**Semplificazione normativa e PNRR, riflessioni sullo stato dell’arte[[1]](#footnote-2)**

Non credo possano residuare dubbi nell’individuazione di quali siano state, tra le disposizioni recenti, quelle che maggiormente possono incidere su un cambio di paradigma dell’incedere della P.A. in ambito di contratti pubblici, e non solo. Si tratta, peraltro, di norme poco richiamate e, sovente, neglette, nonostante possano risultare decisive per un nuovo modo di percepire il proprio ruolo, da parte dei pubblici funzionari, e conseguente per rendere più dinamico ed efficace *l’agere* delle amministrazioni.

Il legislatore ha dato modo – in questo caso – di essere, oggettivamente, lungimirante e lucido.

Mi riferisco agli articoli 21 e 23 del c.d. Decreto Semplificazioni e, quindi, della legge n. 120/2020.

L’art. 23, che ha riformato il delitto di abuso d’ufficio, recita, in due righe: “*All’*[*articolo 323, primo comma, del codice penale*](https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/codicepenale.htm#323)*, le parole «di norme di legge o di regolamento,» sono sostituite dalle seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»*”. Ergo l’art. 323 del codice penale è diventato, nella prima parte, il seguente: “*Salvo che il fatto non costituisca un più grave*[*reato*](https://www.brocardi.it/dizionario/4329.html)*, il*[*pubblico ufficiale*](https://www.brocardi.it/dizionario/3153.html)*o l'*[*incaricato di pubblico servizio*](https://www.brocardi.it/dizionario/4853.html)*che, nello svolgimento delle funzioni o del*[*servizio*](https://www.brocardi.it/dizionario/4854.html)*, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità … procura a sé o ad altri un ingiusto*[*vantaggio patrimoniale*](https://www.brocardi.it/dizionario/4741.html)*ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la*[*reclusione*](https://www.brocardi.it/dizionario/4311.html)*da uno a quattro anni*”.

Il legislatore con il Decreto Semplificazioni mi ha riportato alla mente il cantico di Isaia nel Vecchio Testamento: “*Il Signore mi ha mandato a liberare i prigionieri a donare la vista ai ciechi a predicare un anno di grazia*”[[2]](#footnote-3).

Chi sono i prigionieri? Chi i ciechi? Sono i pubblici funzionari e i dirigenti cui viene (ri)attribuita, in modo verginale, l’insindacabilità penale dell’attività discrezionale. Ed, evidentemente, si controverete su un aspetto tutt’altro che banale, con ricadute rilevantissime.

È notorio l’elevato numero di procedimenti aperti (in verità con poche conseguenti condanne) nei confronti di pubblici dipendenti e amministratori[[3]](#footnote-4).

Qual è stata la ragione della predetta intuizione, del conseguente sforzo normativo e il senso di questo conseguente traguardo, lo evidenzia, in maniera quanto mai diretta e palmare, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 8/2022 che è stata subito chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale della cita modifica dell’art. 323 cod. pen.: “*Per opinione ampiamente diffusa, deve individuarsi, infatti, proprio in tale stato di cose una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come “burocrazia difensiva” (o “amministrazione difensiva”). I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall’assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell’interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta “paura della firma”) … Benché l’esigenza di contrastare la “burocrazia difensiva” e suoi guasti, agendo sulle cause del fenomeno, fosse già da tempo avvertita, la scelta di porre mano all’intervento è maturata solo a seguito dell’emergenza pandemica da COVID-19, nell’ambito di un eterogeneo provvedimento d’urgenza volto a dare nuovo slancio all’economia nazionale, messa a dura prova dalla prolungata chiusura delle attività produttive disposta nella prima fase acuta dell’emergenza … La modifica consiste, in specie, nella sostituzione della locuzione «di norme di legge o di regolamento» con l’altra «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». In negativo, dunque, la recente novella estromette il riferimento ai regolamenti; in positivo, richiede che la violazione abbia ad oggetto regole specifiche previste in modo espresso da fonti primarie e che non lascino al funzionario pubblico spazi di discrezionalità … Ciò premesso, deve osservarsi come l’intervento normativo oggi in discussione rifletta due convinzioni, per quanto si è visto, entrambe diffuse: a) che il “rischio penale” e, in specie, quello legato alla scarsa puntualità e alla potenziale eccessiva ampiezza dei confini applicativi dell’abuso d’ufficio, rappresenti uno dei motori della “burocrazia difensiva”; b) che quest’ultima costituisca a propria volta un freno e un fattore di inefficienza dell’attività della pubblica amministrazione. È ben vero che l’esigenza di contrastare tali fenomeni, incidendo sulle relative cause – e, in particolare, per quel che qui rileva, ridefinendo la portata del precetto dell’art. 323 cod. pen. –, non nasce con l’emergenza epidemiologica, ma si connette all’epifania, ben anteriore, degli indirizzi giurisprudenziali che hanno dilatato la sfera applicativa dell’incriminazione, attraendovi, tanto la violazione dell’art. 97 Cost., quanto lo sviamento di potere. Ma, se la necessità della riforma trae origine da quegli indirizzi, è però l’esigenza di far “ripartire” celermente il Paese*”.

Il senso vero, tangibile, della riforma e la sua *ratio* sono racchiusi in quest’ultima allocuzione: “*la necessità della riforma … è però l’esigenza di far “ripartire” celermente il Paese*”.

Cosa significa in concreto? Che la discrezionalità, ritornata a essere insindacabile, deve necessariamente essere utilizzata (*rectius* esercitata) e che - se non sussiste una disciplina normativa che regolamenta la materia e/o ogni singolo ganglo del procedimento - la P.A. deve, comunque, agire e decidere all’interno di quello che è, come è sempre stato, il terreno del rapporto/scontro tra interessi differenti dandone atto attraverso adeguata motivazione.

Sembra di essere tornati all’abc del diritto amministrativo, ci si trova dinnanzi a una palingenesi.

Che la liberazione nell’uso del *proprium* dell’attività amministrativa (la discrezionalità appunto) rappresenti la finalità dell’art. 23 della legge n. 120/2020, appare evidente anche in virtù di quanto – solo 3 mesi fa – ha chiarito la Corte di Cassazione[[4]](#footnote-5).

Questa, quindi, è la prima rilevante modifica e semplificazione che consente, efficacemente, di liberare tutte le energie positive della P.A., togliendo ogni alibi ai pubblici funzionari attraverso un’iniezione concreta di fiducia e lo smarcamento da ingiustificate paure.

La seconda rilevante innovazione non è da meno della prima (e alla stessa si riannoda per le ragioni che verranno *infra* meglio esplicate) e si trova all’art. 21 del medesimo dato normativo, la legge semplificazioni, che, al comma 2, recita: “*Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l’azione di responsabilità di cui all’articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*”.

Non basta.

Al comma 1 è stato molto opportunamente (onde evitare interpretazioni evolutive) precisato: “*All’*[*articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20*](https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/1994_0020.htm)*, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso.»*”.

Anche in ambito di giustizia contabile si è avuto modo, nel corso del tempo, di perdere per istrada quell’ottimismo cui fece cenno la Corte Costituzionale, alla fine degli anni 90, in relazione a una corretta applicazione della responsabilità erariale da parte delle competenti corti[[5]](#footnote-6).

Di rilievo pregnante appare, inoltre, il mantenimento integrale dei presupposti per la responsabilità erariale, nei casi di comportamenti omissivi della P.A. (ipotesi che è sempre restata storicamente sullo sfondo e con applicazioni pratiche alquanto limitate), qualora il funzionario pubblico mantenga una posizione attendista se non inerte e omissiva - spesso comodamente adagiata su una futura decisione del giudicante - per non decidere.

Oggi il predetto paradigma viene rovesciato dal legislatore che individua, quale comportamento negativo e da sanzionare, primariamente, proprio l’atteggiamento omissivo in quanto, per richiamare, le parole della Corte Costituzionale viene visto come freno per “*far “ripartire” celermente il Paese*”.

Le “cose”, pertanto, sono effettivamente cambiate. Oggi per la P.A. l’inerzia e l’omissione rappresentano il male assoluto. I pubblici funzionari non potranno (si pensi, ad esempio, a una proposta transattiva avanzata e rifiutata, cui segua una conseguente decisione giurisdizionale sfavorevole) nascondersi dietro una futura, risolutiva e costantemente (quanto troppo comodamente) attesa decisione giudiziale.

Questa differente graduazione della colpevolezza è quanto mai opportuna e contiene un rilevante senso didattico teso a premiare l’amministrazione che agisce e che prova, quantomeno, a risolvere (anche, eventualmente, sopportando il rischio di sbagliare) piuttosto che quella inerte, omissiva e passiva *ex se* ontologicamente riprovevole.

Il senso profondo di un cambiamento, teso a dare evidenza e a sanzionare i comportamenti omissivi e a sviluppare la dinamica e l’effettività procedimentale, si avverte, in maniera corposa, anche tramite la modifica dell’art. 2 della legge 241/1990 da parte della legge n. 108/2021 che ha visto l’inserimento dei commi 9 bis, ter, quater e quinquies e che ha “creato” il potere sostitutivo all’interno della P.A. (anche attraverso la nomina in via amministrativa di un commissario *ad acta*)in caso di inerzia con la conseguente necessaria applicazione del potere disciplinare[[6]](#footnote-7).

In disparte, pertanto, l’aggravamento della situazione di chi, oggi, non agisce e resta inerte, può agilmente rilevarsi come la liberazione del funzionario e del dirigente pubblico sia, quindi, duplice – anche se, al momento, limitata nel tempo da una clessidra che terminerà il proprio corso, quanto meno in ambito di responsabilità erariale, il 30 giugno 2023.

 Da un lato viene ridonata la possibilità di esercitare appieno la discrezionalità amministrativa e (in maniera, forse, ancor maggiore) quella tecnica, senza paura di dover rendere conto e, quindi, di risponderne nanti il Giudice penale. In quanto il legislatore ha consentito di sottoporre a incriminazione solo ed esclusivamente gli ambiti vincolati da disposizioni di legge e avulsi da qualunque spazio di discrezionalità; quindi il legislatore ha, pure, eliminato la colpa grave, in sede commissiva, quale elemento di responsabilità nanti il Giudice dell’erario. Limitando l’antigiuridicità della condotta non solo ai comportamenti esclusivamente dolosi ma, pure, per i quali dovrà essere data (giusto il comma 1 dell’art. 21 della legge 120/2020) “*la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso*”.

La dirompenza o la flagranza di tali elementi di innovazione e semplificazione, a chi scrive, paiono evidenti, ma non è dato comprendere perché, all’interno delle amministrazioni, se ne parli poco, non si suonino le campane a festa, né si intonino inni per queste rilevantissime modifiche ordinamentali. Ve ne sarebbe, infatti, il tanto.

Quando si è trattato di innovazioni normative limitative, quanto incidenti negativamente sui poteri e le attribuzioni (relative, ad esempio, ad ambiti propri dell’anti corruzione o della trasparenza) vi è stato un conseguente florilegio di corsi, con frenesia di aggiornamento e modifiche di regolamenti e codicilli, esplosione di forum e analisi quotidiane tra dirigenti, segretari comunali e responsabili di settore. Nel caso in esame, invece, si assiste a un “silenzio” surreale.

Non credo possa apparire eccessivo parlare di “moralismo amministrativo” in queste ipotesi ove la regola, la forma, vale più della sostanza.

Non conta, insomma, il senso profondo della *ratio* della norma e neppure la finalità liberante della disposizione, conta solo il legalismo e il voler far prevalere la legittimità sul merito amministrativo (come attenta dottrina ha avuto modo acutamente di rilevare[[7]](#footnote-8)).

La discrezionalità non piace e non è gradita agli uffici, questa è, insomma, la verità.

Tutto ciò che regola, dettaglia, dispone e crea sovrastrutture burocratiche dona sicurezza; la libera scelta oggi, finalmente, disponibile (che ridona il potere creativo alla P.A.) fa, invece, sentire persi e destrutturati. Purtroppo questo è il frutto avvelenato di anni di logiche, normativo-interpretative, che hanno spinto alacremente verso massimi ribassi, sistemi vincolati, bandi tipo, rigide formalità e linee guida su ogni ambito dell’esistente (oltre che continui sequestri di documenti e spiacevoli anticamere nelle stanze delle procure della repubblica) che hanno lasciato cicatrici profonde.

Non può non toccarsi con mano – non mi riferisco solo a piccoli enti – come tali rilevantissime e recenti modifiche e semplificazioni siano state meditate e adeguatamente declinate, ad oggi, solo da pochi funzionari pubblici. La maggioranza fa fatica a modificare il proprio *habitus* amministrativo e comportamentale.

La risposta più scontata a tale indubbia discrasia, ma verosimilmente anche quella più realistica, la si trova nel fatto che la P.A. ama ciò che mette limiti e che procedimentalizza e soffre l’uso della discrezionalità che, è evidente, proprio non gradisce. La codificazione e l’iper produzione normativa rappresentano, allo stesso tempo, non solo la causa della messa all’angolo della discrezionalità ma pure l’effetto. Nel senso che, da un lato, si è ritenuto, sbagliando, che i mali dell’amministrazione (vista per un lungo periodo storico, non ancora concluso, come terminale di traffici e corruzione) potessero essere risolti con l’iper regolamentazione normativa ma anche, d’altro canto, si è utilizzata la normazione per liberare dalla paura della scelta discrezionale la burocrazia.

Vi è stato – lo si può affermare senza tema di essere smentiti – un tentativo deciso e inconfessato di assassinare l’eccesso di potere e fare del giudizio amministrativo un giudizio di mera e stretta legittimità confinato, per quanto possibile, alla mera violazione di legge.

Disegno perverso e pernicioso.

La discrezionalità è, infatti, al suo livello più basso storicamente e culturalmente. La motivazione, come la mia generazione (l’ultima cresciuta con i testi di Massimo Severo Giannini, Aldo Sandulli e Mario Nigro) l’ha conosciuta, non esiste più, è stata soppiantata da formule algoritmiche, griglie e confronti a coppie[[8]](#footnote-9).

La PA non motiva più ma dà i voti, come ai *talent*, con le palette.

Nell’ambito dei contratti pubblici, in molti e rilevanti casi, però, la limitazione della discrezionalità è intimamente dannosa per il migliore perseguimento del pubblico interesse.

La scelta, la valutazione e l’analisi di un’offerta o di un bene non possono essere declinate e regolamentate sino al dettaglio, ma devono poter conseguire a una scelta di più ampio respiro, motivata e ragionevole da parte della stazione appaltante.

Conseguentemente alle avvenute modifiche, quelle *hic et nunc* intendo, appare evidente che il controaltare di questa libertà ridonata alla P.A. dovrà essere (eliminato il “pericolo” rappresentato dal Giudice penale e da quello contabile) individuato nel Giudice amministrativo (che ha un approccio molto, a volte troppo, più generoso e “comprensivo”, quasi materno, verso la P.A., rispetto a quello riservatole dalle altre giurisdizioni[[9]](#footnote-10)) e nella sua, si auspica, sempre più sapiente capacità di incidere in profondità attraverso, soprattutto, un sindacato che sia, realmente e pienamente, intrinseco nei confronti delle scelte connotate da eccesso di potere. Sindacato che oggi, in effetti, viene più declamato nelle sentenze che effettivamente esercitato.

Sono, personalmente, persuaso che sé questa capacità di discernimento sulle scelte amministrative fosse stata esercitata, negli anni pregressi, da parte del Giudice amministrativo, in maniera integrale e compiuta, verosimilmente, non avremmo avuto un’invasione di campo, così netta, da parte della giurisdizione penale che ha occupato uno spazio di tutela lasciato, sovente, libero da parte della giustizia amministrativa. In diversi casi si è sviluppata nel privato la consapevolezza che agire in sede di giurisdizione amministrativa fosse/sia inutile. Il crollo, nel corso degli anni, del contenzioso ne offre plastica testimonianza.

Non credo che ciò giovi al prestigio del Giudice amministrativo e, men che meno, in senso onnicomprensivo, al Paese.

Anche questo è un aspetto che deve portare a una differente prospettiva i TT.AA.RR. e il Consiglio di Stato. Alla discrezionalità ridonata non potrà non conseguire una profonda riflessione, un mutamento, nella giustizia amministrativa.

Se, quindi, attraverso le richiamate modifiche si è aperto un cambio di paradigma che ridà respiro e dignità alla discrezionalità, il legislatore avrebbe dovuto proseguire lungo questa strada virtuosa, ma è rimasto, al momento, a “metà del ponte” in quanto la normazione in tema di PNRR, dopo la legislazione sulla semplificazione, avrebbe dovuto procedere in modo coerente (quale migliore occasione?) e invece vuoi il *refrain* sulla corruzione, quanto il continuo richiamo sui rischi che i fondi possano essere intercettati da mafie o criminalità organizzata hanno, probabilmente, determinato una frenata da parte del legislatore che non ha proseguito, doverosamente e con determinazione, sulla strada intrapresa.

La legge 108/2021 relativa alla “*Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”*, quantomeno in ambito di contratti pubblici, non ha lasciato alcun segno rilevante. Ci sono state interessanti novità in ambito ambientale e paesaggistico ma, tranne alcune semplificazioni in materia di opere pubbliche di particolare complessità (art. 44), il legislatore si è preoccupato più del politicamente corretto con il richiamo al rispetto delle pari opportunità e inclusione lavorativa nei bandi per appalti pubblici (art. 47[[10]](#footnote-11)) riferiti al PNRR (peraltro, motivatamente derogabili) o con la possibilità di prevedere, improbabili quanto difficilmente declinabili, misure premiali “*che possono prevedere l’assegnazione di un punteggio aggiuntivo all’offerente o al candidato che non sia risultato destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori o che utilizzino si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, vita e di lavoro per i propri dipendenti*”.

In disparte la difficoltà di specificare in concreto tali requisiti di carattere premiale, appare evidente come tali elementi, oggettivamente, non saranno di alcuna utilità per le stazioni appaltanti nel restituire lavori, servizi o forniture di migliore pregio, quindi sarà molto difficile che si applichi questo genere di misure premiali che, pur avendo un indubbio carattere etico, non miglioreranno la qualità dell’offerta. Personalmente, pertanto, vedo un futuro di sostanziale disapplicazione di tali disposizioni. Il legislatore avrebbe potuto trattarle, più opportunamente, quali requisiti di partecipazione, qualora avesse ritenuto, realmente, di valorizzare le predette istanze.

Il freno del legislatore e la sua mancata capacità di “affondo” lo si coglie, tutto, nell’art. 48 comma 3: “*Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea*”.

La grave urgenza di procedere speditamente – ai fini del più proficuo, celere e funzionale raggiungimento di *targets* e *milestones* di cui al PNRR - avrebbe dovuto sviluppare quella fiducia (per quanto, se si vuole, anche necessitata dalla situazione contingente) nella P.A. attraverso la possibilità, non residuale ma ordinaria, di procedere mediante strumenti dinamici come la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara. Il rischio della compromissione degli obbiettivi e il mancato rispetto dei tempi di attuazione è, infatti, immanente e *in re ipsa* dal momento che “*l’estrema urgenza*” è qui e ora!

 Cagliari 17 giugno 2022

 Mauro Barberio

 Avvocato

Pubblicato il 22 giugno 2022

1. Relazione tenuta nella tavola rotonda organizzata dall’Università degli Studi di Cagliari “*Il Codice dei Contratti Pubblici tra principi europei, esigenze di semplificazione e PNRR - Lo stato dell’arte e le sfide ancora aperte*” in occasione della presentazione del manuale “Codice dei Contratti Pubblici Commentato” Ed. Giuffrè 2022, diretto dal Presidente della V Sezione del Consiglio di Stato Francesco Caringella. [↑](#footnote-ref-2)
2. Is 61, 1. [↑](#footnote-ref-3)
3. Secondo i dati Istat e del Ministero della Giustizia (riportati, tra le altre fonti di stampa, in Semplificare l’abuso d’ufficio, “*Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm*”. Parla Manes, www.ilfoglio.it, 15.7.2020; Burocrazia difensiva, molte cause e poche condanne ma l’abuso d’ufficio frena la PA, www.ilsole24ore.com, 15.7.2020) nel 2016 e nel 2017, i procedimenti aperti per abuso d’ufficio furono poco meno di 7.000, mentre furono circa 50 le condanne definitive, per ciascun anno. Nel 2018, dei 7.133 procedimenti definiti dagli uffici Gip e Gup, 6.142 risultano essere stati archiviati, di cui 373 per prescrizione. [↑](#footnote-ref-4)
4. Con la sentenza n. 13136, sez. VI, del 2022, relativa alla nuova fattispecie del delitto di abuso di ufficio, ha avuto modo di far rilevare: “*Come noto, le novità introdotte dalla riforma sono tre. Fermi restando l'immutato riferimento all'elemento psicologico del dolo intenzionale e l'immodificato richiamo alla fattispecie dell'abuso di ufficio per violazione, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (ipotesi di reato che non è variata nei suoi elementi costitutivi), il delitto di abuso di ufficio per violazione di legge, in conseguenza delle indicate modifiche introdotte nell'art. 323 c.p., è ora configurabile solamente nei casi in cui la violazione da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto "specifiche regole di condotta" e non anche regole di carattere generale; solo se tali specifiche regole sono dettate "da norme di legge o da atti aventi forza di legge", dunque non anche quelle fissate da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte subprimaria; e, in ogni caso, a condizione che le regole siano formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente, restando perciò esclusa l'applicabilità della norma incriminatrice laddove quelle regole di condotta rispondano in concreto, anche in misura marginale, all'esercizio di un potere discrezionale (in questo senso, tra le altre, Sez. 6, n. 8057 del 28 gennaio 2021, Asole, Rv. 280965; Sez. 6, n. 442 del 9 dicembre 2020, dep. 2021, Garau, Rv. 280296) … Il tenore letterale della nuova norma incriminatrice e il significato che alla stessa va attribuito alla luce dei lavori parlamentari, idonei a illustrare quale sia stata la reale voluntas legis, consentono di affermare che con la riforma in argomento si sia voluto escludere la possibilità di ritenere integrato il reato de quo sulla base della sola accertata violazione dell'art. 97 Cost. … D'altro canto, lo sviamento del potere, vale a dire l'esercizio della funzione pubblica orientato alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, finisce per diventare ininfluente - ai fini della configurabilità di una responsabilità penale ai sensi del "nuovo" art. 323 c.p. - laddove quel potere risulti caratterizzato dalla presenza di margini di discrezionalità, perché normativamente previsto come non vincolato. Carattere discrezionale del potere che esclude, come si è visto, la possibilità di ritenere integrati gli estremi del reato per violazione di specifiche regole di condotta e che, in questa ottica, rende irrilevante la circostanza - richiamata dal Procuratore generale nel corso della discussione nell'odierna udienza - che quel potere si fosse concretizzato nell'adozione di un provvedimento amministrativo recante una motivazione incompleta ovvero insufficiente, dunque in violazione del generico obbligo di motivazione che deve qualificare tutti gli atti amministrativi che incidono sulla sfera giuridica dei relativi destinatari*”. [↑](#footnote-ref-5)
5. Corte Costituzionale n. 371/1998: “*La Corte è, invece, dell'avviso che i termini in cui le richiamate decisioni enunciano il principio relativo alla discrezionalità di cui gode il legislatore, nella conformazione delle fattispecie di responsabilità, riflettano la singolarità dei casi di volta in volta esaminati, ma non consentano di accreditare una lettura riduttiva del principio stesso, nel senso che allo stesso legislatore sia preclusa la facoltà di valutare anche l'ampiezza dell'esigenza cui si ritiene di far fronte … Quali siano le finalità ispiratrici della contestata norma è dato desumere, del resto, dagli stessi lavori parlamentari, che evidenziano l'intento di 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. Nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, la disposizione risponde, perciò, alla 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. E ciò secondo valutazioni che, ovviamente, non spetta alla Corte sindacare dal punto di vista della convenienza ed opportunità, restando, perciò, fuori dal presente giudizio ogni apprezzamento al quale, sotto il profilo da ultimo accennato, potrebbe, in ipotesi, prestarsi l'avvenuta generalizzazione del criterio della colpa grave*”. [↑](#footnote-ref-6)
6. Art. 2 legge 241/1990: “… *9-bis. L' organo di governo individua un soggetto nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione o una unità organizzativa cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell’amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l’indicazione del soggetto o dell’unità organizzativa a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l’interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell’avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria.*

*9-ter. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l’unità organizzativa di cui al comma 9-bis, d’ufficio o su richiesta dell’interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine 28 maggio 2021 61 pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.*

*9-quater. Il responsabile individuato ai sensi del comma 9-bis, entro il 30 gennaio di ogni anno, comunica all'organo di governo, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsti dalla legge o dai regolamenti. Le Amministrazioni provvedono all'attuazione del presente comma, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.*

*9-quinquies. Nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte è espressamente indicato il termine previsto dalla legge o dai regolamenti di cui all'articolo 2 e quello effettivamente impiegato*”. [↑](#footnote-ref-7)
7. F. Cintioli, Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice in https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/cintioli-risultato-amministrativo-discrezionalit-c3-a0-e-pnrr-una-proposta-per-il-giudice [↑](#footnote-ref-8)
8. C’è chi ha parlato, a tal proposito, di “legalità algoritmica” cfr. Giovanna Marchianò – La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa in «Il diritto dell’economia», anno 66, n. 103 (3 2020), pp. 229-258. [↑](#footnote-ref-9)
9. Si potrebbero portare molteplici casi a sostegno di quanto affermato, ma uno di quelli paradigmatici è rappresentato dallo sfavore che le sentenze riservano costantemente al risarcimento dei danni nei confronti della P.A.. [↑](#footnote-ref-10)
10. Art. 47 legge 108/2021: “*1. Per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere e per promuovere l’inclusione lavorativa delle persone disabili, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC, si applicano le disposizioni seguenti. 2. Gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell’articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, producono, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell’offerta, copia dell’ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del secondo comma del citato articolo 46, ovvero, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità. 3. Gli operatori economici, diversi da quelli indicati nel comma 2 e che occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, sono tenuti a consegnare alla stazione appaltante una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell’intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, la retribuzione effettivamente corrisposta. La relazione di cui al primo periodo è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità*”. [↑](#footnote-ref-11)