura rappresentare un fattore di innovazione[31].

Non sembra necessario soffermarsi oltre sul punto, se non per segnalare che molte ipotesi di illegalità utile si verificano proprio nelle zone di tensione tra la razionalità manageriale e quella legale[32].

In principio si potrebbe ritenere che la burocrazia difensiva rappresenti l'affermazione parossistica della razionalità legale e l'opposto esatto della illegalità utile: nel primo caso, l'agente pubblico si concentra sul rispetto scrupoloso (talvolta irragionevole) delle norme a discapito del buon funzionamento dell'organizzazione; nel secondo, è disposto invece a violare determinate norme per attenersi alla razionalità manageriale, assicurando cioè l'efficienza dell'amministrazione e il raggiungimento degli obiettivi stabiliti[33]. Non si può però escludere che questa ipotesi possa, alla luce dei fatti, rivelarsi eccessivamente schematica.

In ogni caso, questo ragionamento dovrebbe aiutare a comprendere il senso della normativa del 2020 sulla responsabilità erariale (che ovviamente è stata oggetto di dure critiche in dottrina)[34]. Nel tentativo di trovare un equilibrio più soddisfacente tra la logica manageriale e quella giuridica (e quindi di superare il fenomeno della burocrazia difensiva), questo provvedimento legislativo ha alleviato il "dilemma" dei dipendenti pubblici relativamente al rispetto e alla violazione delle regole. A tal fine, una delle loro grandi preoccupazioni è stata (temporaneamente) eliminata e, per un periodo di tempo limitato, determinati comportamenti illegali dei dipendenti pubblici non sono sanzionabili dalla Corte dei conti (sono quindi tollerati).

Più precisamente, con questa disposizione il legislatore ha voluto di fatto "predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa". La norma si propone cioè la finalità "di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la

prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo”[\[35\]](#).

Per usare la classificazione di Norberto Bobbio, l’illegalità utile può in questo caso essere considerata come una “tecnica di facilitazione”[\[36\]](#): attraverso di essa la legge intende infatti agevolare un comportamento auspicato. In termini più espliciti, la eliminazione della sanzione (responsabilità per colpa grave, oltre naturalmente per colpa) dovrebbe rendere più semplice per l’agente pubblico orientare la sua azione verso il perseguimento degli obiettivi che gli sono stati assegnati. L’obiettivo ultimo di questa di questa normativa è quindi quello di indurre un cambiamento nel modo di agire dei dipendenti pubblici (2007 19), innescando processi innovativi (o almeno più produttivi) all’interno della pubblica amministrazione[\[37\]](#).

5. *Illegalità utile e razionalità manageriale*

La norma del 2020 non si è limitata a prevedere un’ipotesi di illegalità utile, ma con l’obiettivo di rafforzare la razionalità manageriale, ha anche introdotto altre due innovazioni: ha rilanciato il controllo concomitante della Corte dei conti e con essa la responsabilità dirigenziale.

Il controllo concomitante era già previsto nell’ordinamento[\[38\]](#), ma l’art. 22, d.l. 76/2020 ne ha in parte modificato la regolamentazione[\[39\]](#) e lo ha reso obbligatorio per i principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell’economia nazionale. In conseguenza, nel novembre 2021 la Corte dei conti ha dato attuazione alla norma, istituendo il Collegio del controllo concomitante presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato e approvando il relativo regolamento[\[40\]](#). Il controllo concomitante è svolto sulla base di una programmazione annuale (per i programmi regionali il controllo è svolto dalle Sezioni di controllo regionali che approvano il loro programma di lavoro).

Questa attività di controllo, che per definizione si svolge nel corso della gestione, ha la specifica finalità di “assicurare, con tempi e modalità più immediati e stringenti, quell’efficacia dell’azione amministrativa radicata nel principio di buon andamento di cui all’art. 97 della Costituzione e che trova garanzia – non solo e non tanto nella legittimità dei singoli atti e nella verifica di una corretta gestione delle Amministrazioni centrali o locali al fine di indicarne *ex post* i correttivi – bensì in un controllo che affianca, passo dopo passo, l’azione amministrativa nei singoli segmenti di attuazione delle diverse misure e interventi voluti dal Legislatore e bisognosi di trovare, per essere efficaci, corretta e tempestiva attuazione presso le Amministrazioni competenti”[\[41\]](#). Essa consente quindi “interventi correttivi tali da poter determinare il mancato avverarsi, o quanto meno l’interruzione, di situazioni illegittime o pregiudizievoli”, attraverso correttivi “in corso d’opera, mirati anche alla prevenzione, come tali più efficaci di quelli essenzialmente preordinati a misure di riparazione del danno o all’indicazione di correttivi”[\[42\]](#).

In sostanza, il controllo concomitante dovrebbe permettere di individuare tempestivamente disfunzioni dell'azione amministrativa e, ferma restando la discrezionalità dell'amministrazione, di suggerire soluzioni idonee a porvi rimedio prima che la gestione del programma sia conclusa (in tal modo esso dovrebbe evitare anche che si verifichino danni all'erario)[\[43\]](#). La lettura delle decisioni assunte dal Collegio del controllo concomitante conferma in pieno la natura collaborativa dell'attività svolta dalla Corte dei conti[\[44\]](#).

Inoltre, come anticipato, l'art. 22, co. 1, d.l. 76/2020 ha anche previsto un altro dispositivo: se nel corso del controllo concomitante la Corte dei conti accerta gravi irregolarità gestionali o rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi ne deve dare immediata comunicazione all'amministrazione competente "ai fini della responsabilità dirigenziale"[\[45\]](#). A prescindere dalle difficoltà che derivano dal non chiaro coordinamento tra il controllo concomitante e le disposizioni sulla valutazione dei dirigenti[\[46\]](#), si deve osservare che la disposizione intende rafforzare la responsabilità dirigenziale, intesa come responsabilità per il mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati ai dirigenti.

Senza soffermarsi su questo tema che solleva numerosissimi problemi[\[47\]](#), si può però rilevare come, in base a una consolidata giurisprudenza, la responsabilità dirigenziale "... persegue la finalità di consentire la rimozione tempestiva del dirigente rivelatosi inadatto alla funzione, in modo da garantire l'attuazione del principio di efficienza e di buon andamento degli uffici pubblici"[\[48\]](#). Si tratta cioè di un dispositivo finalizzato a garantire il rispetto della razionalità manageriale. Si deve solo aggiungere che questo rafforzamento della responsabilità dirigenziale appare giustificato dal venir meno della responsabilità amministrativa connessa ad azioni colpose o gravemente colpose.

In definitiva, nel complesso il d.l. 76/2020 ha disegnato un nuovo equilibrio tra la razionalità legale e quella manageriale: da un lato ha ridotto la portata della prima, eliminando alcune delle cause alla base della burocrazia difensiva; e dall'altro, ha rafforzato la seconda, individuando specifici strumenti per correggere in modo tempestivo episodi di cattiva amministrazione (riducendo in tal modo anche rischi di danno per l'erario).

6. La soppressione dei controlli concomitanti sul PNRR e sul PNC: una forma di "inefficienza utile"?

Sebbene questo nuovo equilibrio risulti nel complesso ragionevole, esso presenta numerosi aspetti critici. Al di là delle questioni di dettaglio, si deve considerare l'inevitabile ingerenza che la Corte dei conti, attraverso il controllo concomitante, esercita sull'organizzazione e sull'attività amministrativa: la Corte infatti "affianca, passo dopo passo, l'azione amministrativa nei singoli segmenti di attuazione delle diverse misure ed interventi voluti dal legislatore e bisognosi di trovare, per essere efficaci, corretta e tempestiva attuazione presso i destinatari"[\[49\]](#).

Non a caso a questo proposito si è parlato di cogestione[50]. D'altro canto, il controllo concomitante, per sua natura (e per le risorse limitate dell'organo a ciò deputato), può riguardare un numero limitato di piani, programmi e progetti. In conseguenza, il nuovo equilibrio tra le due razionalità è destinato a realizzarsi in ambiti piuttosto limitati.

In ogni caso, come noto, in sede di conversione del d.l. 44/2023 è stato approvato un emendamento in forza del quale sono stati esclusi dal perimetro del controllo concomitante della Corte dei conti gli interventi riconducibili al PNRR e al PNC[51].

Le opinioni a questo proposito sono state ampiamente divergenti. Non considerando la polemica più strettamente politica[52], alcuni osservatori hanno salutato la norma con favore, ritenendo che il controllo concomitante rallentasse l'esecuzione degli interventi previsti in detti piani la cui esecuzione deve essere invece caratterizzata da speditezza[53]; la relativa eliminazione non produrrebbe peraltro danni di rilievo essendo rimasti fermi i controlli previsti dal d.l. 77/2021, ivi compresi quelli della Corte dei conti[54]. Per altri, invece, la nuova norma non impedisce alla Corte dei conti di esercitare il controllo concomitante sugli interventi connessi al PNRR e PNC, ma solo di ricorrere alle specifiche modalità stabilite dal d.l. 76/2022 (in sostanza la Corte dei conti potrebbe sempre esercitare il controllo concomitante previsto dall'art. 3, co. 4, l. 20/1994)[55]. Altri ancora hanno manifestato perplessità sulla nuova disposizione, giudicandola fortemente inopportuna, dal momento che scopo di questo tipo di controllo sarebbe principalmente quello di accelerare la realizzazione degli interventi previsti nei due piani[56].

Oltre a essere controverso, il tema è molto complesso e coinvolge in massima parte la responsabilità politica del Parlamento e del Governo nell'assicurare il buon andamento dell'amministrazione pubblica, ossia nell'individuare un equilibrio ottimale tra la razionalità legale e quella manageriale.

Non si può tacere però che l'esito cui si è pervenuti con la conversione del d.l. 44/2023 risulta insoddisfacente e per certi versi paradossale. Infatti, in un primo momento, attraverso la limitazione della responsabilità amministrativa (riconoscendo quindi forme di illegalità utile), è stata sacrificata la razionalità legale per favorire quella manageriale (ricorrendo al controllo concomitante e attraverso di esso al rafforzamento della responsabilità dirigenziale) per quanto riguarda i principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale. Successivamente, però, quanto agli interventi di attuazione del PNRR e del PNC (ossia gli strumenti più importanti di rilancio dell'economia italiana), è stata sacrificata anche la razionalità manageriale, attraverso la loro esenzione dal controllo concomitante della Corte dei conti.

È sicuramente vero che per i due piani restano in campo tutti gli altri strumenti di controllo previsti in precedenza

(comprese, come detto, i controlli di gestione della Corte dei conti). Non sarebbe stato però irragionevole ridefinire, per questo ambito che è oggettivamente delicatissimo e importantissimo per il Paese, l'equilibrio tra le due razionalità, ad esempio reintroducendo la responsabilità amministrativa (eventualmente rivisitando la disciplina in materia in modo da limitare la discrezionalità del giudice contabile).

Il fatto che ciò non sia avvenuto potrebbe fare sorgere l'impressione che tra coloro che hanno assunto le ultime decisioni legislative in materia possa serpeggiare la convinzione che, almeno quanto al PNRR e al PNC, l'importante è fare qualcosa senza prestare eccessiva attenzione al rispetto delle regole e all'efficienza di quello che si va facendo. In altri termini, le ultime evoluzioni potrebbero suggerire l'idea che, accanto alla illegalità utile, stia emergendo una nuova categoria, quella dell'"inefficienza utile".

Non si deve però trascurare che di recente la Corte costituzionale ha stigmatizzato questa scelta legislativa e ha auspicato l'approvazione di una nuova disciplina della responsabilità erariale che, tenendo nel debito conto le evoluzioni e la complessità delle funzioni attribuite all'amministrazione pubblica, sia in grado di individuare "nuovi punti di equilibrio nella ripartizione del rischio dell'attività tra l'amministrazione e l'agente pubblico, con l'obiettivo di rendere la responsabilità ragione di stimolo e non disincentivo all'azione"[\[57\]](#).

Occorrerà dunque aspettare quali saranno le prossime mosse del Parlamento e del Governo anche per sapere quale peso essi intenderanno riservare in futuro alla illegalità utile.

[Destinato agli studi in](#) onore di Stefano Cognetti.

* Il presente scritto rappresenta la sintesi della relazione dal titolo "«Brauchbare Illegalität» im italienischen Verwaltungsrecht" tenuta dall'autore a Villa Vigoni, Centro Italo-Tedesco per il Dialogo Europeo il 14 luglio 2023, nell'ambito del convegno dal titolo "Organisation und Recht – ein rekursives Verhältnis? Konzeptionelle Überlegungen und ihre Anwendung auf die Energiewende im deutsch-italienischen Vergleich".

[\[1\]](#) Il riferimento è evidentemente ai principi di imparzialità e di buon andamento consacrati nell'art. 97, Cost. La letteratura in materia è sostanzialmente sconfinata: cfr. per tutti U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. pubbl.*, Utet, 1993, vol. VIII, 131-139; C. Pinelli, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, 2011, vol. I, 726 ss.; R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, 2016; D. Vese, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Cedam, 2018.

[2] J. Chevallier, D. Loschak, *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française*, in *Revue française d'administration publique: publication trimestrielle*, 1982, 679-720; J. Chevallier, *Management public et Droit*, in *Politiques et management public*, 2008, 93-100.

[3] M. Weber, *Economia e società*, Edizioni di comunità, 1995, vol. I, 22.

[4] Sul punto, anche in una prospettiva storica, cfr. es. S. Cognetti, *Legge Amministrazione Giudice*, Giappichelli, 2014, dove si può trovare un'ampia analisi di carattere storico sull'affermazione della razionalità legale.

[5] J. Chevallier, D. Loschak, *Rationalité juridique et rationalité managériale*, cit., 685-694.

[6] M. Weber, *Economia e società*, cit., 21.

[7] J. Chevallier, D. Loschak, *Rationalité juridique et rationalité managériale*, cit., 694-701

[8] Ibid.

[9] Anche su questo tema la letteratura è assai ampia: cfr. es. *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino, A. Police, Giappichelli, 2004 e in particolare S. Cognetti, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, 234 ss.; R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., nonché D. Vese, *Sull'efficienza amministrativa*, cit. Quanto detto nel testo vale ovviamente anche per altri ordinamenti: per quello tedesco, cfr. es. W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (a cura di), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Nomos, 1998; E. Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2006, 316-320; per l'ordinamento del Regno Unito, cfr. es. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 4a ed., 2022, cap. 2.

[10] Cfr. es. L. De Lucia, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo nella crisi economica e istituzionale*, in *Politica del diritto*, 1/2019, 3-46.

[11] Cfr. es. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., cap. III.

[12] A. Celotto, C. Meoli, *Semplificazione normativa (dir. pubbl.)*, in *Digesto discipline pubblicistiche, Aggiornamento III*, Utet, 2008, 806 ss.; B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, il Mulino 2011; Id., *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, il Mulino, 2017.

[13] Si pensi, per fare un solo esempio, all'art. 2, co. 8 ss., l. 7.8.1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, e alle diverse tipologie di sanzioni

che sono previste per i funzionari in caso di ritardo nell'assunzione delle decisioni di loro competenza.

[14] R.A Kagan, *The Organisation of Administrative Justice Systems: The Role of Political Mistrust*, in *Administrative Justice in Context*, a cura di M. Adler, Hart, 2010, 179 (traduzione nostra).

[15] La letteratura in materia è oramai nutrita: cfr. es. M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 625-657, nonché G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 117-146.

[16] S. Battini, F. Decarolis, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Rivista italiana di Public Management*, 2020, 342-363, 343.

[17] A. Travi, *Pubblica amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino?*, Vita e pensiero, 2022, 167.

[18] Art. 323 c.p.

[19] Art. 23, d.l. 16.7.2020, n. 76, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, conv. con mod. dalla l. 11.9.2020, n. 120 e ulteriormente modificato, prima con il d.l. 31.5.2021, n. 77, governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, conv. con mod. dalla l. 29.7.2021, n. 108 e successivamente dal d.l. 22.4.2023, n. 44, disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche, conv. con mod. dalla l. 21.6.2023, n. 74. Su tale reato cfr. es. S. Perongini, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Giappichelli, 2020, nonché *La riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di G. Ruggiero, Pisa University Press, 2022. Si veda ora il disegno di legge presentato al Senato della Repubblica dai Ministri della giustizia e della difesa, che prevede l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio: XIX Legislatura, AS 808.

[20] Art. 1, co. 1, lett. b, l. 9.8.2024, n. 114, modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare.

[21] Art. 21, co. 1, d.l. 76/2020. Sulle modifiche alla definizione di dolo nel contesto della responsabilità amministrativa, cfr. es. le riflessioni critiche di M.T. D'Urso, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto Semplificazioni")*, convertito dalla legge n. 120/2020, in *Rivista delle Corti dei conti*, 2/2021, 9 ss.

[22] Sulla necessaria temporaneità di questa disciplina, cfr. Corte cost., 16.7.2024, n. 132, con commento di F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, 19/2024, 122-136.

[23] Cfr. da ultimo art. 1, co.12-*quinquies*, lett. a), d.l. 44/2023.

[24] Art. 21, co. 2, d.l. 76/2020. Sulla nuova norma, cfr. es. 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*, 30/2020, 1 ss.; L. Torchia, *La responsabilità amministrativa*, in *Giornale di diritto amm.*, 6/2020, 727 ss.; G. Crepaldi, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1/2021, 23-36; G. La Rosa, *La "paura della firma" e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021; C. Pagliarin, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *Federalismi.it*, 10/2021, 182-213.

[25] In tal modo il legislatore ha cercato di contrastare il problema della paura della firma.

[26] La letteratura è piuttosto ampia: cfr. es. C. Pagliarin, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Cedam, 2002, cap. III; M. Sciascia, *La nozione di colpa grave fra principi di diritto comune e configurazione autonoma*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme). Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, 2006, 379-401; E. Giardino, *La colpa grave nella responsabilità amministrativa*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, a cura di F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio, Editoriale Scientifica, 2014, 135-157; A. Canale, *L'elemento soggettivo delle responsabilità amministrativa*, in *La Corte dei conti*, a cura di A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smirollo, Giuffrè, 2a ed., 2022, 75-95.

[27] Art. 2, co. 3, d.lgs 31.3.2023, n. 36, codice dei contratti pubblici.

[28] Sul rapporto tra illegalità e responsabilità amministrativa, cfr. C. Pagliarin, *Colpa grave ed equità*, cit., cap. II. Un esempio già presente nel sistema è rappresentato dall'art. 21-*ocites*, co. 2, l. 7.8.1990, n. 241, come succ. int.: cfr. per tutti S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, 2006.

[29] N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Duncker & Humblot, 1964, 304 ss.

[30] S. Kühl, *Useful Illegality: The Benefits of Breaking the Rules in Organizations*, Organizational Dialogue Press, 2022, 211 (traduzione nostra).

[31] *Ibid.*, capitolo 8, par. 1 e le citazioni ivi contenute.

[32] *Ibid.*, spec. capitolo 1, dove si può trovare un'ampia casistica riferita anche a organizzazioni pubbliche.

[33] Si deve però avvertire che affermazioni nette su un argomento così delicato dovrebbero essere supportate da indagini empiriche suscettibili di generalizzazione.

[34] Cfr. es. L. Carbone, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata"*, cit.; G. Crepaldi, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, cit., spec. 34 ss.; La Rosa, *La "paura della firma"*, cit.; C. Pagliarin, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale*, cit.

[35] Corte cost., 20.11.1998, n. 371. Queste affermazioni della Corte costituzione si riferiscono all'art. 3, co. 1, lett. a), d.l. 23.10.1996, n. 543, disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti, conv. con mod. nella l. 20.12.1996, n. 639, ma in principio si possono adattare alla norma di cui si discute nel testo. Sul punto cfr. ora anche Corte cost., 132/2024 che sottolinea la necessità di "ricercare un equilibrio tra i pericoli di *overdeterrence* e *underdeterrence*" (par. 6.6.).

[36] N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 2007, 27.

[37] *Ibid.*, 19.

[38] Tale controllo infatti era già previsto dall'art. 3, co. 4, l. 14.1.1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, è stato poi disciplinato in modo più analitico dall'art. 11, co. 2, l. 4.3.2009, n. 15, delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti: su tale forma di controllo cfr. es. G. D'Auria, *"Legge Brunetta", Corte dei conti e riforme dei controlli*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2009, 388-392; cfr. ora M. Di Lullo, *Contributo allo studio delle funzioni di controllo della Corte dei Conti. Verso la tutela delle generazioni future*, Giappichelli, 2024, 297-321.

[39] In generale sui controlli c.d. concomitanti, cfr. es. C. Chiappinelli, *Controllo concomitante ed efficienza dell'amministrazione tra disciplina normativa ed attuazione*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1-2/2021, 5 ss.; E. Minnei, C. Pagliarin, *Il controllo concomitante della Corte dei conti per l'accelerazione degli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 4/2021, 1095-1116; A. Peta, *I controlli della Corte dei conti: il c.d. controllo concomitante*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di A. Giordano, Giuffrè, 2022, 553-568 G. Rivosecchi, *Oltre i controlli di legittimità - regolarità dei conti? Controlli sulla gestione, controlli concomitanti e altri controlli sulla finanza territoriale*, in *Federalismi.it*, 28/2022, 128-158; J. Sportoletti, *Il Collegio del controllo concomitante. Origine, aspetti sostanziali e procedurali*, in *Rivista della Corte dei conti*, 6/2022, 34-48. Sulle criticità di questo tipo di controllo, cfr. es. Cfr. es. G. Colombini, *I decreti*

semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole, in Federalismi.it, 8/2021, 21-34, 30 ss., nonché L. Sambucci, Le limitazioni alla responsabilità contabile e al controllo concomitante della Corte dei conti ovvero “buio e controbuio”: se il legislatore gioca d’azzardo con le riforme amministrative, in Nomos. Le attualità nel diritto, 3/2023.

[40] Corte dei conti, Consiglio di presidenza, delibera 10.11.2020, n. 272, cui cfr. A. Police, *La Corte dei conti garante dell’attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: l’importanza strategica del controllo concomitante*, in *Rivista della Corte dei conti*, 5/2021, 1 ss.

[41] Così Corte dei conti, Collegio del controllo concomitante, deliberazione del 14.3.2023, n. 8/2023/CCC, punto 1 in diritto.

[42] Ibid., dove si cita la delibera della Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede di controllo n. 29/CONTR/09.

[43] In tal senso, cfr. E. Tati, *I controlli amministrativi alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza: problemi e prospettive tra efficienza e condizionalità*, in *Federalismi.it*, 33/2022, 86-130, 100 ss., dove si possono trovare ulteriori riferimenti.

[44] Le delibere sono disponibili al seguente indirizzo internet, consultato il 6.3.2024: <https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/UfficiCentraliRegionali/uffcentrCollContrConc/DeliberazioniCollContrConc>.

[45] Cfr. su questo aspetto, M. Scognamiglio, M. Galiero, *I controlli delle sezioni regionali della Corte dei conti sul PNRR dopo le modifiche al controllo concomitante*, in *Rivista della Corte dei conti*, 4/2023, 62-70, spec. 67.

[46] Sul punto cfr. es. G. Rivosecchi, *La Corte dei conti ai tempi del “Recovery plan”: quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi.it*, 20/2021, iv-xxii, xx.

[47] In materia la letteratura è molto ampia, cfr. es. C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Editoriale Scientifica, 2018, nonché gli scritti raccolti nel volume *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, a cura di M. Immordino, C. Celone, Editoriale Scientifica, 2020; in precedenza L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, 2000.

[48] La giurisprudenza è pacifica sul punto: cfr. es. Cass., sez. lavoro, 110.12.2019, 32258, punto 4 in diritto.

[49] Collegio del controllo concomitante, delibera 23.1.2022, n. 1, quadro programmatico del controllo concomitante sulle gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento per l’anno 2022, 4.

[50] Ha usato ad esempio questa espressione il presidente della Corte dei conti nel corso dell'audizione innanzi alle Commissioni parlamentari riunite Affari costituzionali e Lavoro il 6.6.2023.

[51] Art. 1, co. 12-*quinquies*, lett. b), d.l. 44/2023.

[52] Sulle vicende che hanno preceduti l'approvazione della nuova norma, cfr. A. Carapellucci, *Il Governo interviene sulla Corte dei conti: perché preoccuparsi (e per cosa)*, in *www.questionegiustizia.it*, 14.6.2023.

[53] Cfr. es. L. Sambucci, *Le limitazioni alla responsabilità contabile*, cit., 9 ss.

[54] Art. 7, co. 7, d.l. 77/2021.

[55] Cfr. es. M. Scognamiglio, M. Galiero, *I controlli delle sezioni regionali della Corte dei conti*, cit., 62-70.

[56] L'affermazione è diffusa in letteratura, cfr. es. J. Sportoletti, *Il Collegio del controllo concomitante*, cit., 34, dove si cita anche una delibera delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti.

[57] Corte cost. 132/2024, spec. par. 11.