

L'AMMINISTRAZIONE SI DIFENDE

STEFANO BATTINI e FRANCESCO DECAROLIS

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il mercato delle assicurazioni per danno erariale in Italia. — 3. Evidenze sull'amministrazione difensiva nel settore appalti. — 3.1. Rischi per gli amministratori. — 3.2. Evidenze indirette: relazione tra rallentamenti nei tempi di transizione tra fasi dell'appalto e rischi per il RUP. — 4. Conclusioni.

1. Una parte consistente del diritto amministrativo (e del diritto penale amministrativo) mira a contrastare il rischio che il funzionario amministrativo assuma, colposamente o dolosamente, decisioni o condotte orientate alla soddisfazione di un interesse particolare, proprio o altrui, in luogo dell'interesse collettivo al cui perseguimento quelle decisioni o condotte dovrebbero indirizzarsi. Questa preoccupazione, come noto, ispira ad esempio le norme che impongono procedure di evidenza pubblica per il conferimento di un incarico o per la stipula di un contratto di lavori o forniture; o quelle che prevengono o reprimono la corruzione o i conflitti di interesse; o quelle che contrastano l'assenteismo dei dipendenti pubblici; e così via. Il rispetto di queste norme è poi affidato ad un ben collaudato sistema di controlli — amministrativi e giurisdizionali — e di correlative sanzioni, che, a vario titolo, si ricollegano alle molte forme di responsabilità, le quali, fra loro cumulandosi, accompagnano l'azione del dipendente pubblico: la responsabilità civile, amministrativa, disciplinare, penale.

Molto più trascurata è invece una diversa preoccupazione, relativa al rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico, connesse proprio a quel collaudato sistema di controlli e sanzioni di cui s'è detto. Si tratta tuttavia di una preoccupazione sempre più diffusamente avvertita, tanto da essersi guadagnarsi una definizione: l'ammi-

nistrazione difensiva. La definizione è mutuata dal fenomeno della medicina difensiva, secondo cui, anticipando un rischio di responsabilità medico legali seguenti, il medico modifica le scelte di cure da prestare (in eccesso o in diminuzione) rispetto a quanto farebbe in assenza di tale rischio. Analogamente, l'amministrazione difensiva indica appunto una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti al dell'analisi del funzionamento dell'azione dell'amministrazione pubblica italiana, il nostro studio si pone l'obiettivo di contribuire a dare una prima risposta a due domande di base.

Il primo e principale interrogativo riguarda l'esistenza stessa del fenomeno. Si registra in proposito una sempre più diffusa sensibilità da parte degli operatori, come dimostra, ad esempio, un'indagine condotta nel 2017 dal Forum PA. (1). Intervistando quasi 1,500 dipendenti pubblici provenienti da tutti i comparti della PA, è stato riscontrato che per la maggioranza degli intervistati il fenomeno dell'amministrazione difensiva è un problema reale e che la sua entità è divenuta gradualmente più rilevante nel corso dell'ultimo quinquennio. Il tema inoltre ha recentemente guadagnato anche l'attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica, a ciò contribuendo anche la forte eco mediatica di alcuni episodi, relativi in particolare ad interventi della Corte dei conti. Si pensi, ad esempio, alla richiesta da parte della Procura generale della Corte dei conti di un risarcimento di 3,9 miliardi di euro ad alcuni ex ministri del Tesoro e alti dirigenti del MEF per le loro scelte relative alla sottoscrizione e successivo pagamento di contratti derivati. L'enorme entità di questa richiesta difficilmente può lasciare indifferente quella parte della dirigenza pubblica che si trova a dover operare scelte di particolare rilevanza economica. Basti ricordare che per la sola dirigente responsabile della gestione del debito pubblico, Maria Cannata, la richiesta di risarcimento della Procura arrivava a quasi un miliardo di euro, senza che assumessero rilievo gli effetti positivi dell'accorta azione della stessa, sotto la cui ventennale direzione la vita media del debito è stata di molto allungata, contribuendo così alla sua sostenibilità (2). Infine, esistono evidenze sull'amministra-

(1) *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, Maggio 2017. FPA - Collana Ricerche.

(2) Si cfr. D. BARBIERI e F. GIAVAZZI, *I signori del tempo perso. I burocrati che frenano l'Italia e come provare a sconfiggerli*, Milano, Longanesi, 2017. Nel giugno 2018 una dichiarazione da parte della Corte di «difetto di giurisdizione» sembrava aver posto

zione difensiva in altri paesi. Ad esempio, in un recente studio su un'amministrazione pubblica tedesca, Artinger, Artinger e Gigerenzer (2018) riportano che le pratiche difensive sono molto diffuse ad ogni livello gerarchico tra i 950 manager intervistati: in media, circa il 25% delle dieci decisioni più importanti prese nell'anno precedente sono motivate da scelte difensive, complessivamente l'80% dei dirigenti dichiara di aver preso almeno una decisione difensiva e il 17% dichiara che almeno la metà delle decisioni prese era difensiva ⁽³⁾.

Nel caso italiano, tuttavia, al di là delle percezioni, riportate in sondaggi quali quello realizzato dal Forum PA, esistono evidenze empiriche tali da far ritenere che il fenomeno dell'amministrazione difensiva sia effettivamente rilevante dal punto di vista economico e sociale? Per rispondere a tale domanda, questo studio offre due tipi di evidenze, entrambe ovviamente parziali e provvisorie, che necessitano di ulteriori studi e conferme.

La prima evidenza si riferisce all'esistenza effettiva di un rischio percepito, che costituisce il presupposto stesso dello sviluppo di atteggiamenti di amministrazione difensiva. Ai fini dell'amministrazione difensiva, infatti, non è tanto rilevante il dato oggettivo del rischio di subire perdite o incorrere in responsabilità nell'assumere decisioni difficili, ad esempio a fronte della complessità del quadro normativo, quanto il dato soggettivo del rischio percepito da chi quelle decisioni è chiamato ad adottare. Tale percezione può essere elevata a prescindere dalla correttezza dell'operato degli organi di controllo, che non è ovviamente oggetto di discussione in questa sede. Ebbene, una diretta evidenza della sussistenza di un rischio percepito è la presenza di un florido mercato assicurativo per i rischi legati a giudizi per responsabilità erariale. Si tratta di un mercato relativamente nuovo e non ancora studiato per il quale offriamo alcune prime evidenze provenienti da un'analisi di premi richiesti tra diverse tipologie di amministrazioni e amministratori e diverse caratteristiche delle coperture

termine alla vicenda giudiziaria, ma avendo la Procura appellato, al momento dello scrivere è ancora incerto quale sarà l'esito finale di questa vicenda. Questo tipo di richieste eclatanti per il loro importo hanno avuto una vasta eco anche sulla stampa nazionale. Ad esempio, nel 2018, un articolo di Antonella Baccaro sul Corriere della Sera, discutendo gli effetti delle richieste di condanna per importi molto elevati nei confronti degli amministratori pubblici, sottolineava il fatto che il loro maggiore rischio è quello di creare un incentivo per l'inattività.

⁽³⁾ Si veda F. M. ARTINGER, S. ARTINGER e G. GIGERENZER, *C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration*, *Business Research*, 2018/09/05.

offerte. L'esistenza stessa di questo mercato prova chiaramente l'effettiva percezione di un rischio da parte degli amministratori. Peraltro, se tale mercato assicurativo fosse sufficiente ad eliminare ogni distorsione nei comportamenti non dovremmo quindi preoccuparci degli effetti di amministrazione difensiva, o almeno di quelli che potenzialmente produce la percezione del rischio di incorrere in responsabilità amministrativa. Ma una serie di elementi sia relativi al contesto giuridico sia all'effettiva diffusione di queste polizze porta a dubitare che lo strumento assicurativo così come presente oggi sul mercato possa risolvere il problema.

La seconda evidenza attiene invece all'esistenza di una correlazione fra la percezione del rischio, da un lato, e la tendenza ad assumere atteggiamenti difensivi da parte degli operatori. La sussistenza di una tale correlazione è sovente presunta dal legislatore, ad esempio quando ha limitato la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti ai soli fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave. La Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità di tale scelta, esplicitando che essa è volta a realizzare «un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa» (C. cost., n. 371/1998). Dunque, la correlazione fra percezione del rischio di responsabilità, da un lato, e rallentamento dell'azione amministrativa giustifica politiche di contenimento della prima. E la Corte implicitamente riconosce l'esistenza dell'amministrazione difensiva. Ma questa correlazione presunta può essere almeno in parte misurata? A tale riguardo, il nostro campo di osservazione si restringe ulteriormente: non solo prendiamo in considerazione prevalentemente il rischio associato alla responsabilità erariale, trascurandone altri, pur rilevanti, ma circoscriviamo anche l'analisi ad un singolo settore, tuttavia molto significativo. La nostra scelta è di guardare al settore degli appalti di lavori pubblici. Si tratta di un settore per cui gli esempi, sia di cronaca che di studio, sugli effetti dell'amministrazione difensiva abbondano ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Uno per tutti, quello relativo al caso dei lavori per evitare lo straripamento del torrente Bisagno a Genova studiato in M. CONTICELLI, F. ALBISINNI, L. FIORENTINO e E. SCHNEIDER, *Torrenti e alluvioni a Genova: la permanenza dell'emergenza*, in *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. Torchia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016. L'aggiudicazione dei lavori è stata impugnata davanti al giudice amministrativo, che però non ha sospeso il provvedimento, affermando espressamente che in quel caso

2. Ma è possibile superare l'approccio casistico e tentare una misurazione del fenomeno? Anche per un settore così chiaramente definito come quello dei lavori pubblici, si pone comunque un problema di misurazione non facile. Come misurare sia gli esiti dell'azione amministrativa che la percezione di rischio degli amministratori nel momento dell'azione? Posto che sia impossibile ottenere misure esatte, riteniamo che un'utile approssimazione per l'esito dell'azione amministrativa sia il tempo «sprecato» tra il momento della conclusione della fase di progettazione di un'opera e quello di indizione della gara per la sua realizzazione. La vita di un appalto pubblico tradizionale ha tre fasi fondamentali: progettazione, aggiudicazione e esecuzione. Come ben illustrato nel *Rapporto sui tempi attuazione e spesa delle opere pubbliche 2018* dell'Agenzia per la coesione territoriale, su 56.000 interventi — corrispondenti ad un valore economico di 120 miliardi di euro — i tempi di attraversamento tra una fase e l'altra occupano una durata temporale più o meno identica a quella delle fasi attuative. Essendo la fase di attraversamento tra la progettazione e l'indizione della gara proprio quella in cui l'amministrazione aggiudicante può agire in modo più o meno difensivo non decidendo, rinviando, chiedendo pareri e evitando di compiere scelte innovative anche dove queste sarebbero utili o necessarie, la durata di questa fase sembra poter cogliere in modo adeguato il comportamento difensivo che intendiamo misurare. Per quanto riguarda invece la misurazione del rischio percepito, si ritiene possibile prendere in esame le pronunce della Corte dei conti relative all'accertamento di responsabilità erariali per vicende legate al settore appalti e scomporle in ragione della data

doveva prevalere l'interesse pubblico a realizzare i lavori, rispetto all'interesse del privato a contestare la legittimità dell'aggiudicazione. I lavori avrebbero potuto, quindi, proseguire, eppure sono stati bloccati e sono ripresi solo dopo la conclusione del giudizio in Consiglio di Stato con sentenza definitiva. La causa del blocco non si trova nel ricorso al giudice, ma nel regime di responsabilità dell'amministrazione e, in particolare, del commissario straordinario responsabile per la realizzazione dei lavori. Il commissario straordinario rischiava di rispondere di danno erariale nel caso in cui, a lavori eseguiti, l'aggiudicazione fosse stata dichiarata illegittima e si fosse stato riconosciuto il diritto al risarcimento dell'impresa ricorrente. A fronte del rischio di dover rispondere del risarcimento, il commissario ha deciso di attendere la conclusione del giudizio, con conseguente blocco dei lavori per circa tre anni. Questo caso è portato ad esempio della lentezza e inefficacia della burocrazia nella serrata critica mossa alla stessa da D. BARBIERI e F. GIAVAZZI, *I signori del tempo perso. I burocrati che frenano l'Italia e come provare a sconfiggerli*, cit.

e della sezione regionale che le ha emesse⁽⁵⁾. In questo modo, possiamo approssimare il rischio percepito da un agente che segua un appalto in un certo anno e regione, cogliendo le variazioni di intensità nella percezione del rischio.

Tutto ciò consentirà di stabilire una almeno approssimativa correlazione fra il livello di rischio percepito di incorrere in responsabilità erariale, misurato attraverso l'indicatore della frequenza di pronunce di condanna, e lo sviluppo di atteggiamenti difensivi da parte della amministrazione, misurato attraverso l'indicatore della velocità nel «tempo di attraversamento» tra una fase e l'altra della sequenza procedimentale. Mostreremo che una relazione esiste, supportando quindi l'idea dell'esistenza di un fenomeno di amministrazione difensiva, anche che se l'entità quantitativa è comunque ridotta.

Alla luce di questi elementi, nella parte conclusiva di questo saggio ci soffermiamo, più brevemente, sui possibili rimedi ai problemi dell'amministrazione difensiva, che sono di due ordini. In primo luogo, soluzioni specifiche, che si riferiscono in particolare al tema della responsabilità erariale e ai possibili effetti difensivi che essa produce. In secondo luogo, soluzioni più generali e strutturali, che richiedono più generali e difficili interventi di revisione del sistema normativo nel suo complesso⁽⁶⁾.

2. In questa sezione affrontiamo il tema delle coperture assicurative per responsabilità amministrativo-contabili. Un'analisi delle caratteristiche di questo mercato, dove i dipendenti pubblici sottoscrivono polizze che assicurarsi contro eventuali azioni a loro carico per colpa grave, serve ad offrire una prima, incontrovertibile evidenza

⁽⁵⁾ Sul tema si veda anche E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in questo fascicolo della *Riv. trim. dir. pubbl.* (n. 1, 2019).

⁽⁶⁾ Si noti che alcune soluzioni a problemi specifici del settore appalti che abbiamo impiegato come nostra motivazione e caso studio sono già stati avanzati da studi precedenti. Ad esempio, in merito alle vicende del caso Bisagno, si veda la descrizione offerta nel capitolo introduttivo a L. TORCHIA, *I nodi della pubblica amministrazione*, cit.: «l'inutilità dell'intervento legislativo che, proprio a seguito del "caso Bisagno", ha stabilito che il giudice deve far prevalere l'interesse alla realizzazione dell'opera. Così non si rimuove, infatti, la vera causa del blocco, che sta altrove. Più efficace sarebbe prevedere che in caso di mancata sospensione del provvedimento da parte del giudice, il funzionario che dispone la prosecuzione dei lavori non possa poi essere chiamato a rispondere personalmente dell'eventuale risarcimento riconosciuto alla fine del giudizio all'impresa che ha impugnato l'aggiudicazione».

sulla percezione di rischio legata all'esercizio dell'attività amministrativa. Infatti, come illustrato di seguito, a seguito di recenti interventi normativi solamente nel caso in cui sia il dipendente pubblico ad acquistare la polizza questa sarà valida, mentre non può essere l'amministrazione per cui opera a farsi carico del premio assicurativo. Pertanto, la scelta di dipendenti pubblici di sottoscrivere questa tipologia di prodotti illustra in modo diretto l'esistenza di una percezione di rischio che non si estrinseca in mere affermazioni (come possono essere le risposte ad indagini sondaggistiche quali quella del Forum PA), ma si traduce nella scelta di pagare premi che, come vedremo, sono per lo più compresi tra i 200 euro e i 700 euro, ma in alcuni casi possono sfiorare i mille euro l'anno.

Per comprendere lo stato attuale di questo mercato, è utile tenere presenti due distinzioni. La prima è di natura temporale ed è sancita dall'entrata in vigore della legge finanziaria del 2008 che all'art. 3 comma 59 ha stabilito che: «è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica di e riguardanti la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data in vigore della presente legge cercano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministrazione che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso a titolo di danno erariale di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi».

Si tratta di una norma fondamentale per questo mercato (7). Se prima della sua entrata in vigore succedeva spesso che fosse l'ente pubblico a stipulare a beneficio dei propri dipendenti polizze per responsabilità amministrativo-contabili, nel periodo successivo sono soltanto gli stessi dipendenti che, se lo ritengono utile, possono sottoscrivere questo tipo di prodotto assicurativo (8).

(7) E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, cit. e V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*⁴, Milano, Giuffrè, 2018.

(8) L'art. 12 del d.lg. n. 175/2016 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*) ha chiarito che un analogo sistema si applica anche dipendenti di società private a partecipazione pubblica disponendo che: «1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e

La seconda distinzione è quella tra le polizze per responsabilità amministrativo-contabili e quelle per responsabilità civile «terzi». Si tratta di due fattispecie connesse ma ben distinte. Un terzo che ritenga di essere stato danneggiato da un comportamento di un'amministrazione può agire in giudizio sia contro l'amministrazione che contro i dipendenti responsabili di tale comportamento. Nella prassi, con l'eccezione del settore sanitario, le azioni sono principalmente rivolte contro l'amministrazione e non contro i suoi dipendenti. Tuttavia, in caso di amministrazione soccombente, sulla base dell'art. 28 della Costituzione, l'amministrazione potrà agire in rivalsa nei confronti dei dipendenti, qualora la fonte del danno sia dovuta ad un loro comportamento doloso o commesso con colpa grave. Pertanto, una polizza per responsabilità civile «terzi» tutela il dipendente pubblico contro azioni civili rivolte direttamente contro di lui, mentre una polizza per responsabilità amministrativo-contabili lo tutela contro eventuali sanzioni dalla Corte dei conti comminate per colpa grave. Resta, ovviamente, non assicurabile il dolo.

L'attuale dettato normativo non pone restrizioni all'amministrazione che voglia offrire al proprio dipendente coperture per responsabilità civile «terzi», ma vieta di offrire coperture per responsabilità amministrativo-contabili. Proprio per questo motivo si ritiene che la presenza di un mercato assicurativo per responsabilità amministrativo-contabili rappresenti una prova diretta di quella percezione di rischio nell'esercizio dell'azione amministrativa che è preconditione essenziale per l'esistenza del fenomeno dell'amministrazione difensiva.

Per analizzare questo mercato assicurativo ci siamo basati su dati relativi all'offerta di polizze che è stato possibile reperire attraverso un portale online per l'acquisto e la comparazione tra prodotti assicurativi (<https://www.rcpolizza.it>)⁽⁹⁾. I dati così raccolti sono stati integrati con una serie di informazioni più di dettaglio ottenute esaminando esempi di contratti standard. Non è stato invece possibile reperire dati sulla domanda di polizze. La diffusione sia sul territorio che tra le diverse

dai dipendenti delle società *in house*. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

(9) Dati raccolti accedendo al portale nell'aprile 2018.

tipologie di amministrazioni avrebbe chiaramente rappresentato un utile fonte di informazioni, ma si tratta di dati non pubblicamente disponibili ⁽¹⁰⁾. La nostra analisi si basa pertanto su dati di offerta e, principalmente, sui premi con l'idea che questi possano aiutarci a comprendere il differenziale di rischio così come prezzato dal mercato.

I dati raccolti dall'incrocio di ogni possibile combinazione di tipologia di dipendente e caratteristica della polizza ci offrono una visuale su 39.568 polizze. Le tipologie di dipendente sono definite sia dall'amministrazione (9 categorie) da cui è impiegato ⁽¹¹⁾ sia dal ruolo ricoperto all'interno della stessa (65 categorie). Per quanto invece riguarda le caratteristiche delle polizze, tra le molteplici dimensioni osservate le più rilevanti sono il premio, il massimale, la durata della retroattività, la franchigia e l'identità della compagnia di assicurazione.

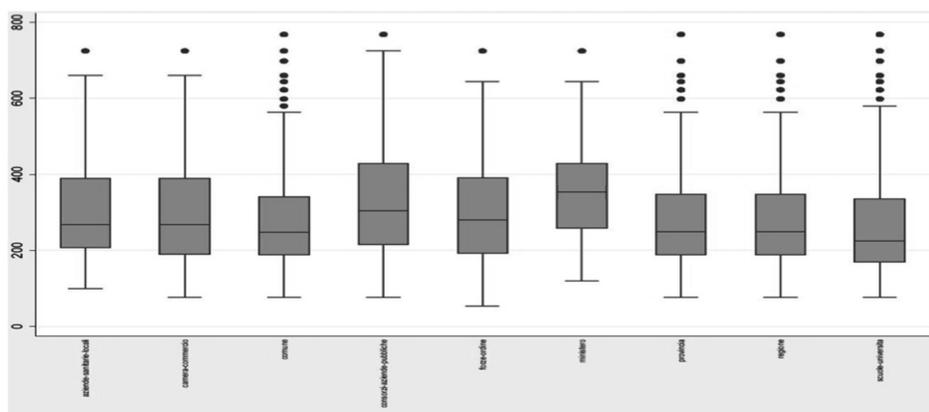


Figura 1: variazione dei premi per tutte le combinazioni di tipologia dipendente, massimale e retroattività all'interno di ognuna delle nove tipologie di amministrazioni osservate.

Nella figura 1 riportiamo la variazione dei premi per tutte le combinazioni di tipologia dipendente, massimale e retroattività all'in-

⁽¹⁰⁾ Una seppur indiretta evidenza che la domanda sul mercato esista e sia in crescita è che, mentre fino a tempi recenti i prodotti commercializzati erano offerti esclusivamente dai Lloyd's di Londra, tipicamente attraverso broker internazionali (Aon, Willis, AEC e Marsh), ultimamente anche assicuratori italiani quali Generali sono operanti.

⁽¹¹⁾ Le categorie osservate sono: ministero, forze dell'ordine, comune, provincia, regione, aziende sanitarie locali, consorzi e aziende pubbliche, scuole e università, camera di commercio.

terno di ognuna delle nove tipologie di amministrazioni osservate ⁽¹²⁾. Rispetto al tipo di amministrazione, i premi assicurativi non variano di molto. Il tratto più evidente è l'aumento dei premi assicurativi pagati dai funzionari del comparto «Ministeri». Il valore mediano delle polizze si aggira intorno ai 300 euro annui, un importo ridotto che ben si accorda al rischio piuttosto limitato che l'assicuratore si trovi nella situazione di dover attivare il rimborso conseguente alla sanzione imposta dalla Corte dei conti. Tuttavia, tra le varie amministrazioni, si osservano comunque casi di premi più che doppi rispetto al valore mediano.

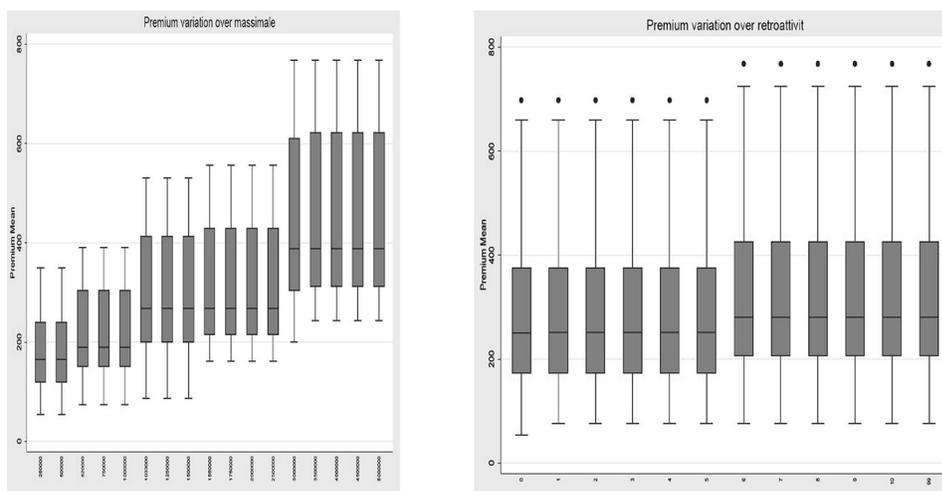


Figura 2: Variazione dei premi per classe di massimale (sinistra) e per anni di retroattività (destra).

Tali premi elevati corrispondono a polizze stipulate da dipendenti con incarichi di maggior responsabilità, con massimali più alti e con periodi di retroattività maggiore. In particolare, nella figura 2 riportiamo nel grafico di sinistra la variazione dei premi per classi di massimale (da un minimo di 250 mila euro ad un massimo di 5 milioni di euro) e in quello di destra la variazione dei premi per numero di anni di retroattività (da zero a 99). Entrambi i grafici denotano una

⁽¹²⁾ Ognuno dei nove *box plot* mostra con il rettangolo scuro la massa centrale delle osservazioni (tra il venticinquesimo e cinquantesimo percentile) e, con la linea orizzontale all'interno del rettangolo, la mediana. Il massimo e minimo sono anche indicati dall'estensione della barra verticale al centro del *box*, mentre i punti singoli che appaiono al di sopra (o al di sotto) dell'estensione della barra verticale sono *outliers*, osservazioni talmente estreme da essere considerate al di fuori della distribuzione.

variabilità piuttosto ridotta. Questo è vero soprattutto per gli anni di retroattività che mostrano un gradino tra i cinque e i sei anni di retroattività, ma differenze nulle per il resto. Per il massimale, invece, vi è più variabilità ma sempre piuttosto contenuta se si considera che il premio mediano passa da poco meno di 200 euro, quando il massimale è di 250 mila euro, ad uno appena doppio (quasi 400 euro), quando il massimale cresce di ben 20 volte, assestandosi a 5 milioni di euro.

La stessa limitata variabilità si osserva all'interno delle singole tipologie di amministrazioni guardando a profili professionali diversi. Ad esempio, nel comparto «Comuni» il premio mediano più alto lo pagano i dirigenti tecnici (circa 500 euro), seguiti dai dirigenti legali (450 euro) e dal sindaco (420 euro). Per lo stesso tipo di ente, a livello più basso dei premi troviamo consiglieri comunali e dipendenti amministrativi per cui il premio mediano è di poco inferiore ai 200 euro. Questo tipo di andamento è comune a quasi tutte le amministrazioni e possiamo quindi individuare due livelli principali di premio: circa 400 euro per le posizioni con i più alti ruoli di responsabilità (dirigenti e direttori), mentre tutti gli altri premi sono solitamente più bassi e attorno ai 250 euro. Infine, rileva notare come non esista variabilità geografica: sia l'offerta di polizze che i premi richiesti non variano in base alla localizzazione dell'amministrazione.

Il dato sulla limitata variabilità può essere letto in molteplici modi. Può confermare implicitamente che si tratti di una copertura assicurativa caratterizzata da una rischiosità limitata. Oppure potrebbe anche indicare che il mercato non è sufficientemente sviluppato per prezzare adeguatamente il rischio. La presenza tuttavia di alcune chiare differenze in termini di maggior premio, ad esempio, per dipendenti dei ministeri e massimali maggiori ci fa propendere verso l'idea che delle due sia quella relativa ai rischi relativamente bassi la spiegazione più ragionevole.

Infine, dall'analisi di alcuni singoli casi di polizza, rileva notare come i dati descritti sopra manchino di riportare almeno un elemento fortemente caratterizzante delle polizze, ovvero se sia offerta o meno copertura per le spese legali relative alla difesa nel giudizio contabile dinanzi alla Corte dei conti e, eventualmente, anche quelle per i procedimenti penali o civili che preludono a quello contabile. Si tratta chiaramente di un tipo di copertura potenzialmente molto rilevante dato il costo considerevole che tali spese possono assumere. La struttura potenzialmente molto complessa delle clausole contrattuali rela-

tive a questo tema (dovuta al fatto che i procedimenti delle varie corti procedono in modo in larga parte autonomo e possono anche portare ad esiti opposti) non ci permette di analizzare in modo sistematico come questo aspetto della copertura influenzi i premi.

3. Passiamo ora a discutere alcune evidenze indirette sul ruolo dell'amministrazione difensiva desunte da quanto osservabile nel settore degli appalti di lavori pubblici, sia in termini di comportamento difensivo dell'amministrazione che di rischio percepito dagli amministratori.

3.1. Partendo dal rischio percepito, il comportamento di amministrazione difensiva può nascere in risposta alla molteplicità di fonti da cui l'agente può essere «aggredito». Nel contesto italiano, un dipendente pubblico che gestisca appalti è esposto all'azione delle procure, dell'ANAC e della Corte dei conti, ma anche dei suoi stessi colleghi («whistle-blowing») e dei mass media (stampa e *social network*). Il recente orientamento normativo volto a creare un obbligo generalizzato per le amministrazioni di denunciare ogni caso sospetto chiaramente acuisce la percezione di rischio.

Sebbene valutare in modo adeguato tutte queste ampie ed eterogenee fonti di rischio vada al di là delle nostre possibilità in questo saggio, focalizzandoci sul settore degli appalti pubblici, siamo tuttavia in grado di offrire alcuni nuovi spunti al dibattito derivanti dall'analisi dettagliata a livello di singolo appalto e amministratore. A questo fine, guardiamo al settore degli appalti di lavori pubblici per opere stradali e di edilizia civile aggiudicati nel periodo tra il 2000 e il 2016 da ogni stazione appaltante⁽¹³⁾. I dati raccolti dall'*Osservatorio dei contratti pubblici* relativi a lavori, servizi e forniture dell'ANAC ci permettono di osservare circa 270 mila gare aggiudicate in questo lasso di tempo⁽¹⁴⁾. Incrociando questi dati con quelli sulle segnalazioni di potenziali reati

⁽¹³⁾ Queste sono le categorie di lavori pubblici che la normativa identifica come OG01 (edifici civili e industriali) e OG03 (lavori per Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie e simili).

⁽¹⁴⁾ Sulle funzioni dell'ANAC in materia di appalti, si rinvia a M. DELSIGNORE e M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in questo fascicolo della *Riv. trim. dir. pubbl.* (n. 1, 2019).

arrivate alle varie forze dell'ordine ⁽¹⁵⁾, un primo dato interessante che possiamo ricavare è quello relativo alla frequenza e tipologia di reati per cui i Rup (Responsabili unici del procedimento) — figure chiave nella gestione dell'appalto pubblico — siano stati oggetto di segnalazione. I dati indicano che sui quasi 46 mila Rup osservati, il potenziale reato più frequentemente segnalato è quello di abuso d'ufficio (6% dei casi), seguito da crimini relativi alla gestione del ciclo dei rifiuti (3% dei casi) e da fenomeni legati a turbativa d'asta (2%). Corruzione, concussione e peculato considerati congiuntamente coinvolgono invece soltanto l'1% dei Rup.

Questo dato sulla preponderanza di casi di abuso d'ufficio segnalati offre, seppur a livello meramente indicativo, una prima evidenza sul tipo di rischio a cui si esponga il dipendente pubblico incaricato di gestire il funzionamento di appalti. Il rischio più elevato è associato alla fattispecie criminosa più indeterminata, che, come noto, è quella dell'abuso di ufficio ⁽¹⁶⁾. Si tratta di un dato assai significativo dal punto di vista di una indagine sull'amministrazione difensiva. Questa infatti connota l'atteggiamento di funzionari che non intendono affatto violare la legge, ma, proprio a causa dell'incertezza e indeterminatezza del confine fra legittimità e illegittimità delle decisioni, decidono di non scegliere, o assumono scelte cautelative, pur consapevoli che esse penalizzano la soddisfazione dell'interesse pubblico.

Impiegando gli stessi dati, possiamo poi esplorare quali fattori siano maggiormente correlati con la probabilità che un Rup sia segnalato per abuso d'ufficio. Possiamo distinguere tra tre gruppi di fattori relativi alla stazione appaltante, all'appalto o alle caratteristiche individuali del Rup stesso.

Relativamente al primo gruppo, si riscontra che la probabilità di una segnalazione cresce per i Rup operanti in amministrazioni locali

⁽¹⁵⁾ Si tratta di dati resi disponibile dal Sistema informatico interforze CED - SDI, nell'ambito di un progetto di ricerca condotta dalla Presidenza del Consiglio in collaborazione con l'Università Bocconi.

⁽¹⁶⁾ Per quanto la riforma introdotta dalla l. n. 234 del 1997 avesse il fine di circoscrivere la figura dell'abuso d'ufficio, tipicizzando il reato e riducendo il rischio di interferenze tra la verifica penale sulla violazione di leggi e quella sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, resta ancora oggi vero che tra i reati inerenti l'attività amministrativa resta quello più indeterminato. A fronte di ciò è importante ricordare come il solo inizio di un processo penale è deterrente molto forte per un funzionario pubblico, perché comporta maggiori difficoltà nella progressione di carriera e soprattutto nell'ottenere un incarico dirigenziale.

rispetto sia ai Rup delle amministrazioni centrali sia a quelli di Anas e società municipalizzate. Inoltre, i comuni di più piccole dimensioni (sotto i 5 mila abitanti) sono quelli dove la probabilità di segnalazione è più alta, rispetto a comuni più popolosi. Questa probabilità sale inoltre per quei comuni dove è stato riscontrato almeno un caso di corruzione nel periodo che va dal 2000 al 2008. Anche questo dato appare significativo ai fini della nostra indagine. Esso potrebbe indicare una correlazione fra il rischio — percepito ma anche reale in questo caso — di incorrere in responsabilità penale per abuso di ufficio e il grado di preparazione e formazione specialistica del personale, che in genere è meno elevato nei comuni di piccole dimensioni, che dispongono di un'amministrazione più ridotta.

Relativamente alla tipologia di appalti gestiti, è interessante notare come un maggior impiego del sistema di selezione del contraente privato meno discrezionale tra quelli previsti dal Codice appalti, ovvero l'impiego di aste aperte o ristrette in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso con esclusione delle offerte anomale, si associ ad un decremento di circa il 3% nella probabilità di segnalazione. Si tratta di un dato particolarmente interessante in quanto questo specifico modello di aggiudicazione gare è stato oggetto di numerosi studi che ne hanno dimostrato i molteplici problemi in termini di inefficienza allocativa e rischio collusione tra imprese⁽¹⁷⁾. Adoperando tale sistema, la cui adozione è stata resa volontaria e non più obbligata a partire dalla riforma del codice appalti del 2006, l'amministrazione in sostanza lascia che sia un sorteggio a determinare il vincitore e il prezzo di aggiudicazione, limitando quindi al massimo l'impiego della sua discrezionalità nella scelta del contraente privato. La rilevanza di questo dato dal punto di vista dell'amministrazione difensiva è dunque significativa. La scelta meno rischiosa per il funzionario è quella che implica minor discrezionalità. Ma la riduzione della discrezionalità si paga in termini di minor efficacia ed efficienza delle scelte assunte nell'interesse pubblico.

Infine, relativamente alle caratteristiche del Rup, non sorprende che Rup più anziani o coinvolti nella gestione di un maggior numero di gare abbiano una più alta probabilità di segnalazione, trattasi infatti di un effetto meccanico della maggior esposizione al rischio di segnalazione. Più interessante e sorprendente riscontrare un forte decremento

(17) F. DECAROLIS, *Cronaca di un fallimento annunciato: l'impiego dell'esclusione automatica negli appalti di lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1246-125.

nella probabilità di segnalazione in caso di Rup di sesso femminile. Sono donne il 17% dei Rup del nostro campione e la probabilità di un Rup donna abbassa del 3% la probabilità di una segnalazione per abuso d'ufficio.

Per quanto riguarda la Corte dei conti, i dati sulle singole sentenze che abbiamo raccolto integrano e completano analisi complementari ⁽¹⁸⁾. Secondo i rapporti pubblicati annualmente dalla Corte, il numero di procedimenti nei confronti degli amministratori pubblici e in particolare il numero di condanne è aumentato negli anni. Infatti, mentre tra il 2005 e il 2011 il numero di sentenze nei giudizi di primo grado era compreso tra 1200 e 1500 all'anno, dal 2012 al 2017 questo numero è cresciuto intorno a 2000-2300 per anno. Allo stesso modo, il numero di ricorsi definiti è aumentato, essendo circa 500 nel 2005 e 2006, 600 nel 2007, crescendo progressivamente a 1000 fino al 2016 e raggiungendo il picco di 1500 nel 2017. I dati sul numero di condanne sono disponibili solo fino al 2012, ma è possibile identificare una chiara tendenza: mentre fino al 2009 non più del 50% delle condanne di primo grado si rivelavano poi condanne definitive, nel 2010 esse raggiungono il 68% fino a raggiungere il 72% nel 2012.

Specificamente per il settore appalti è possibile identificare il numero di sentenze emesse dalla Corte dei conti nei confronti di dipendenti operanti in questo settore. Sfruttando la banca dati delle sentenze disponibile al pubblico sul sito web della Corte dei conti, abbiamo filtrato le sentenze in base ad alcune parole chiave contenute in esse. Cercando la parola «appalto/i» all'interno del sottoinsieme di sentenze di primo grado riguardanti responsabilità amministrativa abbiamo riscontrato un chiaro andamento crescente dei casi. Se nel 1998 è stata trovata una sola sentenza, nel 1999 esse salgono già a 12 e nel 2000 a 28; da 87 sentenze nel 2001, si sale poi a 100 nel 2003 e, dopo essere rimaste in una fascia compresa tra 120 e 130 dal 2004 al 2008, le sentenze aumentano nuovamente come frequenza, raggiungendo il picco di 160-190 l'anno nel periodo dal 2009 al 2017. Prendendo in considerazione tutti i potenziali limiti di questa evidenza

(18) Si tratta delle analisi svolte da svolte da A. ZULIANI, G. AURISICCHIO, M. DE BENEDETTO, A. CANZONETTI, G. GUAGNANO, A. LIVERANI, P. MENICHINO, L. RISPOLI, S. SALVI, *La responsabilità per danno erariale alla prova del contenzioso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 489 ss., G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, nonché da E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, cit.

descrittiva, come la possibilità che non tutte le sentenze più vecchie siano state introdotte nel database o il fatto che si guardi solo a sentenze passate in giudicato, emerge chiaramente come il numero di processi dinanzi alla Corte dei conti nei confronti degli amministratori pubblici del settore appalti pubblici sia aumentato negli anni.

I due pannelli della figura 3 illustrano chiaramente la variabilità nel numero di sentenze riguardanti casi di responsabilità amministrativa contenenti la parola chiave «appalti pubblici» sia tra le diverse sezioni regionali della Corte, sia nel tempo confrontando il 2012 (grafico di sinistra) con il 2017 (grafico di destra). Si noti subito la diversa scala nei due grafici (da zero a quaranta nel 2012, da zero a 100 nel 2017) rappresentativa della forte crescita nel tempo. Anche a livello regionale vi è evidenza di una grande variabilità sia tra sezioni della Corte. Proprio questi due livelli di variazione, nel tempo e tra sezioni regionali, verranno sfruttati in seguito per condurre la nostra analisi empirica e rispondere alla domanda se l'interventismo della Corte produce effetti sulle scelte di chi amministra gli appalti di lavori.

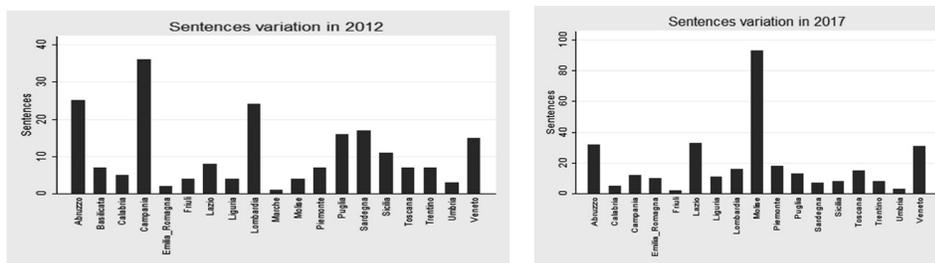


Figura 3: Numero di sentenze per sezione regionale (2012 e 2017)

3.2. Diverse sono le misure di performance attraverso cui può essere analizzata l'efficacia dell'azione amministrativa in relazione ad un appalto. Lo scostamento nei tempi e nei costi dell'esecuzione rispetto a quanto inizialmente previsto dal contratto sono misure classiche impiegate come *proxy* della performance del sistema di appalti. Tuttavia, questo tipo di misure combina insieme aspetti legati all'efficace azione della P.A. con altri specifici delle imprese coinvolte. Pertanto, in questo studio abbiamo optato per una diversa misurazione, ispirata dall'approfondito studio condotto dall'Agenzia per la coesione territoriale sui tempi di realizzazione degli appalti, il *Rapporto sui tempi attuazione e spesa delle opere pubbliche 2018*. Tale rapporto conferma quanto rilevato dall'edizione precedente dello stesso studio, ovvero che circa la metà del tempo complessivo che trascorre

tra l'avvio del primo livello di progettazione di un'opera pubblica e l'affidamento della sua realizzazione ad un contraente privato è occupato dai cosiddetti «tempi di attraversamento», o tempi interfase. Questi sono i tempi che intercorrono tra le diverse fasi effettive in cui si svolge l'appalto. In prima approssimazione, si potrebbero considerare questi tempi di attraversamento come «tempi morti», ma ciò non è corretto in quanto il tempo di attraversamento può essere sia causato dall'inattività della P.A. ma anche, all'opposto, da una frenetica attività volta all'acquisizione di pareri, anche di quelli non strettamente necessari, ma utili a ridurre il rischio di responsabilità. Ma, sia l'inattività che l'agire per ridurre i rischi individuali dell'amministratore, sono esattamente i comportamenti in cui riteniamo meglio identificabile l'estrinsecarsi dell'amministrazione difensiva.

In questo studio, ci focalizziamo su una misura data dalla differenza tra la data di inizio della fase di aggiudicazione e la fine della fase di progettazione esecutiva. Più precisamente, avendo accesso attraverso la «Banca dati amministrazioni pubbliche»⁽¹⁹⁾ (BDAP) del MEF a dati di dettaglio sulle date previste ed effettive per l'inizio e la fine di queste fasi, ed essendo scostamenti rispetto a quanto previsto particolarmente indicativi di comportamenti che inducono rallentamenti eccessivi rispetto a quanto poteva essere ragionevolmente previsto date le caratteristiche dell'appalto, costruiamo la nostra misura di amministrazione difensiva come segue. lo scostamento percentuale della durata della fase di attraversamento rispetto a quanto originariamente previsto⁽²⁰⁾.

Sebbene il set di dati BDAP contenga 79,528 CUP (codici unici progetto) relativi ad appalti di opere pubbliche aggiudicati tra il 2000 e il 2018, soltanto 16,537 di questi sono utilizzabili per calcolare la nostra misura⁽²¹⁾. Per questo set di appalti analizzabili riscontriamo

⁽¹⁹⁾ Si veda: <https://bdap-opensdata.mef.gov.it/tema/opere-pubbliche>.

⁽²⁰⁾ Nel dettaglio, indicando con *A* la differenza tra inizio effettivo della fase aggiudicazione e fine effettiva della fase di progettazione e con *B* la differenza tra inizio previsto della fase aggiudicazione e fine prevista della fase di progettazione, la nostra misura è: $(A-B)/B$.

⁽²¹⁾ Il set di 79.528 osservazioni è stato ridotto, eliminando le osservazioni per le quali le informazioni sulle date contenevano errori e pertanto erano illogiche da un punto di vista cronologico. Sono state eliminate tutte le osservazioni per le quali la fine pianificata (o effettiva) per una determinata fase era rispettivamente prima della partenza pianificata (o effettiva). Inoltre, calcolando il numero di giorni tra la fine di una fase e l'inizio della successiva, sono state eliminate tutte le osservazioni per le quali

un valore medio nella nostra misura pari al 200%, quindi in media i tempi effettivi tra una fase e l'altra sono 3 volte quelli previsti. Ma esiste una relazione tra l'allungamento di questi tempi effettivi interfase e il rischio percepito di azioni di responsabilità da parte della Corte dei conti?

Per rispondere a questa domanda sfruttiamo i dati a nostra disposizione sulla variazione tra regioni e nel tempo del numero di sentenze di primo grado emesse dalle sedi regionali delle corti e lo scostamento nel tempo interfase. Questa parte dell'analisi è più tecnica, dovendo cercare di risolvere in modo scientificamente valido il problema di stabilire un nesso causale che vada dall'attivismo delle corti alla misura di performance prescelta. Questa analisi è dettagliata in uno studio collegato ⁽²²⁾, ma in questa sede è sufficiente rilevare che identificare tale nesso di causalità è reso complesso dal fatto che variazioni nel numero di interventi delle corti e i rallentamenti nel tempo interfase potrebbero essere associati in modo spurio. Ad esempio, un periodo di grande attività in termini di numero di appalti potrebbe associarsi sia a un maggior interventismo della Corte (ci saranno più appalti monitorati) sia a maggiori rallentamenti e allungamenti dei tempi di attraversamento (perché l'amministrazione non ha le risorse o le capacità per gestire efficacemente la mole di lavoro elevata). In questo esempio, è la mole di appalti insolitamente alta a determinare sia un alto interventismo della Corte che un forte rallentamento nei tempi

questo numero era negativo. Il campione finale è costituito da 63.920 osservazioni. Questo numero sembra essere basso, considerando che secondo ANAC, solo nel periodo settembre-dicembre 2017, 52,742 gare sono state implementate. Tuttavia, va sottolineato che i dati ANAC riguardano osservazioni di appalti pubblici identificati da un codice Cig (Codice identificativo gara), che classifica una sola gara. Dall'altro lato, nel set di dati qui utilizzati le osservazioni sono identificate solo da un codice Cup (Codice unico progetto), che classifica un progetto pubblico che può raggruppare più di una gara (Cig). Questo spiega in parte perché il numero di osservazioni è inferiore al previsto. Ancora più problematico è, tuttavia, il fatto che la mancanza a macchia di leopardo nei dati di almeno una delle quattro date necessarie per calcolare la nostra misura renda l'informazione inutilizzabile ai nostri fini. Questo problema porta ad un ulteriore e drastico calo nella dimensione del dataset: soltanto 16,537 sono i Cup completi per cui possiamo calcolare la nostra misura. Questo dato conferma la criticità della raccolta di dati sugli appalti pubblici in Italia.

⁽²²⁾ Si vedano S. BATTINI, F. DECAROLIS e C. SACCA, *Defensive administration, working paper* CEPR, in corso di pubblicazione, e C. SACCA, *The overdeterrence problem in Public Administrations: Evidence from Italian Corte dei Conti*, Tesi Università Bocconi, 2018.

interfase. Un'analisi di correlazione di questi ultimi due che non tenga conto della mole di appalti sarebbe quindi fuorviante. Parimenti, ogni altro fattore omesso genera questo potenziale effetto distorsivo nelle stime. La soluzione a questo problema è trovata impiegando un approccio con variabili strumentali: guardando a variazioni nelle forze di personale amministrativo in dotazione alle varie corti regionali nel corso degli anni 2012-2017, possiamo considerare come aumenti di queste dotazioni permettano alle corti un maggior attivismo, ma senza che ciò dipenda direttamente da fattori determinanti del tempo interfase degli appalti di lavori ⁽²³⁾.

Il risultato di questa analisi è la presenza di un effetto positivo e statisticamente significativo che va dall'interventismo delle corti all'allungamento dello scostamento nei tempi interfase. Le stime ottenute sono precise ma di magnitudine molto contenuta: l'incremento di una sentenza nell'attività della Corte porta ad un 1% di incremento nello scostamento dei tempi interfase. Per quanto piccola, questa stima è comunque indicativa di un effetto economicamente rilevante data la significatività economica rappresentata da un potenziale incremento di efficienza in un settore, quello degli appalti pubblici, che rappresenta circa il 15% del Pil.

4. L'analisi fin qui condotta, anche sulla scorta di alcune evidenze empiriche, consente di trarre alcune sintetiche considerazioni.

In primo luogo, si conferma la sussistenza di un livello significativamente elevato del rischio percepito dai funzionari e dirigenti amministrativi di incorrere in responsabilità, soprattutto di tipo amministrativo e penale, nell'esercizio delle proprie funzioni, come dimostrano non solo interviste e sondaggi, ma anche i dati relativi allo sviluppo del mercato delle polizze assicurative relative alla responsabilità erariale. Si tratta ovviamente di un rischio più elevato in relazione alle posizioni di vertice, come confermano le variazioni del premio corrisposto in funzione della posizione professionale rivestita. Il rischio, inoltre, è più elevato soprattutto nel comparto ministeriale.

In secondo luogo, il rischio — sia reale sia percepito — di incorrere in responsabilità cresce in ragione della incertezza e indeterminatezza della disciplina dell'esercizio della funzione amministrativa,

⁽²³⁾ I dati per questa parte dell'analisi e una sua prima implementazione provengono da C. SACCA, *The overdeterrence problem in Public Administrations: Evidence from Italian Corte dei Conti*, cit.

come dimostrano, ad esempio, i dati sul numero di segnalazioni per abuso di ufficio nei confronti dei Rup nel settore degli appalti pubblici, in rapporto al numero di segnalazioni riferite ad altre e più precise fattispecie di reato.

In terzo luogo, il rischio associato alla responsabilità ovviamente decresce con la riduzione del tasso di discrezionalità delle scelte affidate al funzionario amministrativo, come dimostra il minor numero di segnalazioni per abuso di ufficio per i contratti aggiudicati con criteri automatici riferiti al prezzo. Ma la fuga dalla discrezionalità, a sua volta, si traduce in inefficacia dell'azione amministrativa. Questa è, in parte, un costo certo, che la collettività decide di pagare per evitare una perdita eventuale, connessa al danno erariale.

Infine, pare sussistere una correlazione, pur modesta, fra il livello di rischio percepito di incorrere in responsabilità amministrativa, associato in particolare a un maggiore interventismo della Corte dei conti nel settore degli appalti pubblici, e un effetto di rallentamento dell'azione amministrativa, associato in particolare all'estendersi dei «tempi di attraversamento» fra le fasi procedurali in quel settore. Questa correlazione può essere spiegata con lo sviluppo di atteggiamenti difensivi posti in essere dai funzionari amministrativi.

Queste conclusioni, per quanto provvisorie e bisognevoli di conferme e approfondimenti, suggeriscono di prendere sul serio il fenomeno dell'amministrazione difensiva e di individuare adeguati rimedi per prevenirlo e correggerlo.

La principale causa dell'approccio difensivo della burocrazia risiede, come detto, nella incertezza e imprevedibilità delle conseguenze del comportamento dei funzionari amministrativi. Le opinioni espresse nel già citato sondaggio condotto da «Forum PA» depongono in tal senso: il rischio patrimoniale rappresentato dalla responsabilità amministrativa risulta essere rilevante nell'indurre comportamenti difensivi quando esso si combina con l'incertezza normativa ⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Anche se non disponiamo di evidenze quantitative solide per confermare o confutare queste percezioni riportate nel sondaggio, l'evidenza aneddotica sul settore appalti è chiaramente in linea con questa ipotesi. Si tratta di un settore che con cadenza quasi annuale viene investito da riforme normative significative ed in cui i livelli di norme e regole (regionali, provinciali e anche comunali) si intersecano creando un vero e proprio labirinto in cui anche per gli esperti del settore è molto complesso orientarsi. Proprio questa incertezza è stata vista come la fonte del massiccio movimento intertemporale nell'affidamento degli appalti verificatosi intorno al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti nell'aprile 2016 (d.lg. n. 50/2016). Come docu-

Una prima ragione di incertezza riguarda lo stesso confine fra lecito e illecito, fra rispetto e violazione della regola, fra interpretazione consentita e preclusa, fra colpevole violazione di regola applicabile e inosservanza utile o doverosa di regola inapplicabile, etc. Più incerto il confine, maggiore lo spazio e l'incentivo per reazione difensiva: si rimanda la decisione in attesa che il problema venga risolto altrimenti, si chiedono pareri, si assumono decisioni rispettose anche delle regole ritenute inapplicabili, perché un domani qualcuno potrebbe invece decidere di applicarle, benché ciò costituisca una decisione meno ragionevole ed efficace; etc. Sarebbe illusorio contrastare questo effetto eliminando la discrezionalità amministrativa, introducendo automatismi ispirati alla meccanica applicazione di regole che pongano il funzionario al riparo dalle responsabilità. La discrezionalità è l'essenza stessa dell'amministrazione, la ragione per cui essa rimane necessaria, almeno fino all'avvento di raffinatissime intelligenze artificiali, che comunque chiamerebbero in causa la responsabilità di chi le progettasse. La strada è dunque quella di ridurre il disordine normativo, con operazioni accurate di riordino, codificazione e semplificazione normativa. Occorre, inoltre, ripensare attentamente agli effetti di fattispecie di illecito connotate da notevole indeterminatezza e insieme da sanzioni particolarmente afflittive, quantomeno sul piano reputazionale, come l'abuso di ufficio.

Una seconda ragione di incertezza, che determina reazioni «difensive» del personale amministrativo, attiene proprio alle sanzioni che si ricollegano al superamento del sovente incerto confine fra lecito e illecito, in particolare sotto il profilo della loro prevedibilità e proporzionalità. Il timore del funzionario amministrativo nell'assumere una scelta complessa, suscettibile di incidere su interessi particolarmente rilevanti e ad elevato impatto sul piano economico e finanziario, si accresce enormemente a fronte della percezione di un rischio di

mentato in L. CASTELLANI, F. DECAROLIS e G. ROVIGATTI, *Il Processo di Centralizzazione degli Acquisti Pubblici: Tra Evoluzione Normativa e Evidenza Empirica, Mercato Concorrenza Regole*, 2017, un'impennata nel numero degli appalti aggiudicati nel mese precedente all'entrata in vigore del Codice è stata seguita da un trimestre caratterizzato da volumi insolitamente bassi di aggiudicazioni. Inoltre, vale la pena riportare un dato interessante, seppur parziale. Da un'analisi a campione su circa 70 sentenze tra quelle utilizzate per la nostra analisi empirica, risulta che in media intercorrano 13 anni tra la data dell'appalto e quella della sentenza di primo grado della Corte dei conti. Aspetto questo che con tutta evidenza contribuisce a generare incertezza nell'operato dei dipendenti pubblici.

sanzioni di natura e importo non calcolabile *ex ante* e, almeno in teoria, non proporzionate rispetto alla retribuzione e al patrimonio di chi è chiamato ad adottarle. Sotto questo profilo, sul piano dei rimedi, potrebbe essere di qualche ispirazione l'analisi delle soluzioni adottate proprio con riferimento alla medicina difensiva. In effetti, vi sono ampie analogie fra i due fenomeni. Nel settore medico, il costante timore di commettere errori che ingenerano responsabilità civile porta i medici a usare meno discrezionalità nella loro attività, alla ricerca di soluzioni standardizzate che lascino loro pochissime responsabilità, a scapito dell'efficienza delle loro azioni. Inoltre, l'adozione di precauzioni eccessive può peggiorare la qualità dei servizi forniti, inducendo problemi come le liste di attesa più lunghe. Inoltre, il rapporto tra medico e paziente si deteriora, dal momento che i medici sono sempre più attenti ai dettagli tecnici, trascurando la parte del loro lavoro riguardante il contatto umano⁽²⁵⁾. Allo stesso modo, gli agenti pubblici sono preoccupati della possibilità di sostenere processi di responsabilità amministrativa, con analoghe conseguenze in termini di inattività, eccessiva precauzione, preferenza per soluzioni standardizzate invece di decisioni discrezionali e potenziali aumenti inefficienti delle spese. Ebbene, per limitare i problemi di medicina difensiva che stavano paralizzando il funzionamento del sistema sanitario, negli Stati Uniti, e in particolare in California, è stata da tempo sperimentata con buoni esiti la soluzione di adottare dei massimali noti entro cui l'agente può essere chiamato a rispondere. Questa soluzione è stata introdotta di recente anche in Italia, proprio a proposito della responsabilità amministrativa dei medici, dalla legge n. 24 del 2017, secondo cui la condanna non può superare un tetto rapportato al triplo della retribuzione del medico⁽²⁶⁾. Ci si può allora domandare se questa

(25) Numerosi tentativi sono stati fatti per cercare di quantificare i costi di questo fenomeno: negli Stati Uniti è stato calcolato il costo della medicina difensiva intorno ai 200 miliardi di dollari all'anno (Pricewaterhouse Coopers «Health Research Institute»). Il peggioramento di questa situazione ha anche provocato una crisi del sistema assicurativo negli Stati Uniti, poiché i crescenti casi di contenzioso hanno reso sempre più frequenti le compensazioni e portato ad un aumento costante dei premi assicurativi per impedire a molte compagnie di assicurazione di uscire dal mercato.

(26) Più precisamente, ai sensi dell'art. 9, comma 5, della legge n. 24/2017, «in caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica [...] l'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è esercitata dal pubblico ministero presso la Corte dei conti. Ai fini della

soluzione non possa essere utilizzata anche per la disciplina della responsabilità amministrativa di tutti gli altri funzionari amministrativi, considerato che i rischi dell'amministrazione difensiva non sono diversi o meno gravi di quelli della medicina difensiva. Vero è che, per tutti i funzionari, esiste comunque un rimedio generale in base al quale, a fronte di un danno erariale da essi determinato, può essere posta a loro carico una quota limitata e proporzionata del danno stesso. Ci si riferisce al potere della Corte dei conti di «ridurre» la porzione di danno erariale posta a carico del funzionario condannato in sede di responsabilità amministrativa. Ma il potere «riduttivo» della Corte dei conti può risolvere il problema della proporzionalità della sanzione, non quello della sua calcolabilità *ex ante*. È infatti la Corte stessa che, esercitando un notevole grado di discrezionalità dell'apprezzamento, caso per caso, decide se e come esercitare il potere riduttivo. Al contrario, la soluzione del tetto, sperimentata in Italia e all'estero per la medicina difensiva, corregge anche il difetto di calcolabilità *ex ante* e potrebbe costituire un più efficace antidoto per l'amministrazione difensiva ⁽²⁷⁾.

quantificazione del danno, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 1 *bis*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e dall'articolo 52, secondo comma, del testo unico di cui al regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato. L'importo della condanna per la responsabilità amministrativa e della surrogazione di cui all'articolo 1916, primo comma, del codice civile, per singolo evento, in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo».

⁽²⁷⁾ Abbiamo tratto spunti dal caso della medicina difensiva in quanto si tratta di un fenomeno ampiamente studiato in vari paesi. Vale tuttavia la pena di sottolineare che il fenomeno è ben più ampio e si applica non solo alle scelte degli amministratori pubblici ma anche a quelli privati, e persino ai politici. Ampie evidenze a questo riguardo sono presentate da G. GIGERENZER nel testo *Risk savvy: How to make good decisions*, New York, Viking, 2014. Un aspetto interessante di questo studio è quello di mostrare come comportamenti difensivi siano spesso adottati da top manager di svariate, grandi compagnie internazionali. Questo studio si ricollega ad una vasta e rinomata letteratura che discute le origini e le implicazioni di comportamenti diversi da quelli prescritti dal modello neoclassico di razionalità. Anche se per esigenze di brevità non abbiamo discusso questi temi, l'uso di regole euristiche (come lo *status quo bias*) rappresenta un elemento interessante per valutare origini e soluzioni ai problemi causati da comportamenti difensivi. Questo sembrerebbe essere confermato anche dal caso della Germania menzionato precedentemente: F.M. ARTINGER, S. ARTINGER E G.

Nella stessa direzione, potrebbe anche esplorarsi la possibilità di intervenire sulla disciplina del già esaminato mercato delle polizze assicurative contro i rischi da condanna per danno erariale. Si tratta di un tema complesso e su cui esistono visioni contrapposte, dovute al diverso accento sul ruolo risarcitorio e sanzionatorio dei procedimenti della Corte dei conti⁽²⁸⁾. Su di esso, come detto, è recentemente intervenuto il legislatore (art. 3, comma 59, l. n. 244 del 2007), che ha disposto la nullità di contratti, stipulati da enti pubblici con oneri a loro carico, per assicurare i propri amministratori contro il rischio di incorrere in responsabilità amministrativa. Fermo restando tale preclusione, così come quella che concerne la possibilità di assicurare condanne relative a condotte dolose, resta però aperta la questione delle polizze assicurative per la responsabilità amministrativa stipulate dagli stessi amministratori e dirigenti pubblici con oneri a loro carico. Il legislatore non ha, infatti, comminato la sanzione della nullità in riferimento a tali contratti, che devono pertanto ritenersi leciti. Ad essi, tuttavia, si può guardare, e si guarda, con maggiore o minore favore. In senso positivo, si osserva sia che essi riducono l'effetto paralizzante derivante dal timore della responsabilità, sia che tali polizze assicurative consentono di elevare il tasso di recupero delle somme oggetto di sentenze di condanna della Corte dei conti, il quale è attualmente molto basso, proprio a causa della frequente incapacienza del debitore non assicurato, attestandosi ad appena il 12% del totale delle condanne. In senso negativo, si sottolinea tuttavia l'effetto deresponsabilizzante delle polizze in questione, che tendono a neutralizzare l'effetto di deterrenza rispetto a condotte illecite o illegittime del funzionario amministrativo, che costituisce la *ratio* stessa della responsabilità amministrativa nella sua dimensione sanzionatoria. Si tratta, ovviamente, di trovare il giusto equilibrio fra le due esigenze, che rimanda al più generale problema, lucidamente indicato dalla Corte costituzionale, a proposito della disciplina responsabilità amministrativa: occorre «determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca

GIGERENZER, C. Y. A.: *frequency and causes of defensive decisions in public administration*, cit., identificano infatti come causa principale dei comportamenti difensivi l'approccio al fallimento del team. I comportamenti difensivi proliferano se la reazione al fallimento è cercare qualcuno da incolpare anziché identificare le cause sottostanti per imparare come prevenire simili fallimenti in futuro.

(28) Come illustrato in V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*⁴, cit.

di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo» (C. cost. n. 371/1998). Ebbene, nella ricerca di tale punto di equilibrio, bisogna però guardarsi dall'incappare in quello che le scienze comportamentali indicano come il *bias* della *loss aversion*, che spinge a sopravvalutare le perdite rispetto a mancati guadagni del medesimo valore. Lo sfavore pubblico verso il mercato delle polizze assicurative potrebbe infatti derivare da una sovrastima delle perdite connesse al danno erariale prodotto da atti e condotte illegittime dei funzionari amministrativi rispetto ai mancati guadagni derivanti da una burocrazia maggiormente proattiva, meno intimorita e meno difensiva. Se ciò fosse vero, allora un legislatore razionale potrebbe decidere di incoraggiare lo sviluppo del mercato delle polizze assicurative stipulate dai dipendenti, ad esempio con strategie dirette al contenimento dei premi, anche consentendo alle amministrazioni di negoziare con le imprese assicuratrici condizioni più favorevoli per i propri dipendenti che decidano di acquistare il prodotto. Ciò potrebbe accentuare il carattere risarcitorio della responsabilità amministrativa rispetto a quello sanzionatorio. Ma, del resto, vi sono anche altri strumenti, come la responsabilità disciplinare e penale, che, resi più efficaci, appaiono perfino più appropriati a fini di sanzione e deterrenza.

Ciò posto, deve però osservarsi che il fenomeno dell'amministrazione difensiva non è solo determinato da un eccesso — reale o percepito — di responsabilità e sanzioni che si ricollegano ad atti o condotte poste in essere dal funzionario in violazione delle regole dell'azione amministrativa. Tale fenomeno è anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa. Vi è in altre parole un «differenziale» di sviluppo, potremmo dire, fra il diritto amministrativo della legalità e il diritto amministrativo dell'efficienza, che crea un assetto sbilanciato degli incentivi. Il funzionario teme i controlli di legalità, mentre i controlli di efficienza non destano alcuna preoccupazione: l'amministrazione difensiva è favorita tanto dal primo timore, quanto dall'assenza del secondo timore. In effetti, l'amministrazione difensiva non è una comprensibile e giustificabile reazione ad un assetto normativo ingiusto, ma un disvalore. Il funzionario «difensivista» distorce a fini individuali condotte che dovrebbero essere improntate a fini collettivi, non molto diversamente dal funzionario corrotto. Mentre quest'ultimo persegue un guadagno individuale con perdita

collettiva, il funzionario difensivista rinuncia ad un guadagno collettivo per evitare il rischio di una perdita individuale. Di nuovo, il *bias* cognitivo della avversione alle perdite può spiegare perché si tratti di un atteggiamento più diffuso e considerato più innocuo dai funzionari che lo pongono in essere. Ma si tratta appunto di un pregiudizio cognitivo. In realtà, l'amministrazione difensiva non è meno illegittima delle condotte illegittime punite con le sanzioni che essa mira ad evitare. Si tratta, però, di una forma di illegittimità meno visibile, più subdola e, per questo, forse più pericolosa. Essa non consiste di atti, decisioni o anche omissioni riferibili a specifici obblighi di agire. Si compone invece di più indefinite tecniche dilatorie, di scelte apparenti, di ritardi consentiti dall'ordinamento, di atti formali che celano inerzie sostanziali, etc. Tutto questo rimane sottotraccia, non emerge, comunque non viene registrato dai «radar» del più tradizionale diritto amministrativo della legalità. L'amministrazione difensiva emerge in superficie solo alla fine, quando si tratta di tirare le somme, valutando i risultati conseguiti dall'azione complessiva dell'amministrazione. Ma per intercettarla occorrono strumenti diversi, che sono appunto quelli del diritto amministrativo dell'efficienza. Si tratta di responsabilità e sanzioni di diversa natura, che appunto prescindono dalla verifica di conformità alle regole di singole puntuali decisioni, azioni, omissioni di obblighi di condotta, per appuntarsi sulla valutazione dei risultati della gestione amministrativa, o, nel linguaggio legislativo più recente, sulla *performance*.

Il diritto amministrativo dell'efficienza esiste. Si è sviluppato soprattutto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso. Si compone di istituti importanti, come la responsabilità dirigenziale e i controlli successivi sulla gestione. Ma esso non ha ancora attecchito ed è per molti profili rimasto sulla carta. Di più. Esso ha subito distorsioni applicative e smentite normative. Ne costituisce esempio la trasfigurazione della responsabilità dirigenziale, che si è trasformata nella caricatura di sé stessa. I casi di dirigenti rimossi per risultati negativi della gestione nelle amministrazioni statali, in più di venti anni, si contano sulle dita di una sola mano. Al contempo, proliferano norme che dispongono sanzioni a titolo di responsabilità dirigenziale per violazioni di regole di condotta, anziché di obblighi di risultato⁽²⁹⁾. In

(29) A puro titolo esemplificativo, il dirigente incorre in responsabilità dirigenziale fra l'altro se: omette di pubblicare informazioni in materia di procedimenti amministrativi (art. 1, comma 33, l. n. 190/2012); adotta tardivamente il provvedimento

questo modo, la responsabilità dirigenziale tende a divenire un ulteriore e ridondante strumento del diritto amministrativo della legalità, inadatto a scoraggiare, ed anzi idoneo ad esasperare il fenomeno dell'amministrazione difensiva. Ne costituisce un ulteriore esempio il deludente percorso dei controlli amministrativi sulla gestione, che avrebbero dovuto svilupparsi attraverso un virtuoso connubio fra il sistema dei controlli interni (oggi gli Oiv) e quello dei nuovi controlli successivi della Corte dei conti, al tempo stesso alimentato dal primo e garante del suo corretto funzionamento. Il matrimonio non si è mai celebrato, per responsabilità di entrambi i promessi coniugi, mentre hanno ripreso quota, sia pure in forma surrettizia, i controlli di legittimità sugli atti della Corte dei conti. Ad esempio, in base all'art. 10 del d.lg. n. 123 del 2011, gli atti amministrativi che furono sottratti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti negli anni Novanta, sono tuttavia assoggettati al controllo del sistema degli uffici di ragioneria, che possono proporre osservazioni. Queste non hanno carattere impeditivo, ma il dirigente che desidera superarle deve assumersene espressamente la responsabilità, con conseguente invio dell'atto e delle osservazioni ricevute al competente ufficio di controllo della Corte dei conti. Questa pertanto torna in gioco con controlli di legittimità riferiti ai singoli atti, i quali assumono altra veste e forma, ma, per estensione e effetti, descrivono un panorama non troppo dissimile a quello che nei primi anni Novanta si voleva superare⁽³⁰⁾. La mortificazione e la trasfigurazione degli istituti del diritto amministrativo dell'efficienza, così, contribuisce a incoraggiare, anziché reprimere, il fenomeno dell'amministrazione difensiva, che pertanto si afferma sia per troppi controlli, sia per troppo pochi controlli.

amministrativo (art. 2, comma 9 legge n. 241/1990 e s.m.i.); non predisporre il piano anticorruzione (art. 1, commi 12-14, l. n. 190/2012); omettere la pubblicazione di moduli e formulari per l'avvio di procedimenti (art. 57, comma 2, d.lg. n. 82/2005); non trasmettere documenti via PEC tra amministrazioni pubbliche (art. 47, comma 1 *bis*, d.lg. n. 82/2005); omettere la pubblicazione delle informazioni previste nella sezione «amministrazione trasparente» o non adottare il programma triennale per la trasparenza e l'integrità (art. 1, comma 33, l. n. 190/2012; art. 46, commi 1 e 2, d.lg. n. 33/2013); non comunicare gli elementi necessari al completamento ed all'aggiornamento dell'indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni (art. 57-bis, comma 3, d.lg. n. 82/2005); e così via.

⁽³⁰⁾ Sul punto, E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, cit.