



Diritto e Persona

Pubblica Amministrazione, Sanità e Diritti Civili
Blog a cura di Ernesto Mancini - avvocato
www.dirittoepersona.it - ernesto.mancini@hotmail.it

L'ABUSO D'UFFICIO, IL DANNO ERARIALE ED IL PROBLEMA DELLA BUROCRAZIA DIFENSIVA

Nei giorni scorsi si è parlato molto di riforma del reato di abuso d'ufficio, di nuove regole per il danno erariale e di eliminazione della c.d. "burocrazia difensiva". Fra gli altri ne ha scritto **l'ex Ministro della Giustizia Paola Severino** in un bell'articolo su Repubblica del 30 maggio u.s.. Il 4 giugno successivo ne ha parlato **il Presidente del Consiglio** nel corso della conferenza stampa a reti unificate sui gravi problemi italiani a seguito della pandemia Covid 19. Ancora più di recente, 9 giugno, il tema è stato posto anche nel "**documento Colao**" dal nome del manager coordinatore di un gruppo di esperti incaricati dalla Presidenza del Consiglio di formulare proposte per il rilancio del Paese.

Tutti convergono nel dire che l'attuale configurazione dell'abuso d'ufficio e del danno erariale nonché il comportamento cosiddetto di "burocrazia difensiva" sono **tra le cause principali della lentezza se non del blocco dell'Amministrazione Pubblica** specie nei procedimenti amministrativi di grande rilevanza economica quali appalti pubblici per lavori, forniture e servizi, autorizzazioni, concessioni e ogni altra fattispecie nella quale gli interessi in gioco sono notevoli e spesso contrapposti.

C'è molto di vero in queste valutazioni. Ma quali sono le possibili soluzioni ?

1 - L'abuso d'ufficio

Partendo da un esempio si può dire che **l'abuso d'ufficio** è il reato previsto dall'art. 323 del codice penale secondo il quale va punito quel pubblico funzionario che, violando la legge, ha favorito dolosamente un operatore economico (es.: impresa), aggiudicandogli un appalto che invece avrebbe dovuto aggiudicare ad altro operatore economico. Alla radice dell'abuso d'ufficio c'è il venir meno di quel **dovere di imparzialità** cui tutti i funzionari pubblici sono tenuti in applicazione **dell'art. 97 della Costituzione**. Va da sé che se l'abuso è generato anche dall'accettazione di tangenti siamo di fronte al caso ben più grave della corruzione di cui non mette conto di parlare in questo scritto trattandosi di fattispecie diversa.

2 - Il danno erariale

Ancora esemplificando si può dire che **il danno erariale** è quel danno ingiusto che subisce lo Stato o l'Ente Pubblico quando il proprio funzionario, **dolosamente** cioè intenzionalmente ovvero **colposamente** cioè per negligenza, imprudenza, od imperizia, violazione di leggi, regolamenti e discipline, ha adottato provvedimenti che non avrebbe dovuto adottare. Per restare all'esempio di prima, l'operatore economico che non è risultato aggiudicatario perché è stato dolosamente sfavorito rispetto all'altro, oltre a sporgere denuncia penale, chiederà il risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione e quindi il mancato guadagno per non avere conseguito l'appalto. L'Amministrazione sarà tenuta a risarcire l'operatore economico ma poi si rivarrà in sede di responsabilità amministrativa (detta anche responsabilità erariale) contro il funzionario per recuperare quanto ha dovuto sborsare. Sull'obbligo dell'Amministrazione di risarcire il danno al privato quando questo deriva da provvedimenti amministrativi abusivi del proprio funzionario si veda Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 16 maggio 2019 n. 13246.

3 - La burocrazia difensiva

Infine **alla burocrazia difensiva** (locuzione a cui si dovrebbe preferire **"amministrazione difensiva"**) si riconduce il comportamento del pubblico funzionario il quale, temendo che dal provvedimento da adottare possano derivare ricorsi, denunce penali e responsabilità erariale a suo carico, non adotta alcun provvedimento oppure lo adotta ma non sulla base dell'interesse pubblico che dovrebbe perseguire bensì sulla base di una scelta del provvedimento meno rischioso per la sua responsabilità personale. **In altri termini il funzionario pospone l'interesse pubblico alla sua personale convenienza di non rischiare o rischiare il meno possibile.**

Analogo all'amministrazione difensiva è la **"medicina difensiva"**, atteggiamento del medico che, per non rischiare responsabilità a suo carico, prescrive più indagini diagnostiche di quelle che effettivamente servono o non sceglie un tipo di intervento medico-chirurgico che sarebbe più indicato ma che comporta una maggiore responsabilità che egli non intende correre. La medicina difensiva è da tempo al centro dell'attenzione ma qui viene ricordata solo per analogia con l'amministrazione difensiva.

4 - La variabile

Ma le cose potrebbero non stare come negli esempi appena fatti perché, all'opposto, si può ipotizzare che il funzionario abbia adottato un **provvedimento legittimo ed imparziale, perfettamente in linea con l'interesse pubblico e senza creare alcun danno all'Amministrazione di appartenenza, anzi arrecandole un giusto vantaggio.**

Tuttavia l'operatore economico non aggiudicatario considera tale provvedimento a sé sfavorevole e, per mero spirito vendicativo contro il funzionario o l'Amministrazione, decide di fare denuncia od esposto per abuso d'ufficio sostenendo che c'è stato dolo ed ingiusto favore per l'altro operatore economico concorrente. In molti casi, infatti, l'operatore economico non aggiudicatario, temendo di perdere la partita in sede di giustizia amministrativa o per altre ragioni non commendevoli, preferisce la via penale confidando, in questo modo, di arrecare quanto più danno possibile a chi ha adottato un provvedimento a lui sfavorevole.

E siccome il reato **di abuso d'ufficio è un reato dai confini incerti**, specie in fattispecie amministrative molto complesse quali sono sicuramente gli appalti pubblici dove si esercita la discrezionalità amministrativa, capita spesso che nei confronti del funzionario si attivino indagini e successivi procedimenti penali che già di per sé sono afflittivi anche se il più delle volte si concludono, dopo molti anni, con l'archiviazione, il proscioglimento o con sentenze definitive di assoluzione favorevoli all'incolpato (oltre il 95% dei casi).

Questi, tuttavia, per tutto il tempo necessario al lento corso della giustizia penale, ha subito **danni per il solo fatto di essere indagato od imputato**. Si tratta di danni psicologici, angosce personali e familiari per l'incerto esito del processo, tempo dedicato alla difesa ed al processo, danni economici per spese legali di difesa, danni da misure amministrative o giudiziarie cautelative, danni derivanti dalla considerazione sociale, spesso giustizialista, che si ha delle persone indagate od imputate di reato. Ovviamente ne va di mezzo anche l'immagine dell'Amministrazione.

5 - Violazione dei doveri

Nulla giustifica l'amministrazione difensiva. I provvedimenti vanno adottati, i rischi vanno corsi, l'interesse pubblico va perseguito.

Se ciò non accade il funzionario viene meno a quel dovere di servire la Costituzione previsto dal codice di comportamento di cui all'art.1 del DPR 62/2013 che gli impone di svolgere i propri compiti **“con disciplina ed onorenel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico.....”**

Inoltre egli guadagna la retribuzione in modo illegittimo. Infatti la retribuzione viene corrisposta per l'adempimento completo e non certo parziale o elusivo dei propri doveri d'ufficio.

6 - Rischio elevatissimo ed esigenze di tutela

E' tuttavia vero che il rischio per il funzionario è elevatissimo. Quando si adottano provvedimenti che toccano interessi contrapposti spesso ci si trova **fra l'incudine ed il martello**. In una gara d'appalto , per esempio, aggiudicando ad un operatore economico si scontenta l'altro e viceversa. In entrambi i casi è possibile **che il funzionario venga accusato di abuso qualunque provvedimento assuma**. E ciò è ancora più probabile se si trova di fronte ad operatori economici spregiudicati , temerari ma anche ignoranti o malconsigliati.

7 - Cosa fare e cosa non fare

Quali possono essere i modi più efficaci per tutelare il funzionario in buona fede e determinato a perseguire l'interesse pubblico anziché l'interesse privato ? Come si possono evitare o quanto meno ridurre i casi di burocrazia difensiva che può creare danni non inferiori agli abusi ? Cosa bisogna invece evitare?

7.1 - Blindare la legittimità dei provvedimenti

Uno dei modi che il funzionario ha per ridurre il rischio di contenzioso è quello di **motivare in modo perfetto il provvedimento dopo averlo corredato di altrettanta perfetta istruttoria**.

Così facendo il provvedimento viene "blindato" da possibili attacchi o denunce e solo un magistrato inquirente svogliato o ingiustificatamente ostinato non dispone senza indugio l'archiviazione nonostante l'evidenza e la persuasività delle ragioni e degli atti che sostengono il provvedimento. È più frequente che il magistrato sia oberato dai carichi di lavoro sicché il fascicolo resta inopinatamente fermo per troppo tempo così creando comunque i danni di cui si è detto. L' evidente legittimità del provvedimento perciò non sempre garantisce le possibili carenze professionali od organizzative della magistratura inquirente.

Quanto andiamo dicendo per la magistratura inquirente penale vale anche per quella inquirente erariale (Procura presso la Corte dei Conti). Nella maggior parte dei casi, infatti , i fascicoli rimangono fermi per lunghissimo tempo con le stesse conseguenze negative per l'incolpato che si sono evidenziate per la giustizia penale.

7.2 - definire normativamente la "colpa grave" dei funzionari per la responsabilità civile ed amministrativa.

Per la responsabilità civile e per quella amministrativa **colpose**, entrambe responsabilità di danno rispettivamente al privato e alla pubblica amministrazione , vige il principio della **"colpa grave"** per cui tali responsabilità possono essere affermate solo se si accerta che la condotta sia stata caratterizzata da colpa grave come, per esempio, la grave negligenza, l'errore inescusabile, ecc. ecc. (artt. 22 e 23

Dpr 10.1.57 N. 3 T.U. sulla resp. civile degli Impiegati dello Stato e art. 3 legge L. 20.12.96 n. 639 c.d. “ legge Prodi” sulla resp. amministrativa) . Resta ferma ovviamente, e comunque, la responsabilità per dolo.

Vi è però che **la colpa grave non viene definita dal legislatore** per cui si rimane in balia della valutazione del magistrato non sempre corretta nel definire il grado di colpa o le eventuali giustificazioni ed anzi sovente propensa a mandare comunque avanti il procedimento nonostante possa essere subito concluso.

Ora, mentre per i magistrati la legge sulla loro responsabilità civile **enuncia in modo formale i casi di colpa grave (art. legge n.117/1988, c.d. legge Vassalli) ciò non avviene per i funzionari** . Trattandosi di categorie aventi pari dignità perché appartenenti a due poteri costituzionali di pari dignità (giudiziario ed esecutivo , rectius amministrativo”) questo differente trattamento non si giustifica (sul punto si veda <https://www.dirittoepersona.it/le-responsabilita-professionali-magistrati-medici-funzionari-pubblici-un-confronto-evidenzia-trattamenti-obiettivamente-ingiusti/>

Dunque una definizione normativa dei casi di colpa grave per l’esercizio del potere amministrativo in sede civile ed in sede erariale potrebbe aiutare a tutelare maggiormente il funzionario. Si tratterebbe di elenco analogo a quella della responsabilità dei magistrati, da adeguare concettualmente alle peculiarità della funzione amministrativa (come già succede, per esempio, per i casi di astensione ex art. 51 c.p.c.).

Anche tale possibile tutela non elimina i rischi professionali del funzionario ma potrebbe contribuire a dare una maggiore garanzia per ridurre il fenomeno dell’amministrazione difensiva qui in esame.

7.3 - la difficoltà di riformare il reato di abuso

Non è facile riformare , come si prospetta in questi giorni ma senza concrete ipotesi, il reato di abuso d’ufficio perché tale fattispecie penale è stato già sottoposta a riforma (art. 1 legge n. 234/1997) rimanendo comunque sempre inalterata l’incertezza dei suoi confini. Nel tempo attuale peraltro il vento giustizialista su cui alcune formazioni politiche fondano tutte le loro scelte difficilmente porterebbe a sintesi apprezzabile.

Alcuni sostengono che il reato non dovrebbe essere perseguito quando comunque **l’abuso è fatto per realizzare il pubblico interesse**. Ciò però pone l’eterna questione secondo cui un fine lecito non può essere realizzato con mezzi illeciti. Nel nostro ordinamento in alcun caso “il fine giustifica i mezzi”.

7.4 - Non depenalizzare il reato di abuso

Una scelta da non fare è la depenalizzazione del reato. Non è infatti accettabile che il funzionario abusi della propria potestà amministrativa a danno o a favore di alcuno né è concepibile che il funzionario sia disinvolto nell'uso del potere. **Essendoci la violazione dolosa del principio costituzionale di imparzialità la sanzione penale rimane con ogni probabilità quella più adeguata.** Inoltre la riduzione da illecito penale ad illecito amministrativo o disciplinare non convince perché ci sono casi di grande abuso (es.: mobbing, appalti milionari, abusi che incidono su territorio, ambiente, impresa, lavoro, appalti, ecc.) che possono avere **conseguenze più gravi perfino dei reati corruttivi**, eventualmente sotto il profilo delle dimensioni del danno arrecato agli interessi di singoli o di intere comunità.

Sono dunque infondate al riguardo le rivendicazioni di “**scudi penali**” o di altro genere per qualsiasi professionista o funzionario pubblico non solo perché si potrebbe arrivare ad atteggiamenti eccessivamente disinvolti nell'esercizio della potestà amministrativa, ma anche perché ci sarebbe un **netto contrasto con l'art 28 della Costituzione che non ammette sconsiderati esoneri dalla responsabilità per chi esercita pubblici poteri.**

7.5 - Procedimenti rapidi per i giudizi sui reati contro la P.A.

La rapidità delle inchieste e la loro conclusione in tempi brevissimi potrebbero contribuire a sollevare le preoccupazioni dei funzionari diligenti che pur essendo certi del loro legittimo operato sono scoraggiati dalla grande probabilità che una pendenza giudiziaria di lungo periodo **crea danni anche se l'esito si pronostica favorevole.** Per i reati contro la Pubblica Amministrazione in cui l'abuso d'ufficio è fra i più contestati (e con le percentuali di cui si è detto) si dovrebbero creare percorsi speciali per ottenere esiti rapidissimi.

La rapidità dei tempi, come è noto fa bene sia alla Giustizia che all'Amministrazione oltre che, naturalmente, all'intera Società.

7.6 - Migliorare l'organizzazione pubblica e la professionalità dei funzionari

Infine si tratta di favorire nuove condizioni in cui si deve esercitare l'attività amministrativa. Possono indicarsi, tra le altre, le seguenti:

a) implementare al massimo **la formazione dei funzionari** da tempo eccessivamente trascurata non solo per carenza di fondi ma per mancata consapevolezza da parte degli enti dei danni che può provocare l'inadeguata preparazione di chi deve gestire situazioni complesse. Beninteso la **formazione va orientata** tenendo presente l'evoluzione del diritto amministrativo che privilegia la trasparenza, che contrasta gli

abusi e la corruzione, che non si accontenta della mera legittimità formale degli atti ma richiede efficienza e risultato. L'evoluzione del diritto richiede grandi capacità professionali nei dialoghi tecnici ed in ogni altra relazione con gli interlocutori della pubblica amministrazione.

b) **adeguare gli organici** anch'essi da tempo bloccati con conseguenti carichi di lavoro eccessivi che incidono negativamente sulla completezza delle istruttorie e sulla qualità dei provvedimenti amministrativi. Le fattispecie amministrative complesse sono sempre più frequenti ed aumentano le dimensioni degli interessi in gioco da trattare con capacità e correttezza. Solo una organizzazione amministrativa adeguata può garantire un'attività amministrativa all'altezza delle nuove complessità.

c) non rinnovare incarichi svolti in modo insufficiente e, quando possibile, **rimuovere gli incapaci , i superficiali, i disimpegnati. Sostenere invece i volenterosi, i competenti, ed anche i più leali verso i doveri costituzionali di pubblico funzionario.** Vanno allo scopo previste periodiche selezioni interne al fine di consentire progressioni di carriera che motivino i dipendenti al miglioramento della loro posizione giuridica ed economica.

8 - Conclusioni

La burocrazia difensiva è un fenomeno diffuso e dannoso da contrastare ma lo si deve fare con azioni davvero efficaci a favore dei funzionari diligenti e leali che compiono il loro dovere. Questi vanno incoraggiati e non scoraggiati dal sistema giudiziario (penale ed erariale) senza franchigie ingiustificate o riforme sbagliate che creano più danni di quelli che si propongono di evitare.

Ernesto Mancini

Verona – Palmi (RC) , 16 giugno 2020