

Maurizio Cafagno

La stima di perdite e vantaggi occorrente all'accertamento del danno erariale tra atto ed attività.

“Al fine di evitare il rischio di incorrere in responsabilità [...] non vi è sempre e solo la via di una maggiore diligenza nella decisione; spesso vi è anche la via di scegliere, nel dubbio, quella decisione che, pur quando possa essere [...] socialmente dannosa, sia meno idonea a cagionare quel tipo di danno che solo può dar luogo ad un'azione di responsabilità“ (1).

SOMMARIO: 1. IL CASO. - 2. IL DANNO AL CROCEVIA TRA PERDITE E VANTAGGI. - 3. UN PROBLEMA DI DESCRIZIONE. - 4. GARE FLESSIBILI E PARTENARIATI COMPLESSI: RILIEVI SOSTANZIALI. - 5. GARE FLESSIBILI E PARTENARIATI COMPLESSI: RISCONTRI DI DIRITTO POSITIVO. - 6. RAGIONANDO PER ASSURDO.

1. Il caso.

Lo scritto trae spunto da una recente pronuncia della Corte dei Conti (2).

La pronuncia ha condannato in primo grado l'allora Sindaco della città di Genova e alcuni amministratori, per asserite irregolarità nella conduzione di un difficile intervento di privatizzazione dell'azienda di trasporto municipale.

(1) Passo tratto da P. TRIMARCHI, *La responsabilità del giudice*, in *Quadrimestre*, 1985, 367.

(2) Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regionale Liguria, 14 giugno 2011, n. 153.

Data la complessità della vicenda, uno scrupolo di chiarezza suggerisce di anteporre all'analisi critica della sentenza un resoconto essenziale degli accadimenti (3).

Agli inizi dello scorso decennio la società pubblica addetta all'erogazione del servizio di trasporto in Genova, nata nel 1999 dalla trasformazione della preesistente azienda municipalizzata, versava in condizioni critiche, con decine di milioni di euro di perdite annue.

All'interno di un quadro legislativo che al contempo prescriveva l'apertura del trasporto locale alla concorrenza e premeva affinché la gestione delle reti e delle dotazioni impiantistiche fosse disgiunta dall'erogazione del servizio (4), l'amministrazione comunale genovese decise di intraprendere un ambizioso tentativo di risanamento, incentrato su una parziale privatizzazione (5).

Più precisamente, il Comune di Genova, previo accordo di programma con la Regione Liguria, stabilì di scindere l'impresa pubblica esistente in due società, AMT ed AMI, quindi di ripartire ambiti operativi e dotazioni aziendali tra le due società figlie, intestando la gestione del servizio di trasporto ad AMT e, infine, di

(3) Sono agevolato in questo compito dall'aver assunto la difesa di uno degli amministratori della società privatizzata, convenuti in giudizio. E' necessario precisare subito, onde sgomberare il campo da equivoci, che la posizione dell'assistito, pienamente assolto con decisione ormai definitiva, è del tutto estranea all'oggetto del contenzioso pendente e della presente riflessione, non essendo egli mai stato neppure accusato dei comportamenti colpiti dalla condanna, per non avervi di fatto preso parte, in seno agli organi societari. Il commento riguarderà dunque profili teorici che non presentano alcuna inopportuna intersezione col patrocinio prestato in corso di causa.

(4) Cfr. D.Lgs. n. 422/1997, in abbinamento con l'allora vigente art. 113 del D. Lgs. n. 267/2000, la L.R. n. 17/2003, la L.R. n. 31/1998, di relativa modifica ed integrazione.

(5) Gli atti e le delibere che hanno scandito lo sviluppo e la fisionomia dell'intervento sono offerte alla libera consultazione del pubblico dal sito internet del Comune di Genova, all'indirizzo <http://www.comune.genova.it>; per una visione analitica della struttura dell'operazione progettata si veda, in particolare, la delibera di indirizzo del Consiglio Comunale n. 122 del 2004.

mettere sul mercato, tramite gara, una quota (compresa tra il 40 ed il 49%) del capitale di quest'ultima.

Poco dopo la scissione, perciò, il capitale di AMI sarebbe rimasto in mano pubblica, mentre AMT sarebbe stata parzialmente privatizzata (6).

La gara per la cessione azionaria avrebbe dovuto selezionare un partner privato incaricato di gestire e non soltanto di finanziare, capace di trasfondere modelli operativi efficienti tanto nel sistema della *governance* societaria, quanto nei rapporti con l'ente pubblico.

Il Comune ha dunque avviato un articolato procedimento che, senza indugiare nei dettagli, si presta ora ad una rapida schematizzazione:

a) considerate la rilevanza economica e la difficoltà dell'intervento, l'ente locale ha innanzi tutto ritenuto necessario procurarsi, mediante apposita procedura concorsuale, l'assistenza di un Advisor e di professionisti, che soccorressero gli uffici tecnici comunali.

b) con l'aiuto degli esperti così selezionati l'amministrazione ha quindi ideato e avviato una procedura competitiva flessibile, propedeutica alla scelta del socio privato di AMT.

Nelle varie fasi del confronto concorrenziale, ispirato allo schema del dialogo competitivo, i candidati sarebbero stati invitati a formulare offerte aventi al contempo ad oggetto le condizioni

(6) Nelle intenzioni del Comune, lo scorporo non avrebbe dovuto dare origine ad una *bad company*, sulla falsariga della soluzione varie volte applicata, nell'esperienza nazionale (facile l'esemplificativo richiamo del caso Alitalia); infatti entrambe le società figlie sarebbero state indirizzate ad un processo di risanamento, scandito e dettagliato da un apposito programma industriale, con due velocità differenti, l'una pensata in funzione dell'obiettivo di un'immediata ed indilazionabile apertura al mercato - con la coscienza del fatto ovvio che il reperimento di un socio avrebbe presupposto un grado minimo di appetibilità, naturalmente frustrato dalla situazione in cui versava l'impresa madre - l'altra propedeutica ad un recupero più graduale.

d'acquisto della quota di capitale in corso di dismissione ed i canoni che AMT, una volta privatizzata, si sarebbe obbligata a versare ad AMI, in cambio delle prestazioni manutentive e degli altri servizi da quest'ultima resi.

I corrispettivi sarebbero stati parametrati agli impegni prefigurati da appositi schemi di pattuizioni *intercompany*, consegnati ai contendenti nel corso della gara.

c) all'esito del confronto, il miglior offerente avrebbe quindi assunto la qualità di socio, perfezionando il contratto di investimento;

d) sarebbe stato infine rielaborato e sottoscritto un nuovo contratto di servizio, regolante in dettaglio l'attività di trasporto pubblico.

Varie imprese hanno preso parte alla competizione, infine vinta da una cordata capeggiata da una compagnia francese, autrice di un'offerta parecchio superiore alle contendenti.

La società comunale è stata quindi privatizzata e il nuovo contratto di servizio infine siglato.

In questo quadro, la sentenza ha affermato che gli organi di vertice del Comune sono incorsi in un illecito per aver sottoscritto, dopo l'espletamento della gara per la scelta del socio, un atto denominato *closing memorandum* (7).

(7) E' opportuno rammentare che il c.d. *closing memorandum* è un documento abitualmente previsto dalla prassi commerciale che, nell'economia di complicate operazioni di acquisizione societaria, assolve l'essenziale compito di un conclusivo inventario e chiarimento degli impegni discussi e progressivamente consolidati, durante il laborioso processo di negoziazione.

In tema, in T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento di acquisizione di imprese*, Cedam, 2008, p. 234 ss.

La motivazione della pronuncia riferisce che, stando alle difese dei convenuti, il *closing memorandum* sarebbe stato nella fattispecie firmato (dopo il concorso per la selezione del partner ma prima, o per meglio dire in funzione della stipula del contratto di investimento e del susseguente contratto di servizio – quindi sottoposto al consiglio di amministrazione di AMI, con invito a riceverlo, proprio nella logica consentanea a quel tipo di documento riepilogativo, cioè non per apportare modifiche intempestive agli impegni dell'aggiudicataria ma, al contrario, per conclusivamente ordinare e confermare le anteriori pattuizioni, dissipando alcuni dubbi ed alcune controversie interpretative, insorte tra i legali delle parti, a causa di una discrepanza tra il testo dell'offerta vincitrice ed il testo

La Sezione genovese della Corte ha ritenuto che la firma di questo documento abbia dato adito ad un'indebita modificazione postuma delle condizioni contrattuali, a danno del Comune (8).

Il testo della pronuncia riferisce che gli amministratori convenuti, dopo aver speso vari argomenti ad illustrazione della correttezza del proprio operato, hanno comunque insistito sulla circostanza, a loro giudizio risolutiva, che, anche a voler prescindere dal tema della piena legittimità del perfezionamento del *closing*, la procedura esperita nell'ambizioso sforzo di salvare l'impresa di trasporto è infine approdata, contro ogni attendibile pronostico, ad un epilogo positivo, senza pregiudizio per il Comune ma, al contrario, con risparmi cospicui e misurabili, a favore dell'amministrazione e della collettività rappresentata.

La Corte ha però disatteso anche questa eccezione, argomentando che, in disparte la questione delle prove, gli asseriti benefici non avrebbero potuto comunque essere apprezzati, in punto di principio, come vantaggi "*specificatamente riconducibili alle contestate modifiche apportate con il closing memorandum*", ma come vantaggi tutt'al più "*ascrivibili all'operazione di semiprivatizzazione di A.M.T.*"(9).

Il seguito del commento intende soffermarsi su questo specifico passaggio, con alcune considerazioni critiche che, alla luce dei fatti narrati, orbitano attorno al nodo problematico della delimitazione dell'ambito eziologico rilevante, ai fini dell'accertamento del danno erariale.

delle bozze dei contratti *intercompany*. Cfr. par. 4.1. e ss. della parte motiva della sentenza.

(8) Parr. 5 e 7 in diritto.

(9) Così, testualmente, il paragrafo 10 della parte in diritto della motivazione della sentenza annotata.

2. Il danno al crocevia tra perdite e vantaggi.

L'operazione di assodare e di quantificare il danno erariale può risultare relativamente piana, al cospetto di azioni palesemente peggiorative della condizione in cui l'amministrazione versava, prima che fossero intraprese.

Meno immediato è stabilire se, e fino a che punto, le condotte imputate nel giudizio risarcitorio abbiano eroso margini di utilità che l'amministrazione avrebbe potuto conseguire se i funzionari avessero seguito un corso d'azione alternativo, esente da motivi di censura ⁽¹⁰⁾.

A complicare l'indagine sta il fatto che il comma 1 bis dell'art. 1 della legge 20/94, nella versione ora vigente, prescrive di tener conto degli effetti lesivi ma anche degli eventuali vantaggi che la condotta sotto accusa abbia comunque arrecato ⁽¹¹⁾.

(10) E' peraltro noto che il computo del lucro cessante deve far fronte di regola ad incognite supplementari, trattandosi di pregiudizio pur sempre identificabile, anche in sede civilistica, in forza di un calcolo di probabilità; per tutti, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, 1967, p. 177 ss.; in giurisprudenza, si veda ad esempio Cass. civ., sez. II, 3 settembre 1994, n. 7647, in *Giust. civ. Mass.* 1994, p. 1128; per una premessa di ordine generale sulle difficoltà con cui in particolare deve confrontarsi l'interprete nello sforzo di isolare e delimitare il danno erariale, E. SCHLITZER, *Il danno erariale: una nozione essenziale di non facile definizione*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., p. 177 ss.; ulteriori riferimenti bibliografici sulle categorie di pregiudizio riconducibili alla nozione di danno all'erario *infra*.

(11) Il comma, introdotto dall'art. 2, d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. in l. 20 dicembre 1996, n. 639, dispone che "nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata"; per un commento dottrinale, I. CACCIAVILLANI, *La compensatio lucri cum damno nella gestione contabile di fatto*, nota a Corte Conti reg. Veneto, 17/09/1999, n. 490, sez. Giurisdiz., in *Foro Amm.* 2000, 1, 257; L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro Amm.* 1997, 11-12, p. 3328 ss.; M. RISTUCCIA, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 15-17 Settembre 2005, Giuffrè, 2006, p. 18 ss.; P. SANTORO, *La responsabilità civile, penale ed*

Tra le molte incertezze interpretative che accompagnano lo sforzo di applicare la norma e perciò di fissare i parametri di riferimento e gli orizzonti valutativi consoni alla rilevazione di costi e benefici passibili di calcolo ⁽¹²⁾, si pone in particolare il problema di stabilire se il giudice, chiamato a vagliare la sussistenza di una responsabilità del funzionario pubblico per l'adozione di un atto amministrativo o per il compimento di una scelta la cui correttezza sia stata in ipotesi disconosciuta, debba limitarsi a misurare gli effetti positivi e negativi della singola decisione, isolatamente considerata, o se al contrario l'indagine propedeutica all'accertamento del danno erariale debba estendersi all'impatto dell'attività d'insieme, inclusiva del provvedimento messo sotto accusa.

Il distinguo, tra singolo atto ed operazione complessiva, può avere poca importanza pratica nel quadro di vicende scarse, nelle quali, ad esempio, il danno costituisca conseguenza immediata e lineare di estemporanei comportamenti materiali, contrari agli obblighi di servizio dell'agente pubblico.

Ma è facile intuire che il discrimine non è privo di peso quando si ragioni di interventi complessi, scanditi da una pluralità di atti giuridici tra loro legati da un disegno funzionalmente unitario, ove può accadere che scelte circoscritte, all'apparenza discutibili se prese una per una, si dimostrino ad altra scala utili e funzionali alla riuscita complessiva, nel reciproco coordinamento.

A rigor di logica, segregare gli effetti di un singolo frammento deliberativo - senza vagliare il disegno globale dell'azione, senza tener conto delle correlazioni esistenti tra i vari passaggi delle

amministrativa negli appalti pubblici, cit., p. 684 ss.; O. SEPE, *Danno e colpa nella giurisdizione contabile: innovazioni introdotte con la legge 20 dicembre 1996, n. 639*, commento a C. Conti Sez. riunite, 12 luglio 1996, in *Giur. It.*, 1997, 12; F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Giappichelli, 2008, p. 130 ss.

(12) V. nuovamente L. GIAMPAOLINO, ult. cit.

concatenate fasi procedurali, addirittura prescindendo da un giudizio sulle conseguenze d'insieme – potrebbe risolversi in opzione controvertibile quanto lo sarebbe, analogicamente, la pretesa di misurare i vantaggi o gli svantaggi di una singola clausola contrattuale estrapolandola dall'articolato complessivo e sorvolando sul risultato finale utile, conseguito proprio grazie alla connessione ed al bilanciamento delle varie condizioni, nel corso della negoziazione.

Considerato poi che in materia di responsabilità amministrativa è pacifico che l'illiceità della condotta di principio non si identifica e non si risolve nell'illegittimità dell'atto ⁽¹³⁾, occorre altresì capire quale trattamento vada riservato a scelte o provvedimenti amministrativi che in ipotesi siano effettivamente (e non solo apparentemente) sub-ottimali o viziati, e che tuttavia, perfezionati in qualche fase intermedia del percorso operativo imboccato, abbiano costituito preludio e presupposto di altre decisioni, nell'insieme concorrenti al raggiungimento di un traguardo finale

(13) Tra i molti lavori, C. CUDIA, *La responsabilità amministrativa tra (il)liceità del comportamento e (il)legittimità dell'atto: limiti alla giurisdizione della Corte dei conti e discrezionalità amministrativa* (nota a Cass. sez. un. 6 maggio 2003, n. 6851), in *Foro amm.*, 2003, p. 2888 e ss.; M. U. FRANCESE, *L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1987, p. 1674 ss.; sul tema più ampio della fisionomia del sindacato del giudice contabile, al cospetto di scelte discrezionali, P. SANTINELLO, *Ancora sulle consulenze esterne negli enti locali e sulla sindacabilità del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali*, commento a Cass. civ. Sez. Unite, 25 gennaio 2006, n. 1378, in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 12, p. 1265 ss.; G. D'AURIA, *Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei funzionari*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 5, p. 829 ss.; L. GIAMPAOLINO, *Sui limiti della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa nei confronti della c.d. «riserva di amministrazione»* (nota a Cassazione civile, sez. unite, 25 gennaio 2006, n. 1378) in *Giustizia civile*, 2007, n. 4, parte I, p. 980 ss.; P. MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Diritto della Regione*, 2002, p. 11 ss. e 71 ss. in part.; C. PINOTTI, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *AA.VV., Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., p. 481 ss.; P. SANTORO, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, Giuffrè, 2002, p. 705 ss.

comunque apprezzabile, perché in ogni modo superiore al risultato che sarebbe derivato da un praticabile astensionismo o da itinerari procedurali alternativi.

Il discorso si presta peraltro ad essere capovolto, dal punto di vista logico.

Un'interpretazione che cadesse nell'eccesso opposto, allargando troppo l'ambito valutativo, rischierebbe a propria volta di accreditare risultati discutibili.

In altre parole, così come non è difficile intuire che l'adozione di una scala di giudizio contraddistinta da un livello di risoluzione molto alto e da una grana ridotta, cioè incentrata su di un segmento decisionale esiguo, può preparare conclusioni viziate dall'assenza di una visione d'insieme, la propensione a lambire ogni più disparato riflesso delle decisioni puntuali contestate, anche fortuito ed occasionale, sulla sfera complessiva di attività e di competenze dell'ente pubblico legato ai funzionari incolpati, rischierebbe di destabilizzare la disciplina risarcitoria, perché una qualche influenza utile, a volerla trovare, alla lunga può essere collegata a qualunque condotta, magari per paradosso.

Nella ricerca di un punto di equilibrio tra i due estremi, la giurisprudenza della Corte dei Conti ha in parte moderato le esitazioni adeguando l'interpretazione dell'art. 1 c. 1 bis. cit. alla fisionomia dell'istituto civilistico della *compensatio lucri cum damno*, secondo uno schema a dire il vero imbastito e controverso ancor prima dell'emanazione della legge n. 20/1994 ⁽¹⁴⁾.

Una ricca antologia di precedenti subordina così la rilevanza dei benefici generati dall'azione indagata alle condizioni di principio

(14) Sul punto, M. RISTUCCIA, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit. p. 18 ss.

”che si accerti l'effettività dell'utilitas conseguita; che sia il medesimo fatto generatore a determinare tanto il danno quanto il vantaggio; che vi sia l'appropriazione dei risultati stessi da parte della Pubblica Amministrazione che li riconosce; che vi sia rispondenza della stessa utilitas ai fini istituzionali dell'Amministrazione che li riceve” (15).

Queste coordinate generali non bastano tuttavia a dissipare ogni dubbio tanto che, al loro interno, si sono sviluppati orientamenti applicativi divergenti.

Prima di esaminare i termini della contrapposizione giurisprudenziale e allo scopo di evitare che la digressione teorica oltrepassi dispersivamente le esigenze dell'annotazione, conviene tornare per un momento alla pronuncia del giudice ligure e mettere bene a fuoco la posizione che ha inteso condividere, sul bilanciamento tra costi e benefici.

Come si è appurato, la sentenza ha disconosciuto – di principio, prima che in fatto - la possibilità che i pretesi miglioramenti complessivi sortiti dalla privatizzazione dell'azienda di trasporto fossero idonei a controbilanciare i disputati effetti sfavorevoli della sottoscrizione del *closing memorandum*.

Poiché la firma di questo documento ha concretato un momento intermedio dell'operazione di riassetto del servizio pubblico, propedeutica al relativo completamento, la motivazione della sentenza parrebbe lasciar trapelare l'assunto che, nella fattispecie, la scala valutativa consona alla ricerca dei vantaggi suscettivi di riequilibrare il supposto pregiudizio fosse quella degli effetti

(15) Così, C. Conti reg. Sardegna sez. giurisd., 8 novembre 2011, n. 595; tra le molte conformi, C.Conti reg. Lombardia sez. giurisd., 26 ottobre 2009, n. 648; C. Conti reg. Campania sez. giurisd., 11 dicembre 2001 n. 129; C.Conti reg. Piemonte sez. giurisd., 31 luglio 2007, n. 216; C.Conti reg. Lombardia sez. giurisd., 5 marzo 2007, n. 141; C.Conti sez. III, 7 dicembre 2005, n. 750; C. Conti, Sez. III, 10 luglio 2002, n. 244.

immediati del singolo atto contestato, che la sottoscrizione fosse priva di effetti capaci di quest'azione di neutralizzazione, che, infine, dovesse rimanere irrilevante il piano dell'impatto dell'attività complessiva.

Io penso che – anche a voler tralasciare il fatto che la firma del closing memorandum ha invero generato un relevantissimo effetto istantaneo, che è stato quello di impedire che l'operazione di salvataggio si arenasse e fallisse – l'impostazione concettuale assecondata dalla pronuncia sia criticabile, per più ragioni, alla cui illustrazione saranno dedicati i paragrafi che seguono.

3. Un problema di descrizione.

Ho già ricordato che il dibattito sulla portata innovativa dell'introduzione del comma 1 bis, all'interno dell'art. 1 della legge n. 20/1994, è abbastanza articolato, anche perché la norma, sconfessando il rigore di preesistenti acquisizioni giurisprudenziali, ha sin dall'origine suscitato polemiche e ripensamenti ⁽¹⁶⁾.

Ai fini che qui premono possiamo tuttavia limitarci a fissare lo sguardo sulla divergenza che contrappone due teorie di fondo.

Una prima linea di pensiero, assumendo che la disposizione regolante la responsabilità amministrativa non si discosti in modo significativo dalla disciplina civilistica della *compensatio lucri cum damno*, ricava dalla piana applicazione dell'art. 1223 c.c. la necessità che “danno e vantaggio siano entrambi conseguenza *immediata e diretta* del comportamento (...) quali suoi effetti contrapposti” ⁽¹⁷⁾.

(16) M. RISTUCCIA, ult. cit.

(17) Così, C. Conti reg. Sardegna sez. giurisd., 8 novembre 2011, n. 595, ult.cit. (corsivo aggiunto, nel testo); nello stesso senso, ad esempio, C.Conti reg.

La pronuncia del giudice ligure, emarginando la rilevanza dell'impatto favorevole della privatizzazione ed incentrando l'attenzione esclusivamente sulla firma del *closing memorandum*, in sé stessa considerata, parrebbe in qualche modo rievocare l'impostazione, perlomeno nella stima dei vantaggi ⁽¹⁸⁾.

Questo primo indirizzo giurisprudenziale presta tuttavia il fianco a critiche persuasive, avvalorate da argomenti letterali e sistematici piuttosto solidi.

Su di essi poggia il secondo e divergente orientamento, il quale sottolinea che il comma 1 bis. cit., prescrive letteralmente di tener conto dei vantaggi "comunque" prodotti dal comportamento dei funzionari, non soltanto a beneficio dell'ente collegato dal rapporto di servizio, bensì a favore di ogni amministrazione e, ancor più estensivamente, dell'intera "comunità amministrata".

Al cospetto di queste evidenze testuali, si è argomentato che la disciplina pubblicistica collima solo parzialmente con quella privatistica della *compensatio* e si è sostenuto che la previsione dell'art. 1 c. 1 bis deve essere "*intesa con tratti assolutamente peculiari, non potendosi prescindere, nell'applicazione della norma in esame, dalla pluralità di interessi che notoriamente confluiscono in ogni azione amministrativa*".

Secondo questa visuale "*la norma di riferimento, più che introdurre nel nuovo regime della responsabilità amministrativa tout court il principio della compensatio lucri cum damno, riconosce la complessità degli interessi e dei fini perseguibili con l'attività amministrativa, imponendo al Giudice contabile di valutare, nei*

Abruzzo sez. giurisd., 26 giugno 2007, n. 596; C.Conti reg. Lombardia sez. giurisd., 5 marzo 2007, n. 141; C.Conti reg. Marche sez. giurisd. 7 settembre 2005, n. 588.

(18) Vedremo tra breve che la pronuncia presenta peraltro profili di contraddizione persino in questa prospettiva; sul punto conviene per il momento soprassedere, per tornare più avanti, onde non complicare troppo l'esposizione.

termini più ampi possibili (<<comunque>>), l'utilitas conseguita; in tale prospettiva, acquistano rilevanza gli interessi rispondenti alle esigenze ed alle finalità dell'Amministrazione o della collettività nell'ottica dei più generali fini dell'Amministrazione stessa correlati all'utile collettivo”.

Di qui la conclusione secondo cui *“pur tenendo come linee guida le menzionate acquisizioni della teorica civilistica, l'indagine sulla figura di cui trattasi nel versante pubblicistico della responsabilità amministrativa non può prescindere da una nozione di causalità più lata di quella prescritta dall'articolo 1223 c.c., dovendosi dare accoglienza anche ad eventi ricollegabili con il fattore etiologico in via indiretta, poiché l'articolo 3 della cennata legge n. 639 afferma che i vantaggi possono riguardare tanto l'amministrazione, quanto la <<comunità amministrata >>”* (19).

La soluzione ermeneutica più attendibilmente ancorata al dato testuale e all'analisi sistematica induce ad intendere la verifica del danno come *“una valutazione globale degli effetti prodotti”* (20).

(19) La citazione è tratta testualmente da C.Conti reg. Lombardia sez. giurisd., 24 marzo 2009, n. 165; conforme, C.Conti reg. Toscana sez. giurisd., 15 ottobre 2010, n. 377.

(20) Così Corte Conti reg. Toscana sez. giurisd., 15 ottobre 2010, n. 377, ult. cit.; alcuni passaggi della pronuncia, in linea col precedente lombardo appena prima richiamato, meritano, anche per l'utilità degli ulteriori riferimenti giurisprudenziali, una trasposizione testuale: “indirizzo giurisprudenziale non secondario conferisce effettualità all'avverbio comunque, dando, come detto prima una valenza più ampia all'istituto ‘de quo’ nella responsabilità amministrativa rispetto a quella civile: si è detto che va data applicazione alla ‘compensatio lucri cum damno’ di cui al comma 1 bis dell'art. 1 l. 14 gennaio 1994 n. 20, introdotto dall'art. 3 l. 639/1996, quando le somme e le risorse spese ed utilizzate non hanno tralignato da un fine e da un'utilità pubblica, imponendo di conserva al collegio di apprezzare, nei termini più ampi possibili (‘comunque’), l'utilitas conseguita (C.Conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 29 dicembre 2009, n. 880, che riprende sempre indirizzo della stessa sezione, iniziato nel 1999, sent. n. 1136, la quale ha rilevato come i ‘vantaggi comunque conseguiti’ impongano di dar rilievo ad una catena causale, scaturente dalla medesima vicenda, più dipanata rispetto a quanto interpretabile civilisticamente dall'art. 1223 c.c.) Ed infatti si è detto che per la quantificazione del danno emergente occorre tener presente il vantaggio comunque conseguito laddove l'avverbio ‘comunque’ ha una valenza espansiva, tesa a comprendere qualsiasi vantaggio e non solo quello che si collega direttamente al fatto illecito, pur se il

Sin da una prima ricognizione del panorama giurisprudenziale, dunque, il punto di vista adottato dalla Sezione ligure non parrebbe corroborato dall'indirizzo più convincente.

Ma la critica deve spingersi oltre, poiché il paragrafo 10 della pronuncia annotata, sul quale verte il ragionamento, alimenta un secondo motivo di perplessità che per certi aspetti è ancor più radicale e supera la divisione giurisprudenziale appena evocata, in quanto seguirebbe a valere quand'anche l'interprete optasse per un rimando incondizionato e semplicistico all'art. 1223 c.c., nella lettura dell'art. 1, c. 1 bis., della legge n. 20/1994.

Conviene introdurre l'argomentazione ricordando che la più attendibile riflessione civilistica ammonisce da tempo che il riferimento testuale alle conseguenze "immediate e dirette", contenuto nell'art. 1223 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c., è per sua natura ambiguo e figurativo ⁽²¹⁾.

giudice contabile deve attenersi agli stessi criteri della più generale '*compensatio lucri cum damno*', ossia: effettività della '*utilitas*' conseguita, stesso fatto generatore del danno e del '*vantaggio*', appropriazione dei risultati da parte della p.a. o della comunità amministrata, rispondenza dell'*utilitas* ai fini istituzionali dell'amministrazione che la riceve (C.Conti reg. Trentino Alto Adige, sez. giurisd., 30 ottobre 2007, n. 48), chiarendo i limiti della valenza espansiva, con l'argomentazione che è da escludere l'istituto della '*compensatio lucri cum damno*' (...) qualora non si tratti dello stesso fatto generatore del danno e del vantaggio - quale concreto ed accertabile beneficio economico per l'amministrazione o per la collettività - la quantificazione sia stata effettuata in maniera cumulativa e sulla base di mere ipotesi di probabilità, sussista disimmetria ontologica e cronologica tra gli atti e i comportamenti sui quali si prospetta l'utilità economica ai fini della stessa '*compensatio*' (C.Conti reg. Trentino Alto Adige, sez. giurisd., 14 aprile 2009, n. 29)".

(21) P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit. p. 20, osserva che "l'esigenza di limitare la responsabilità è universalmente sentita, e per esprimerla sono ricorrenti formule in termini di «prossimità» o «lontananza» dell'evento rispetto all'atto che lo ha causato. Il risarcimento del danno è limitato a ciò che è « conseguenza immediata e diretta» dell'atto dannoso: così dispone il codice civile italiano, riproducendo l'espressione usata nel *code Napoléon*. E questa formula richiama alla mente quelle di *common law*, che limitano la responsabilità alle «proximate consequences», con esclusione delle conseguenze che siano «too remote». È chiaro però che si tratta di formule metaforiche, le quali non possono venir prese alla lettera".

La dottrina ha persuasivamente stigmatizzato come “priva di senso l'interpretazione secondo la quale fra l'azione e l'evento dannoso non dovrebbero esistere «anelli» causali intermedi, che in realtà delle fasi intermedie nello svolgimento causale esistono sempre e si possono mettere in evidenza, solo che si renda sufficientemente analitica la descrizione del fatto” (22).

In altre parole, l'intensità e la configurazione dei nessi eziologici mutano al variare del livello di dettaglio nella rappresentazione dei fatti, livello che naturalmente non è specificato normativamente.

Questo problema di descrizione (23) si presenta in una delle sue molte varianti quando si tratti di tradurre in pratica la premessa di principio - dalla quale muovono entrambe le linee giurisprudenziali in disaccordo sul valore dell'art. 1223 c.c. nella materia in esame - secondo cui presupposto applicativo dell'art. 1 c. 1 della legge n. 20/94 è la corrispondenza tra il “fatto generatore” dei vantaggi ed il “fatto generatore” degli effetti pregiudizievoli (24).

E' ovvio che l'estensione degli effetti passibili di stima tende a cambiare in rapporto al grado di definizione con cui viene rappresentato il “fatto generatore” (25); nella fattispecie controversa, ad esempio, le conclusioni possono mutare a seconda che l'elemento causale sia riduttivamente descritto come sottoscrizione

(22) Così P. TRIMARCHI, ult. cit., *ibidem*.

(23) Che P. TRIMARCHI, ult. cit., p. 43 correla ad esempio alla definizione dell'evento dannoso nei termini che seguono: “Ora, fino a che punto si deve procedere nella descrizione dell'evento? Perché è chiaro che, quanto più la descrizione si avvicina a cogliere l'evento nella sua singolarità, tanto più improbabile deve apparire ex ante che l'evento si verifichi proprio in quel modo; procedendo sufficientemente nella descrizione, la probabilità può rendersi piccola quanto si vuole anche nelle ipotesi in cui il rapporto causale appaia al senso comune quanto mai stretto e immediato: basta mettere in evidenza, nella descrizione, le particolarità individuali e irripetibili del caso concreto”.

(24) C. Conti reg. Sardegna sez. giurisd., 8 novembre 2011, n. 595, cit.; C. Conti reg. Lombardia sez. giurisd., 26 ottobre 2009, n. 648, cit., C. Conti reg. Campania sez. giurisd., 11 dicembre 2001 n. 129; C. Conti reg. Marche sez. giurisd. 7 settembre 2005, n. 588; Corte Conti, sez. III, 23 marzo 2005, n. 154

(25) In modo ancor più accentuato se l'interprete muova dal discutibile assunto secondo cui rilevano soltanto le conseguenze “immediate e dirette”.

del *memorandum* oppure, con maggior approssimazione, come espletamento della procedura di vendita e privatizzazione, includente la firma del documento tra le tappe puramente strumentali.

Ora, a favore della scelta di considerare significativi e pertinenti i vantaggi associabili alla descrizione più ampia ed inclusiva del momento genetico avrebbero dovuto a mio giudizio deporre, nel caso specifico, non soltanto gli argomenti letterali desumibili dall'art. 1, c. 1 bis., cui si è accennato poco sopra, che invitano ad accordare rilievo alle conseguenze complessive, *in bonam partem*, ma anche la simmetrica constatazione della circostanza, pure raccolta dalla motivazione della pronuncia ⁽²⁶⁾, che la firma del documento di *closing*, ad opera dei vertici comunali condannati, non ha dal canto suo originato immediati effetti pregiudizievoli, trattandosi di atto non vincolante e destinato all'autonoma valutazione degli organi societari, liberi di approvarlo o di ricusarlo, di fatto tradotto in tangibili e stringenti impegni contrattuali solo dopo due anni, tramite nuovi ed assorbenti negoziati con l'impresa, addirittura guidati da altro esecutivo municipale (nel frattempo subentrato sulla base di sopraggiunte elezioni), in attuazione di linee programmatiche sullo sviluppo del trasporto e delle aziende locali sensibilmente modificate.

La sentenza ha rapidamente scavalcato le molte questioni poste da quest'ordine di circostanze limitandosi a dare per assodato che la sottoscrizione dell'atto di *closing*, quantunque non autosufficiente e non direttamente impegnativa, avesse fornito un contributo eziologico alla produzione dell'evento ⁽²⁷⁾.

Ora – pur volendo mantenere il baricentro del ragionamento lontano dal merito della specifica questione di fatto e pur volendo

(26) Par. 4. 2 ss.

(27) Par. 9 ss.

prescindere dai dubbi più radicali che la concreta dinamica degli accadimenti potrebbe ragionevolmente instillare, a proposito della medesima configurabilità di un nesso causale idoneo ⁽²⁸⁾ tra condotte imputate ed evento addebitato ⁽²⁹⁾ – non può sfuggire l'asimmetria di metodo che ha caratterizzato la rappresentazione dei fattori rispettivamente produttivi dei costi e dei vantaggi.

I pretesi danni sono stati ascritti alla firma del documento riepilogativo, mentre i potenziali benefici sono stati imputati alla privatizzazione e perciò degradati a conseguenze solo indirette della sottoscrizione, sebbene tanto gli uni quanto gli altri non potessero logicamente e materialmente concretarsi che con l'esito della procedura di salvataggio.

La sfasatura dell'angolo visuale è valsa a motivare l'affermazione dell'incommensurabilità degli effetti positivi e negativi - in nome del principio che, sulla falsariga della costruzione civilistica della *compensatio*, pretende l'unicità della causa e l'immediatezza delle conseguenze - condannando all'irrilevanza i vantaggi nella fattispecie acquisiti dall'amministrazione e dalla comunità locale.

Ma è ovvio che, così operando, la sentenza annotata ha

(28) Sulla rilevanza nella disciplina della responsabilità amministrativa del concorso di fattori simultanei o sopravvenuti, muniti di autonoma efficienza causale, v. C.Conti, Sez. II giurisd., 11.5.2004, n. 159; C.Conti, Sez. II giurisd., 2.5.1995, n. 40; Sez. I giurisd., 13.11.1995, n. 29; per una più ampia riflessione dottrinale, ancora P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., *passim* e p.165 ss.

(29) Nonché tacendo delle perplessità che - alla luce di quanto dispone l'art. 1, c. 1 ter della legge n. 20 del 1994, da coniugarsi al principio di separazione tra politica ed amministrazione - possono nascere al cospetto della decisione di tenere i vertici politici responsabili – addirittura a titolo di colpa grave - per la firma di un atto preparato ed approvato, con apposita istruttoria, dagli organi tecnici e da professionisti appositamente selezionati con gara; per interessanti spunti, in tema, si veda C.Conti, sez. III, 13 marzo 2002, n. 78, Foro amm. CDS 2002, 811 e, in dottrina, M. P. GENESIN, *La responsabilità amministrativa del sindaco per comportamento omissivo alla luce del principio di distinzione politica-amministrazione*, Nota a Corte Conti, Sezione giurisdizionale Abruzzo, 15.11.2010, n. 501, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 3, 687; sull'argomento della scriminante politica, in generale, L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, cit., p. 3328 ss.

semplicemente finito col privilegiare due incoerenti livelli di dettaglio, nel descrivere l'origine di costi e benefici tutti egualmente destinati ad attualizzarsi solo col compimento della procedura di riassetto del servizio di trasporto.

Quest'ambivalenza, nella rappresentazione dei fatti, è contestabile per molte ragioni.

Innanzitutto - visto che tanto la scomposizione quanto la ricomposizione di un'attività o di un fattore causale possono essere elaborati a piacimento, sul piano descrittivo - essa finisce col rendere sempre possibile dissociare il piano dei costi da quello dei benefici, inibendo il bilanciamento compensativo, con la mera variazione del livello di risoluzione, nella raffigurazione del "fatto generatore" e delle sue conseguenze, a seconda che si tratti di intercettare effetti negativi oppure positivi.

È però ovvio che per questa via l'applicazione dell'art. 1, c, 1 bis della legge n. 20/1994 rischia di cadere nell'arbitrio dell'interprete. L'inconveniente più grave è però un altro ed interessa il piano degli incentivi.

Conviene premettere subito che, sebbene la riflessione inclini ora al tormentato argomento delle funzioni della responsabilità amministrativa ⁽³⁰⁾, non sarà necessario, per le delimitate esigenze

(30) La letteratura è abbondante ed il tema ha interessato a tratti la Corte Costituzionale; un punto di riferimento è segnato dalla sentenza della Consulta del 20 novembre 1998 n. 371; per un aggiornato compendio degli indirizzi giurisprudenziali, C. Conti, sez. giurisdiz. d'appello per la Regione siciliana, 21 maggio 2012, n. 152/A; tra i molti contributi teorici che trattano l'argomento, si vedano, A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in AA. VV. *Le responsabilità pubbliche*, a cura di D. SORACE, in AA. VV. *Le responsabilità pubbliche*, a cura di D. SORACE, Cedam, 1998, p. 239 ss.; *ivi* anche M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti nei confronti della p.a. tra diritto comune e diritto speciale: le riflessioni di un civilista*, p. 251 ss.; N. LONGO, *Natura giuridica e orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa*, in *Riv. C.Conti*, 1/2001, p. 365 ss.; P. MADDALENA, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, *Giust. civ.* 2008, 10, p. 483 ss.; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, 2002,

dell'annotazione, entrare nel vivo delle polemiche riguardanti le priorità della disciplina risarcitoria.

Basterà invece notare che, qualunque sia l'opinione coltivata in merito alla gerarchia dei "fini" della responsabilità amministrativa, entro la gamma che spazia dalla sanzione, all'indirizzo, al risarcimento, l'istituto ha di certo "effetti", sul piano della deterrenza, dei quali il legislatore si è dichiaratamente preoccupato, al punto da apprestare una varietà di rimedi per moderarli ⁽³¹⁾, considerando, da un lato, l'utilità sociale dell'azione

passim; F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., p. 104 ss.; *ivi* anche G. PERICU, *Funzione di deterrenza e funzione di garanzia della responsabilità amministrativa nell'esperienza dei pubblici amministratori*, p. 99 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in AA. VV. *Le responsabilità pubbliche*, a cura di D. SORACE, cit., p. 281 ss.; M. RISTUCCIA, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei Conti*, cit. p. 15 ss.; F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, p. 37 ss.; D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte al fenomeno dell'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo ?*, p. 457 ss., col corredo di utili riferimenti giurisprudenziali; si vedano anche A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, Cedam 1997, p. 145 ss.; V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in *Federalismi.it* n.1 /2010; S. RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi* (nota a Tribunale Udine, 25 gennaio 2007) in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 12, p. 2616 ss.; P. SANTORO, *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito* (nota a Corte Conti, Sez. riunite, 27 dicembre 2007, n. 12), in *Foro amm. CDS*, 2007, 12, p. 3565 ss.; F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. C.Conti*, n.2/96, p. 295 ss.; tra i lavori monografici, D. GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità amministrativa per danno all'erario. Profili strutturali e funzionali della responsabilità*, Giuffrè, 2004; per la ricerca critica di un filo conduttore tra disciplina sostanziale e regime processuale, M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei conti*, Editoriale Scientifica, 2008, p. 11 ss. e *passim*.

(31) Che notoriamente includono il principio dell'insindacabilità nel merito del potere discrezionale, l'elaborazione della scriminante politica, il requisito della colpa grave, sul piano dell'elemento soggettivo, la regola della intrasmissibilità agli eredi; per un commento d'insieme dei vari profili di specialità, L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni*, cit.; sulla necessità di dosare accuratamente gli effetti dissuasivi - idea che funge da baricentro del presente contributo - in particolare v. G. PERICU, *Funzione di deterrenza e funzione di garanzia.*, ult. cit., p. 100 ss.; G. PITRUZZELLA, *Principio di legalità, principio di utilità e principio della*

potenzialmente offensiva e, d'altro lato, l'entità dei rischi cui un agente amministrativo, soprattutto in posizione apicale, può trovarsi sistematicamente esposto, per la rilevanza degli interessi incisi dall'ordinario esercizio delle sue competenze.

Primo di proseguire con l'analisi critica, volta ad illustrare un terzo elemento di debolezza, nel criterio di calcolo di costi e benefici avallato dal paragrafo 10 della sentenza, occorre però un preambolo sull'evoluzione della filosofia ispiratrice delle procedure di gara preparatorie di contratti complessi.

Il Comune di Genova ha costruito la procedura propedeutica alla cessione azionaria sull'impronta del dialogo competitivo, accantonando gli automatismi tipici delle più consuete procedure formali.

Mi propongo di mostrare nel seguito che, in linea generale, il ricorso a procedure flessibili, in funzione del perfezionamento di

*ripartizione del rischio nella disciplina attuale della responsabilità amministrativa, in AA.VV., Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile, cit., p. 125 ss.; P. STELLA RICHTER, Amministrazione, responsabilità e rischi non remunerati, in AA. VV. Le responsabilità pubbliche, a cura di D. SORACE, cit., p. 281 ss.; opportuno, per pertinenza ed efficacia, il richiamo testuale di un passaggio dello scritto di P. MADDALENA, Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa, cit., ove l'A. rileva: "Il perseguimento dei fini risarcitori e di deterrenza, che sono propri della responsabilità amministrativa, deve tuttavia fare i conti con un dato particolare che caratterizza questo tipo *sui generis* di responsabilità civile, quello di riferirsi a dei soggetti che esercitano funzioni pubbliche assumendo rischi e responsabilità patrimoniali molto elevati, che certamente non trovano copertura nella loro capacità economica. Il primo ad accorgersi di questa particolarità fu il Cavour, allorché si parlò presso il Parlamento subalpino della possibilità di introdurre accanto alla responsabilità dei cassieri quella solidale dei verificatori ministeriali. Nella seduta del 27 dicembre 1852 (32), egli ebbe a dire: «Io credo quindi che, per voler troppo, noi otterremo nulla, e che se noi stabiliamo che l'impiegato delle finanze, il quale per sua colpa avrà lasciato che si facesse un deficit abbia un castigo in danaro da determinarsi dalla Camera, la legge sarà applicata; ma se invece lo volete rendere garante e solidario di tutti i contabili da esso dipendenti, voi non troverete mai un tribunale che dichiari che vi fu colpa reale, salvo che voi retribuiate così largamente i vostri impiegati da far sì che vi sia corrispettivo fra l'onorario che loro è dato e la pena che è comminata per una colpa in cui non vi sia dolo, né complicità».*

partenariati contrattuali od istituzionali, è opportuno ⁽³²⁾, legittimo e persino incoraggiato dal diritto positivo.

L'idea sarà illustrata nei due paragrafi seguenti, mentre quello successivo tornerà alla sentenza, per prendere atto di quanto essa giaccia distante da quest'ordine di considerazioni.

4. Gare flessibili e partenariati complessi: rilievi sostanziali ⁽³³⁾.

E' noto che l'attuale disciplina dei contratti pubblici è frutto dell'intersezione di due blocchi normativi; norme nazionali di contabilità, interessate alla gestione corretta e trasparente delle risorse pubbliche, si sono combinate con più recenti disposizioni comunitarie, preoccupate soprattutto di proteggere il mercato e la concorrenza, quantunque non insensibili all'esigenza di assicurare il buon uso del denaro dei cittadini ⁽³⁴⁾.

Le due radici normative ispirano concezioni delle procedure concorsuali distinte.

(32) A maggior ragione in vista di delicatissimi tentativi di salvataggio.

(33) I paragrafi 4 e 5 aggiornano e riprendono in sintesi considerazioni più ampiamente sviluppate in M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, Giuffrè, 2001, *passim* e p. 251 ss.; ID., *Gare pubbliche*, in *Diz. dir. Pubbl.*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, 2006; ID., *Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo*, in AA. VV., *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editoriale Scientifica, 2010, p. 395 ss., lavori ai quali mi permetto sin d'ora di rinviare, anche per il reperimento di riferimenti bibliografici supplementari.

(34) Cfr. AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G. D. COMPORTEI, Editoriale Scientifica, 2011, *passim*; AA. VV., *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G.F. CARTEI, M. RICCHI, *CIT. passim*; G.D. COMPORTEI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, n. 2; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1982, p. 317 ss.; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. CHITI E G. GRECO, Giuffrè, 1997, parte speciale, p. 214 ss.; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Utet, 2010, p. 29 ss.; Corte Costituzionale del 23 novembre 2007, n. 401.

Le più risalenti norme contabili, mosse dalla coscienza che le amministrazioni sono pur sempre apparati che interagiscono col mondo esterno attraverso gli atti ed i comportamenti dei loro organi e funzionari, si sono preoccupate di assicurare la correttezza e l'imparzialità dei negoziati e delle decisioni di spesa facendo fronte ad un problema di controllo interno.

La trasparenza e gli automatismi delle procedure di gara sono stati così elevati a strumenti utili a mitigare i problemi di vigilanza e direzione provocati dalle asimmetrie informative che di solito penalizzano l'ente pubblico, nel rapporto con i suoi agenti.

Nella logica privilegiata da questa disciplina – posto che sarebbe illusorio tentar d'imbrigliare l'operato dei funzionari mediante la sola verifica, a posteriori, dei risultati contrattuali conseguiti - una rigorosa procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta, a priori, si erge a strumento di prevenzione di arbitrio o corruzione⁽³⁵⁾.

Il diverso angolo visuale preferito dalle norme europee getta sulle gare una luce diversa; esso induce a concepirle come procedure il cui scopo prioritario è quello di assegnare il titolo contrattuale in palio al candidato capace di sfruttarlo nel modo più proficuo. Le gare si prestano così ad essere indagate come dispositivi di emulazione controllata delle dinamiche concorrenziali, come processi di interazione che, distillando e riproducendo le dinamiche di un mercato competitivo, consentono alla committenza pubblica di sfruttare l'antagonismo tra gli aspiranti per mitigare le proprie debolezze conoscitive sul versante esterno, cioè nel rapporto con gli

(35) M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1981, p. 459 ss.; I. RIZZO, *I contratti nella Pubblica amministrazione: considerazioni metodologiche per una verifica empirica*, in *Econ. pubbl.*, 1994, p. 7 ss.; per un'analisi empirica aggiornata del grado di efficacia delle politiche, notoriamente non rassicurante, A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G. D. COMPORI, cit.

operatori economici, a beneficio di una maggior efficienza e convenienza dei negoziati ⁽³⁶⁾.

Il rafforzamento delle garanzie di imparzialità amministrativa, da un lato, l'aumento dell'efficienza contrattuale, d'altro lato, valgono a facilitare, combinandosi, il raggiungimento del fine ultimo e predominante della salvaguardia del mercato e della concorrenza ⁽³⁷⁾.

Entro questa mappatura asettica e piuttosto istituzionale delle possibili funzioni delle gare, i maggiori problemi traggono origine dal fatto che, al crescere della complessità delle transazioni economiche, i vari obiettivi (intensificare il controllo dei funzionari, aumentare l'efficienza e la convenienza delle transazioni, promuovere l'apertura del mercato) tendono a sviluppare attriti.

(36) La letteratura che sviluppa questo angolo visuale, al crocevia tra diritto, teoria dei giochi ed economia, è davvero ampia; tra i numerosissimi riferimenti bibliografici disponibili, basti un rimando ad AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, Cambridge University Press, 2006; AA.VV. *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, a cura di P. KLEMPERER, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999; R. P. MCAFEE E J. MCMILLAN, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), p. 699 ss.; P. MILGROM, *Auctions and Bidding: A Primer*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, 3(3), p. 3 ss.; P. MILGROM, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, 2004; L. PROSPERETTI, M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Giappichelli, 2010, p. 27 ss.; K. M. SCHMIDT E M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, in H. GIERSCH (ed.), *Privatization at the End of the Century*, Berlino, 1997, p. 97 ss.; il contributo è tutt'oggi consultabile online, nel formato di paper, all'indirizzo www.cepr.org/pubs/dps/DP1541.asp; una ricca antologia di utili e pregevoli saggi dottrinali è visionabile all'indirizzo <http://www.market-design.com/library-general.html>; tra le abbondanti opere utili all'acquisizione dei fondamenti di teoria dei giochi, F. PATRONE, *Decisori (razionali) interagenti*, 2006, Edizioni plus, passim; G. COSTA, P. A. MORI, *Introduzione alla teoria dei giochi*, Il Mulino, 1994.

(37) La molteplicità e l'assortimento degli obiettivi cui ambiscono le procedure di gara, nell'ordinamento vigente, sono efficacemente ritratti dall'art. 2 c. 1 del D. Lgs. 163/2006, ai sensi del quale l'affidamento dei contratti "deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; (...) deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità"; per un commento, G. FIDONE, *Principi e disposizioni comuni*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, cit., p. 46 ss.

Una solida letteratura, non soltanto giuridica, mostra che, man mano che l'amministrazione committente si allontana dall'area dei contratti standardizzati (cosa che di regola avviene, con gli affidamenti concessori o con i partenariati pubblico privati, cioè con i modelli convenzionali che ora interessano), il rafforzamento di una meta, all'interno della gara, può comportare la frustrazione delle altre ⁽³⁸⁾.

Una rassegna accurata delle possibili cause di dissonanza tra le funzioni dei procedimenti concorsuali ci porterebbe troppo lontano ma, limitando l'esposizione ad alcune notazioni essenziali, valide in special modo per i partenariati, possiamo iniziare col prendere atto che gli accorgimenti funzionali all'intensificazione del controllo degli organi pubblici non sempre si coniugano con il bisogno di apprendimento, che di norma è intenso, alle prese col perfezionamento di transazioni complesse, incerte e di lungo periodo.

E' facile constatare che i risultati delle consuete gare formali e meccaniche, come la procedura aperta o quella ristretta, cioè i modelli tradizionalmente privilegiati dalla prassi nazionale, vengono a dipendere da calcoli e stime in larga misura elaborati prima del confronto procedimentale.

La p.a. è tenuta a specificare, prima della gara, l'oggetto dei suoi bisogni, i requisiti occorrenti a soddisfarli, i parametri di valutazione delle proposte acquisite, il loro peso relativo; i

(38) V. P. BAJARI, S. TADELIS, *Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations*, in AA. VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, cit. p. 121 ss.; K. J. CROCKER E S. E. MASTEN, *Mitigating Contractual Hazards: Unilateral Options and Contract Length*, in *Rand Journal of Economics* 1988, 19, p. 327 ss.; V. GOLDBERG, *Regolamentazione e contratti amministrati*, trad. it., in AA.VV., *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, a cura di GRILLO - COSSUTTA, Il Mulino, 1997, p. 342 ss.; O. WILLIAMSON, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo*, trad. it., Franco Angeli, 1986, p. 485 ss.

concorrenti devono a loro volta definire condizioni contrattuali e strategie competitive prima di confrontarsi, poiché l'offerta, una volta presentata, resta di regola anonima e non revisionabile, sino al giudizio conclusivo.

Nelle più classiche procedure formali non sono previsti stadi intermedi, che consentano di affinare la domanda pubblica o le offerte private, durante lo svolgimento del concorso.

Ma il diritto comunitario ha progressivamente preso coscienza del fatto che l'impossibilità di acquisire e di sfruttare nuova informazione, in corso di gara, e la conseguente soppressione di quei meccanismi di feedback che sono il propellente di ogni efficace dinamica adattativa, possono costare molto, in termini di efficienza e di sviluppo degli scambi, quando in gioco sia il perfezionamento di rapporti negoziali non banali ⁽³⁹⁾.

La disciplina del dialogo competitivo, tra le novità più interessanti della direttiva n. 2004/18/CE ⁽⁴⁰⁾, testimonia proprio che un malleabile coinvolgimento delle imprese, già in fase ideativa, risponde alla necessità di concedere spazio all'affinamento delle

(39) Sugli espedienti utili a mitigare il problema dell'incertezza, all'interno delle gare, anche attraverso procedure ibride e miste, che alternino fasi di competizione aperta a fasi di confronto anonimo, con offerte segrete, P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001, al momento visionabile all'indirizzo www.nuff.ox.ac.uk/users/klempere; K. M. SCHMIDT E M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, cit. p. 97 ss.; N. DONI, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Pol. econ.*, 2005, p. 307 ss.; per un'analisi di alcune risposte di diritto positivo, non solo in ambito nazionale, G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge merloni al recepimento del dialogo competitivo : il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 12, p. 3971 ss.; M. RICCHI, *Negoauction, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, in AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G. D. COMPORTEI, Editoriale Scientifica, cit.; *ivi* anche G. FIDONE, *Il sistema dei contratti pubblici spagnolo*; L. ZANETTINI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito*.

(40) Riferimenti bibliografici *infra*, tra breve.

conoscenze e di spronare scoperte ed innovazioni, in funzione del perfezionamento di contratti onerosi ed incerti ⁽⁴¹⁾.

Quando la negoziazione presupponga investimenti cospicui ed aleatori, l'opportunità di aggiustare e rivedere le stime, tenendo conto delle strategie rivali, incoraggia la partecipazione alle gare anche perché modera il timore di compiere errori irreversibili, nella formulazione delle offerte.

La dottrina economica specializzata in materia di aste ha ampiamente dimostrato, col conforto di analisi sul campo, che per imprese ragionevolmente avverse al rischio la necessità di basare un'impegnativa candidatura su congetture sviluppate al buio, per giunta non ritrattabili, opera come una potente fattore dissuasivo ⁽⁴²⁾.

Si è altresì rilevato che accordi societari o concessioni amministrative sono casi emblematici di contratti caratterizzati da elevati profili di incompletezza; a causa delle lunghe durate, della consistenza e della specificità degli investimenti necessari, essi di regola costringono i contraenti a scegliere in condizione di marcata incertezza e vulnerabilità informativa, cui corrisponde un'indebolita capacità di calcolo e predizione, che impedisce un inventario

(41) Sul problema dell'incoraggiamento dell'inventiva, v. parere reso dal Comitato Economico e Sociale sul *Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato*, 19 ottobre 2000, GUCE C 14 del 16 gennaio 2001, p. 91 ss., relatore Levaux, par. 4.2.2.5.

(42) Tra i molti contributi, P. MILGROM E R. WEBER, *A Theory of Auctions and Competitive Bidding*, in *Econometrica*, 1982, 50/5, p. 1089 ss.; P. BAJARI, S. TADELIS, *Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations*, in AA. VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, cit.; sul fenomeno del cosiddetto "*winner curse*", si vedano, ad esempio, M. KLEIN, *Designing Auctions for Concessions – Guessing the Right Value to bid and the Winner's Curse*, in *Public Policy for the Private Sector, The World Bank Group*, 1998, n. 160; E. RASMUNSEN, *Teoria dei Giochi e informazione*, Hoepli, 1993, p. 275 ss.; P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, cit.

minuzioso e compiuto dei contenuti pattizi e dei diritti ed obblighi corrispettivi ⁽⁴³⁾.

Si tratta chiaramente di un altro serio fattore ostativo all'esperimento di procedure formali e meccaniche, che si distinguono, come abbiamo ricordato, per un'anticipazione piuttosto rigida dei termini del confronto ⁽⁴⁴⁾.

(43) Cfr. K. J. CROCKER E S. E. MASTEN, *Mitigating Contractual Hazards: Unilateral Options and Contract Length*, in *Rand Journal of Economics* 1988, 19, p. 327 ss.; V. GOLDBERG, *Regolamentazione e contratti amministrati* (trad. it.), in AA.VV., *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, a cura di D. GRILLO, M. COSSUTTA, Il Mulino, 1997, p. 342 ss.; A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Carocci, 2005, p. 195 ss.; P. MILGROM - J. ROBERTS, *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino, 1994, p. 200 ss.; si veda anche la relazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sull'attività svolta nell'anno 2008, pubblicata il 30 aprile 2009, al momento consultabile all'indirizzo <http://www.agcm.it/>, nel capitolo dedicato allo sviluppo della concorrenza, in materia di servizi pubblici, nonché il rapporto su *Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità*, AS026, del 1 luglio 1994 ove, a p. 26, si osserva che il ricorso alle procedure di gara al fine di incrementare la contendibilità di attività monopolistiche "comporta generalmente notevoli problemi legati alla variabilità dei fattori che nel tempo possono incidere sulle condizioni economiche di fornitura del servizio. Soprattutto laddove la specificità degli investimenti, nonché la lunghezza del periodo di realizzazione e di ammortamento economico degli stessi tendono ad ampliare in misura consistente la durata ottimale della concessione, l'esatta definizione dei contratti risulta estremamente difficile e costosa"; un interessante filo rosso lega quest'ordine di idee alla posizione espressa dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione 11 Marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, relatore A. BOTTO, visionabile online all'indirizzo <http://www.avcp.it>.

⁽⁴⁴⁾ Il problema è ben colto dalla pronuncia della V sezione del Consiglio di Stato, n. 5845 del 2008 che, valutando la struttura delle procedure di dismissione azionaria regolate dell'art. 1, comma 2, del D.L. n. 332 del 1994, ha ritenuto che fosse "da escludere, in linea di principio, la cristallizzazione di clausole nella fase antecedente la strutturazione del contratto: l'esito della procedura è preordinato alla realizzazione di un assetto complessivo che salvaguardi al massimo gli interessi pubblici coinvolti ed al contempo curi la migliore tutela dei singoli offerenti".

Su queste basi, il precedente ha ritenuto che "non è possibile ravvisare, nella preliminare determinazione a contrattare, un nucleo di previsioni inalterabili che opera come barriera logica a qualsivoglia modificazione convenzionale".

La successiva pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156, parrebbe meno disposta a convalidare quelle modifiche sostanziali che abbiano però l'effetto di variare in modo sostanziale accordi già conclusi.

Un punto di approdo, in materia di concessioni, potrebbe giungere con l'approvazione della proposta di direttiva europea al momento in gestazione; *infra*, tra breve.

L'idea che il formalismo degli schemi procedimentali valga ad allontanare efficacemente il pericolo di alterazione del concorso è ulteriormente indebolita dal fatto, ben noto alla prassi, che la varietà dei parametri comparativi cui deve necessariamente rimettersi la selezione di un socio o di un concessionario ⁽⁴⁵⁾ rende sostanzialmente illusoria ogni presunzione di azzeramento della discrezionalità, quale che sia il livello di meticolosità e di precisione adoperato nel preconstituire i parametri comparativi ⁽⁴⁶⁾.

Procedure fiscali e severe, che tuttavia impediscano alle parti di apprendere le une dalle altre e di moderare incognite e rischi, quando in gioco siano transazioni complesse, possono indurre una ritrosia a competere persino più grave di quella nascente dall'eventuale debolezza dei vincoli amministrativi.

Ad un'analisi non superficiale e non troppo influenzata dalla contingente piega presa dalle pratiche contrattuali interne, emerge che questo punto di vista non è affatto estraneo al regime giuridico dei contratti irriducibili alla gamma degli appalti ordinari e seriali, qualche volta sforniti - come accade a concessioni di pubblico servizio e contratti societari - di una meticolosa e puntuale regolazione dei metodi di affidamento.

La nutrita serie delle riprove di diritto positivo merita uno spazio apposito.

(45) V. par. 4.2.2.3 del menzionato parere del Comitato Economico e Sociale sul "*Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato*", del 19 ottobre 2000.

(46) In dottrina, per tutti, si legga il chiaro contributo di P. A. MORI, *Quando l'offerta economicamente più vantaggiosa è davvero vantaggiosa?*, in *Economia Pubblica*, 1997, p. 5 ss.; per un'analisi dei problemi coi quali deve confrontarsi la ponderazione dei parametri valutativi, nell'economia di giudizi multidimensionali, si veda la determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, del 20 maggio 2009, n. 4, recante *Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'articolo 153 del Codice dei contratti pubblici*.

5. Gare flessibili e partenariati complessi: riscontri di diritto positivo.

Un prima facile dimostrazione del fatto che, nonostante l'ingiustificata predilezione per il formalismo che tuttora imperversa nelle amministrazioni e nelle aule giudiziarie, l'ordinamento non avalla un'incondizionata preferenza per l'automatismo delle procedure, è offerta dalla disciplina dei settori esclusi.

A rigor di logica, un sistema di regole che fosse davvero dominato dall'obiettivo del massimo rafforzamento delle garanzie di imparzialità amministrativa, reprimendo per quanto possibile l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, dovrebbe tanto più irrigidirsi quanto più gravi fossero i pericoli di irregolarità o di sviamento.

I cosiddetti "settori speciali" identificano mercati di norma più deboli e dunque bisognosi di cautele persino supplementari, rispetto a quelli ordinari, perché le committenze pubbliche, nel loro ruolo di gestori delle infrastrutture a rete strumentali all'erogazione di rilevanti servizi essenziali, sono spesso munite di poteri monopolistici e monopsonistici.

Ciò nonostante, le amministrazioni possono qui fare liberamente ricorso alla procedura negoziata competitiva, diversamente da quanto accade nei "settori ordinari" (47).

La dottrina ha osservato che, tra le motivazioni di questa scelta legislativa, sta il fatto che in questi ambiti è più frequente l'esigenza di stipulare contratti laboriosi, i quali presuppongono

(47) Lo si ricava agevolmente dal combinato disposto degli artt. 1, comma 9 e 40 comma 2 della direttiva 2004/17/Ce, che hanno trovato recepimento nell'art. 220 del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163; cfr. S. CAEDDU, S. FIENGA, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, cit. p. 1030 s.

maggiori investimenti e specializzazioni tecnologiche e, d'altra parte, sta il riconoscimento dell'opportunità di accordare un maggior grado di libertà alle stazioni appaltanti, vista l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione dei vincoli concorsuali ⁽⁴⁸⁾.

Un indizio ancor più eloquente dell'attenzione che l'ordinamento comunitario riserva al contenuto sostanziale degli scambi cui accedono le procedure concorsuali, consapevole del fatto che la complessità può imporre una moderazione del controllo, per privilegiare efficienza e concorrenza, è offerta, come si è già notato, dalla struttura ibrida e plastica del dialogo competitivo ⁽⁴⁹⁾.

Anche in questo caso, non v'è ragione di supporre che la necessità di trasparenza e d'imparzialità sia meno grave, considerato che i contratti passibili di essere perfezionati con questo particolare

(48) Si leggano i convalidano che precedono l'articolato, nella direttiva vigente ed quelle anteriori (90/531/Ce e 93/38/Ce); in dottrina, v. G. MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 1993, p. 808 ss.; si consulti anche la relazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Appalti pubblici e concorrenza*, AS005 dell'1 luglio 1992, online all'indirizzo www.agcm.it.

(49) V. art. 29 della direttiva 2004/18/Ce e art. 58 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n.163; l'istituto appartiene al blocco di innovazioni introdotte nel 2004 col dichiarato scopo di porre rimedio alle conseguenze, da tempo riconosciute insoddisfacenti, dell'eccesso di schematicismo e di rigidità delle procedure classiche. La prospettiva critica è ben delineata sin dalla Comunicazione della Commissione sugli appalti dell'11 marzo 1998, COM (98) 143, che ha innescato il processo di revisione poi confluito nelle direttive 2004/18/Ce e 2004/17/Ce. Sull'istituto del dialogo, tra i molti, M. CLARICH, *Il dialogo competitivo*, in Atti del convegno su *La semplificazione della disciplina degli appalti alla luce dell'entrata in vigore delle Direttive comunitarie e del nuovo Codice degli appalti*, Paradigma, 2005; R. DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, p. 622 ss.; G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, cit.; F. FRACCHIA, L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla Direttiva 2004/18/Ce*, in www.giustamm.it; B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al Codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2009, 1, p. 127 ss.; D. M. TRAINA, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle regioni)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2005, 6, 1967; G. URBANO, M. GIUSTINIANI, *Procedure per la scelta del contraente*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, cit., p. 387 ss..

metodo sono per definizione innovativi e sofisticati e perciò mobilitano in genere investimenti cospicui.

Uno raziocinio affine, seguitando con emblematiche esemplificazioni, ha indotto la Corte di Giustizia ⁽⁵⁰⁾ a censurare l'articolo 21, c. 1., dell'ormai abrogata legge Merloni ⁽⁵¹⁾, nella parte in cui decretava una preferenza per il criterio del prezzo più basso, a discapito di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, solo perché più adatto a deprimere la libertà valutativa delle committenze.

La pronuncia ha sconfessato, in quanto erronea e semplicistica, l'idea che irrigidire i vincoli concorsuali sia scelta sistematicamente lecita e preferibile, sul piano della salvaguardia del mercato e della competizione ⁽⁵²⁾.

Nella materia che più da vicino interessa, infine, una quantità di indizi normativi e di documenti ufficiali delle istituzioni europee ribadiscono l'impostazione.

Per l'ennesima volta va notato che l'esigenza di presidiare l'imparzialità e la correttezza dei funzionari pubblici non è meno forte, quando si tratti di creare società miste o perfezionare concessioni di pubblico servizio, ma vale piuttosto la congettura contraria, visto che il conferimento di prerogative gestionali offre

(50) Seconda Sezione, 7 ottobre 2004, C-247/02, che ha definito il contenzioso tra Sintesi S.p.A. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici ed altri

(51) Legge n. 109 del 1994

(52) La motivazione della pronuncia ha chiarito che “la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali e astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le peculiari caratteristiche di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta”.

“Nella causa principale” – prosegue la motivazione – “il giudice del rinvio ha proprio sottolineato la complessità, sul piano tecnico, dell'opera da realizzare e, conseguentemente, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto utilmente tenere conto di tale complessità scegliendo criteri di aggiudicazione dell'appalto oggettivi, come quelli indicati, a titolo esemplificativo, all'art. 30, n. 1, lett. b), della direttiva”.

qui l'opportunità di lucrare rendite di norma più alte, perché facilmente consolida posizioni di privilegio, sul mercato.

Ciò nondimeno la Commissione e le istituzioni europee hanno legittimato chiaramente la possibilità di un ricorso metodico alla procedura negoziata competitiva, ai fini della costituzione di rapporti di partenariato pubblico privato.

La Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 2000 ⁽⁵³⁾, cioè il primo documento ufficiale appositamente dedicato al chiarimento dell'incerto regime di affidamento delle concessioni, pur accreditando l'esistenza di un obbligo di "messa in concorrenza", nel rispetto di criteri trasparenti, non discriminatori, proporzionati, preventivamente stabiliti, ha comunque reputato "il concedente libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, (...) in funzione delle caratteristiche del settore interessato".

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha prontamente avallato l'orientamento ⁽⁵⁴⁾, in seguito non sconfessato dalle direttive 2004/18/Ce e 2004/17/Ce ⁽⁵⁵⁾.

Il Comitato Economico sociale dell'Unione Europea ⁽⁵⁶⁾, spingendosi persino oltre l'atteggiamento di apertura della

(53) Comunicazione sulle concessioni del 12 aprile 2000; a commento, tra i molti, E. MAURO, *La giurisprudenza di lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 5, p. 1183 ss., con ulteriori riferimenti dottrinali in nota 2; utile un nuovo rimando alla determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, 11 Marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, cit.

(54) Con l'avallato della v. Corte di Giustizia, Sesta Sezione, 7 dicembre 2000, causa C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria; cfr. nuovamente E. MAURO, *La giurisprudenza di lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, cit.

(55) Gli artt. 1, e lett. a) e b), 18 della direttiva 2004/17/Ce, nonché gli artt. 1, c. 3 e 4, e 17 della direttiva 2004/18/Ce seguitano a sottrarre il conferimento delle concessioni alle regole valedole per gli appalti e continuando a prescrivere soltanto essenziali e preliminari adempimenti conoscitivi.

Commissione, ha commentato quel primo documento interpretativo deprecando l'assenza di un'esplicita dichiarazione di favore per le procedure negoziate competitive, giudicate più adatte a fronteggiare l'elevato tasso di aleatorietà che di consueto caratterizza gli affidamenti concessori.

Nella specifica materia dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, il testo del comma 3 dell'art. 5 del regolamento CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, dopo aver ribadito che l'attribuzione delle concessioni deve avvenire tramite una procedura di gara "equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e di non discriminazione", specifica esplicitamente che, "dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione, il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi".

Da ultimo, la più aggiornata comunicazione interpretativa della Commissione sui PPP ⁽⁵⁷⁾ ha riassuntivamente affermato a chiare lettere che, alla stregua dell'ordinamento comunitario vigente, "le amministrazioni aggiudicatrici possono *sempre* ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, per l'aggiudicazione di concessioni" ⁽⁵⁸⁾.

(56) Parere del Comitato economico e sociale sul tema *Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)*, del 19 ottobre 2000, cit.

(57) Comunicazione in tema di "*applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*", C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008.

(58) "o di appalti pubblici diversi da quelli interamente disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE", ove peraltro resta fruibile il dialogo competitivo; si legga il paragrafo 2.3. del documento. Corsivo aggiunto, nel testo.

In buona sostanza il documento segna una linea divisoria tra l'area dei contratti standardizzati, nei settori ordinari (la cui preparazione resta vincolata al rispetto delle procedure concorsuali rigide e formali) e l'area delle restanti contrattazioni (la cui preparazione può invece rifarsi, in via generale, alla struttura del duttile dialogo competitivo o della informale procedura negoziata competitiva).

La proposta di direttiva comunitaria intenzionata a sottrarre la materia delle concessioni all'evasiva influenza dei principi generali, con una disciplina derivata che al momento versa in avanzata fase di discussione ⁽⁵⁹⁾, a propria volta modella la selezione del concessionario rifacendosi allo schema della procedura negoziata concorrenziale ⁽⁶⁰⁾.

A testimonianza del credito che il favore per la flessibilità procedurale va conquistando, in seno alle istituzioni comunitarie, basti segnalare, a chiusura dell'illustrativa rassegna, che il Comitato economico sociale nel nuovo parere ⁽⁶¹⁾ da poco dedicato all'ultimo libro verde della Commissione in materia di modernizzazione della disciplina dei contratti pubblici ⁽⁶²⁾, è addirittura giunto ad esprimere il convincimento che sarebbe opportuno consentire, in ogni ambito contrattuale e senza necessità di presupposti tassativi, il ricorso ad "*una procedura negoziata generale, sul modello di quella prevista dalla direttiva sui servizi di pubblica utilità o analoga al dialogo competitivo*" ⁽⁶³⁾.

Tutti questi elementi riflettono una nitida consapevolezza del fatto che le usuali gare formali, ispirate ad un criterio di preferenza per la meccanicità e per il massimo abbattimento del potere discrezionale, non sono strumenti idonei all'approntamento di negoziati complessi.

(59) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione il 20 dicembre 2011, COM(2011)897; consigliabile la lettura dei documenti di lavoro e delle analisi di impatto dei servizi della Commissione che hanno preparato la redazione del documento, SEC(2011) 1589 def. e SEC(2011) 1588 def.; l'Ufficio rapporti con l'Unione europea della Camera ha redatto sulla proposta di direttiva il dossier 21 maggio 2012 n. 121, al momento online all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/Es121.htm>; si veda anche il "Documento di Posizione" dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, del 19 marzo 2012, visionabile sul sito dell'Istituzione, all'indirizzo <http://www.avcp.it>.

(60) V. art. 35 della proposta, intitolato "garanzie procedurali".

(61) del 13 luglio 2011, liberamente consultabile sul sito dell'Istituzione.

(62) COM (2011) 15 def.,

(63) par. 3.6.2.

Naturalmente, il rinnovato favore per la duttilità presuppone un affinamento delle politiche di prevenzione dei fenomeni di nepotismo e collusione, che non si illuda di avere successo limitandosi ad inasprire la procedimentalizzazione dei negoziati, ma che piuttosto sappia presidiare l'accesso dell'amministrazione al mercato con strumenti alternativi e paralleli ⁽⁶⁴⁾.

E' però anche impellente l'esigenza di un'emancipazione del sindacato giurisdizionale che, affrancandosi dalla mera e convenzionale verifica di conformità delle scelte dei funzionari a regole minuziose e rigidamente precostituite, valga ad incoraggiare il sereno e consapevole esercizio di quel maggior grado di libertà che l'adattabilità dei procedimenti e dei percorsi decisionali inevitabilmente porta con sé, insieme ad una fisiologica moltiplicazione dei momenti di scelta e di incertezza.

Con questa presa di coscienza, è ora giunto il momento di tornare al tema dell'accertamento del danno erariale, per mostrare come il criterio avallato dalla sentenza della Corte ligure, nel passaggio motivazionale al centro della riflessione critica, mal si concili con l'imperativo di non frustrare l'inventiva e la capacità di adattamento, tanto più indispensabili in situazioni di crisi che, sull'esempio genovese, potrebbero altrove ripresentarsi.

(64) In questo scenario è certamente auspicabile la valorizzazione delle prerogative dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici; in tema, tra i molti lavori disponibili, L. ZANETTINI, *Organi istituzionali e relative funzioni*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, cit., p. 129 ss..

6. Ragionando per assurdo

Principi di economia dell'amministrazione e di buon senso suggeriscono che, ove un ente o un sistema organizzativo sia interessato ad ottenere che un sottoposto - il controllo dei cui comportamenti sia appannato da una distribuzione asimmetrica dell'informazione - operi per il conseguimento di una pluralità di risultati, in potenziale conflitto tra loro, occorre prestare attenzione al bilanciamento degli incentivi ⁽⁶⁵⁾.

In breve, se assumiamo che l'ordinamento desideri prevenire danni all'erario, nella predisposizione di concessioni e privatizzazioni ma, al contempo, voglia incoraggiare l'intraprendenza dei funzionari e la flessibilità dei difficoltosi processi di scelta, diviene necessario leggere le norme sulla responsabilità amministrativa e tener conto dei condizionamenti che ne conseguono in modo tale che i due ordini di obiettivi non entrino in contraddizione ed in modo tale che gli amministratori - in genere arbitri della selezione del modello concorsuale opportuno, entro l'intervallo delle possibilità astrattamente accordate dal legislatore ⁽⁶⁶⁾ - non siano indotti a preferire sistematicamente l'opzione in concreto meno efficiente e meno desiderabile, dal punto di vista sociale.

(65) P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economia, organizzazione*, cit., p. 344, accennano all'idea come "principio di uguale compenso" e osservano, a titolo esemplificativo, che se l'allocazione del tempo e degli sforzi di un dipendente tra le sue diverse occupazioni non può essere direttamente verificata dal datore di lavoro e tutte rilevano, allora occorre che il rapporto sia strutturato in modo tale che l'agente possa trarre proporzionati marginali bilanciati, dall'esecuzione dei diversi compiti. K. J. ARROW, *L'agenzia e il mercato, in Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, Il Mulino, 1987, p. 179, applica analogo ragionamento al caso di un "agente" chiamato ad operare nell'interesse di più "principali" in concorrenza tra loro, svantaggiati dall'asimmetria dell'informazione. D. M. KREPS, *Corso di microeconomia*, Il Mulino, 1993, p. 805 s. affronta il tema nella specifica materia delle gare e dei contratti pubblici.

(66) Non mi risulta che vi siano precedenti, in materia contrattuale, che abbiano affermato la responsabilità di un funzionario il quale, autorizzato dalla legge ad optare, abbia preferito una procedura negoziale rigida ed analiticamente regolata ad una procedura flessibile e discrezionale.

Su queste basi, riprendiamo la sentenza del giudice ligure.

Abbiamo visto che la pronuncia ha da una parte considerato la firma del *closing memorandum* eziologicamente rilevante, nella produzione del supposto danno, sebbene l'atto non fosse vincolante né immediatamente produttivo di sicure perdite, ma al contempo ha voluto confinare la ricerca dei vantaggi alla cerchia delle conseguenze dirette e subito tangibili della sottoscrizione ⁽⁶⁷⁾.

Ora, non è difficile intuire che, in linea teorica, quanto meno stereotipato e formalizzato sia il modello di negoziazione prescelto da un'amministrazione, tanto più numerose dovrebbero essere le valutazioni e le scelte che i funzionari si troveranno a compiere, fronteggiando condizioni di incertezza, nel corso del procedimento.

Avanzando nella progressione logica, possiamo ancora congetturare che, quanto maggiori siano i nodi dell'albero decisionale e quanto più grave sia la complessità e l'aleatorietà dell'operazione contrattuale, tanto più dovrebbero moltiplicarsi (perlomeno nell'immaginario e nei timori degli amministratori) le occasioni di errore e, di conseguenza, le possibilità che siano contestati pregiudizi o violazioni.

Nella situazione che stiamo immaginando, ad ogni bivio dell'albero decisionale corrisponderebbe, sotto il velo dell'incertezza, una non trascurabile probabilità di sbagliare (o, più semplicemente, di non incontrare, a fatto compiuto, l'approvazione degli organi giudiziari o di controllo) e, conseguentemente, di vedersi addebitare perdite, decisioni subottimali o mancati guadagni che – secondo l'assunto della Sezione ligure – non potrebbero cercare alcun contrappeso negli eventuali benefici ultimi dell'attività complessiva.

(67) Peraltro trascurandone, come si è già notato, il pronto impatto sulla prosecuzione dell'operazione di salvataggio, evitando che naufragasse tra le dispute interpretative sul valore delle clausole delle bozze *intercompany*.

Un semplice grafico, che mette visivamente a confronto due alberi decisionali caratterizzati da differenti gradi di incertezza e stadi valutativi può giovare al chiarimento, più di molte parole.

L'albero di sinistra, nella figura 1 che segue, stilizza un percorso procedimentale rigido, che possiamo esemplificativamente immaginare ingessato da una disciplina minuziosa e fiscale e perciò contraddistinto da due soli momenti di snodo e di rilevante incertezza, che segnano corrispondenti necessità di scelta.

Questi momenti di snodo sono identificati dai bivi corrispondenti ai numeri 1 e 2, evidenziati in giallo.

Il disegno ipotizza che ogni bivio prospetti due alternative (designate come 'a' e 'b'), sicchè l'itinerario decisionale di sinistra ammette quattro possibili esiti ⁽⁶⁸⁾, rispettivamente legati al percorso (a1, a2), (a1, b2), (b1, a2), (b1, b2).

Naturalmente le occasioni di scelta e la possibilità o il timore di errare, applicando norme rigide e puntuali, sono di norma più basse, perché l'esecuzione del compito è precisamente regolata, senza concedere spazio all'inventiva ⁽⁶⁹⁾.

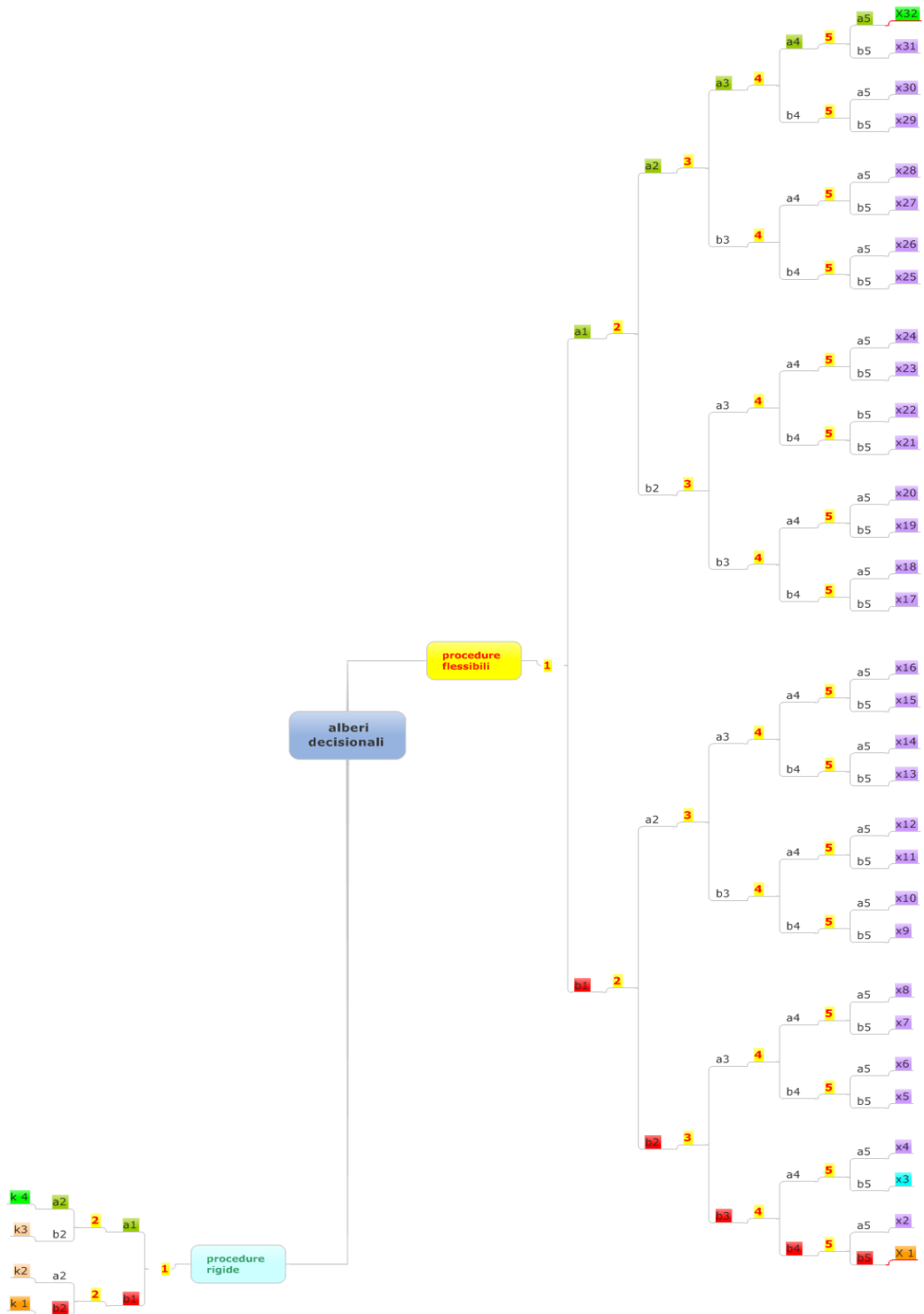
L'albero di destra raffigura un percorso decisionale più flessibile e perciò più indeterminato e ramificato, cioè contraddistinto da un numero leggermente superiore di possibili snodi e livelli di scelta, cioè di fasi in cui l'incertezza e l'evasività dei vincoli giuridici comportano l'esigenza di compiere delle opzioni ⁽⁷⁰⁾.

Nella figura ne sono stati immaginati cinque, anziché i due del lato di sinistra.

(68) Che vanno da "k min" a "k max".

(69) Su questa circostanza tra breve, *infra*.

(70) Ancora una volta tra 'a' e 'b', cioè tra a1 e b1, a2 e b2, a3 e b3 etc.



E' ovvio che una più realistica comparazione tra procedure meccaniche (quelle simboleggiate dall'albero di sinistra) e

procedure flessibili, ad esempio quelle negoziate competitive (a destra), calata in un complicato processo di privatizzazione, come quello che ha dato spunto alla presente annotazione, giustificerebbe uno scarto assai più marcato, tra il numero degli stadi valutativi dei due itinerari decisionali e richiederebbe una più accurata specificazione delle distribuzioni di probabilità, bivio per bivio.

Peraltro, non è affatto scontato che nella realtà ad ogni snodo debbano corrispondere due sole alternative, né che il processo di scelta sia banalmente sequenziale, come quello raffigurato dai due alberi.

Tuttavia, per gli scopi puramente illustrativi che ora mi riprometto, la semplificazione è tollerabile e consente comunque, nonostante la sottovalutazione delle differenze, di cogliere il punto.

Infatti, pur nel suo schematismo la figura è sufficiente a mostrare che anche un aumento modesto dei profili di indeterminazione della disciplina legale e delle corrispondenti necessità di optare, per i funzionari, può originare una moltiplicazione sensibile e non proporzionata dei nodi e degli esiti possibili del processo deliberativo ⁽⁷¹⁾.

Ora, prima di procedere con l'analisi delle implicazioni di questa osservazione e proprio allo scopo di esplicitarne meglio il senso e la portata, è bene richiamare alla mente alcune circostanze, di seguito compendiate per punti.

a) Occorre anzitutto riconoscere che il sistema giuridico vigente è attrezzato per ingenerare nei funzionari il serio timore di una

(71) Il grafico descrive una crescita che segue una progressione geometrica, sicché l'albero di destra, con tre soli livelli di incertezza supplementari, cioè tre stadi procedurali legislativamente non predeterminati, a differenza di quanto accade a sinistra, così da richiedere tre fasi di scelta aggiuntive, prospetta trentadue esiti possibili ed altrettanti percorsi (a1, a2, a3 ... oppure a1, b2, a3, etc. etc.), in luogo dei quattro dell'altro albero.

punizione severa degli eventuali errori ⁽⁷²⁾, appunto tramite la responsabilità amministrativa, tuttavia non è in grado (al di là delle proclamazioni demagogiche, che di tanto in tanto fanno capolino in leggi e norme di riforma e che invariabilmente restano sulla carta) di premiare i risultati positivi e, tanto meno, di graduare le proprie risposte, con premi e penalità, secondo la qualità dei risultati conseguiti, soprattutto laddove i costi siano facilmente monetizzabili ed i benefici siano diffusi e collettivi.

b) Una ricca riflessione teorica, di taglio interdisciplinare, suggerisce di dosare attentamente le responsabilità, quando le decisioni esposte alla minaccia risarcitoria siano chiamate a bilanciare ed amalgamare posizioni ed interessi che non hanno la medesima visibilità, in sede processuale o nell'economia di procedure tutorie o sanzionatorie, cui siano sottomessi i decisori.

Tenuto conto del punto a) che precede, un calcolo del tutto razionale può indurre un funzionario dubbioso, chiamato a compiere scelte obiettivamente aleatorie, a preoccuparsi assai più del pericolo di errare e produrre perdite ben quantificabili col senno di poi, che di cogliere l'incerta opportunità di procurare al gruppo sociale un beneficio diffuso e scarsamente riconoscibile ⁽⁷³⁾.

(72) Il fatto poi – ben evidenziato dallo studio di A. ZULIANI ET AL, *Un'analisi statistica delle sentenze della Corte di conti. Prime evidenze*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2009, p. 673 ss. - che all'intensità della minaccia risarcitoria non corrisponda, a posteriori, un proporzionato un numero di condanne definitive ed un proporzionato sforzo di recupero delle somme oggetto di risarcimento individua un problema diverso, che ovviamente non azzera l'effetto dissuasivo, a priori; in questa differente angolatura, rispetto a quella privilegiata nel presente scritto, N. LONGO, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità amministrativa: un contributo di 'laws and economics'*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2005, al momento consultabile online all'indirizzo www.amcorteconti.it

(73) Su questa linea, P. TRIMARCHI, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 367 ss.; ID, relazione al convegno organizzato il 16 maggio a Roma dall'Associazione Nazionale Magistrati dal titolo "*La responsabilità civile dei magistrati, le proposte di modifica tra disinformazione e realtà*", al momento visionabile, in formato multimediale, all'indirizzo internet <http://www.magistraturademocratica.it> o all'indirizzo <http://www.radioradicale.it>; si permetta anche il rinvio ad M. CAFAGNO, *La Tutela risarcitoria degli interessi legittimi, Fini pubblici e reazioni di*

E' ragionevole supporre che, proprio per l'incombenza di una minaccia risarcitoria, non controbilanciata da un simmetrico sistema premiale, un amministratore pubblico, reso obiettivamente incerto dall'ambiguità dei principi normativi e dall'indeterminatezza del procedimento seguito, sia portato, nel vagliare il proprio corso di azioni ed il grado di cautela da adoperare, ad associare alla prospettiva di un'eventuale sottovalutazione del pericolo di patire contestazioni conseguenze molto più gravi di quelle associabili ad un'eventuale sopravvalutazione.

Studi dedicati alla responsabilità hanno dimostrato che indicatori normativi di dubbia interpretazione alimentano un razionale eccesso di cautela, poiché ogni operatore avveduto, in caso di incertezza, tende a stimare le conseguenze attese delle proprie scelte attraverso una sorta di media ponderata delle perdite che subirebbe nel caso fosse giudicato responsabile e di quelle che affronterebbe nel caso fosse ritenuto diligente. (74).

mercato, Giuffrè, 1996, p. 117 e p. 369 ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione*, relazione al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo, tenutosi a Venezia, Fondazione Cini, il 28-29 settembre 2006, su "analisi economica e diritto amministrativo", pubblicata in *Annuario* 2006, Giuffrè, 2007; la tematica è ripresa con spunti interessanti da D. PAPPANO, *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Jovene 2008.

(74) Più diffusamente, R. COOTER ed altri, *Il mercato delle regole*, Il Mulino, 2006, p. 426; per uno sviluppo della tematica e per il reperimento di ulteriori riferimenti bibliografici, si consenta altro rimando ad M. Cafagno, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della P.A.*, in *Diritto Pubbl.*, 2008, numero 3, p. 719 ss.

Tra i molti lavori dedicati all'analisi dei principi che reggono una gestione oculata dell'efficacia dissuasiva degli istituti risarcitori, soprattutto quando la responsabilità possa nascere dall'applicazione di norme vaghe, R. COOTER, *Prices and Sanctions*, *Columbia Law Rev.*, 1984, vol. 84, p. 1523 ss.; J. E. CALFEE, R. CRASWELL, *Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards*, *Virginia Law Review*, 1984, v. 70, 965 ss.; F. DENOZZA - L. TOFFOLETTI, *Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: the case of antitrust damage suits*, marzo 2008, visionabile sul sito ssrn.com; G. FREZZA, F. PARISI, *Responsabilità Civile ed Analisi Economica*, Giuffrè, 2006; I. GILEAD, *Tort Law and Internalization: The Gap between Private Loss and Social Cost*, *International Review of Law and Economics*, 1997, 589 ss.; H. B. SCHÄFER, R. VAN DEN BERGH, *Member States Liability for Infringement of the Free Movement*

c) Lo strutturale squilibrio del sistema giuridico vigente, nella rilevazione di costi e benefici, prevedibile causa di remore e ritrosie socialmente nocive, è chiaramente amplificata dalla tesi sostenuta dal giudice ligure che, in forza di un'interpretazione discutibile già sul piano letterale e sistematico, finisce con l'erosare persino quell'esigua opportunità di bilanciamento al momento contemplata dall'art. 1 c. 1 bis della legge n. 20/94.

d) Qualcuno potrebbe rilevare che l'ordinamento vigente contempla pur sempre il potere riduttivo ⁽⁷⁵⁾, ma l'obiezione non sarebbe persuasiva; anzitutto perché la lettera dell'art. 1 c. 1 bis. cit. tiene esplicitamente e funzionalmente distinto il calcolo dei vantaggi concomitanti, necessario all'accertamento stesso del danno, dall'esercizio del potere riduttivo, funzionale alla moderazione della

of Goods in the EC, Journal Of Institutional and Theoretical Economics, vol. 156, 2000, p. 382 ss., visionabile in versione paper all'indirizzo www.ssrn.com; S. SHAVELL, *Responsabilità e deterrenza*, trad. in *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Giappichelli, 2005, p. 153 ss.; con specifico riferimento alla responsabilità degli enti e dei funzionari pubblici, anche in ottica comparatistica, I. GILEAD, *Tort liability of public authorities and public servants in Israeli tort law*, in AA. VV. *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, a cura di D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS, J. BELL, British Institute of Intern. and Comparative Law, 2002, p. 499 ss.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Il Mulino, 2009, p. 282 ss.; M. OLSON, *Official Liability and its Less Legalistic Alternatives*, in *Law and Contemporary Problems*, 1978, vol 42, n.1, p. 67 ss. (l'intero volume della rivista che ospita il contributo merita peraltro attenzione, essendo integralmente dedicato alla teoria della responsabilità dei pubblici poteri).

Per uno studio generalizzabile delle variabili che, in linea generale, plasmano la capacità orientativa delle norme sulla responsabilità, una pietra miliare resta naturalmente G. CALABRESI, *Costo degli incidenti*, Giuffrè, 1975, *passim*.

(75) Sulle cui caratteristiche, basti un rimando M. RISTUCCIA, *I giudizi di fonte alla Corte dei conti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, II ed., Milano, 2003, tomo V, p. 4809 ss.; A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in AA. VV. *Le responsabilità pubbliche*, a cura di D. SORACE, cit., p. 239 ss. e 245 ss.

sanzione, dopo che il danno sia stato appurato ⁽⁷⁶⁾; in secondo luogo perché il potere riduttivo opera a posteriori e, ad esser franchi, alla stregua di uno statuto giurisprudenziale abbastanza ondivago ed imprevedibile, sicché i funzionari, a priori, sono comunque costretti ad agire sotto il velo dell'incertezza e, in condizioni di naturale avversione al rischio, resta verosimile che siano sensatamente indotti a parametrare le loro opzioni agli scenari meno ottimistici.

Analoghe repliche potrebbero essere opposte a chi giudicasse il filtro della colpa grave sufficiente a sminuire gli inconvenienti stigmatizzati, sul piano degli incentivi.

Di nuovo, occorrerebbe ricordare che l'art. 1, c. 1 bis, opera su di un piano oggettivo e perciò conserva la propria autonomia giuridica, rispetto alla verifica dell'elemento soggettivo.

In secondo luogo, mi pare sia nel giusto la dottrina ⁽⁷⁷⁾ che reputa illusoria ed irrealistica la supposizione che un funzionario pubblico ⁽⁷⁸⁾, il quale per le sue competenze sia quotidianamente chiamato a comporre interessi e ad incidere su sostanziose questioni economiche o sociali, con decine di atti rischiosi e carichi di conseguenze, possa intravedere nell'astratta irrilevanza della colpa

(76) La dottrina, tenuto conto dell'espresso inciso letterale nel comma – “fermo restando il potere di riduzione” – ha condivisibilmente sottolineato che la considerazione dei vantaggi “si distingue dal potere riduttivo perché non riduce la quantificazione del danno ma è un parametro proprio per giungere a tale quantificazione”; così E. SCHLITZER, *commento a Corte Conti reg. Lazio, 12/01/1999, n. 3, sez. Giurisdizione*, in *Lavoro nelle P.A. 1999*, 5, 1153; condivide la prospettiva, pur intravedendo fattori di contaminazione con momenti valutativi dell'illecito che finiscono col lambire anche l'elemento dell'antigiuridicità della condotta, L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, cit. p. 3328 ss.

(77) Mi riferisco a P. TRIMARCHI, relazione al convegno su “*La responsabilità civile dei magistrati, le proposte di modifica tra disinformazione e realtà*”, cit., min. 44 e s. della registrazione.

(78) Un magistrato ma anche il sindaco od il vice sindaco di una grande metropoli.

lieve una rassicurazione sufficiente a cancellare ogni ritrosia ⁽⁷⁹⁾; ed è quasi superfluo ribadire che i timori possono anche qui dipendere dall'incertezza sui possibili orientamenti degli organi di controllo o giudiziari, oltre che dall'oscurità delle norme o dalla confusione dei fatti ⁽⁸⁰⁾.

Infine, è a mio giudizio assorbente il rilievo che le conclusioni tratte dalla comparazione dei due percorsi decisionali, rappresentati nel grafico, valgono indipendentemente dal livello di consapevolezza sottostante le scelte identificate dai vari nodi; è sufficiente tener ferma l'ipotesi che, nei due itinerari, questo livello sia omogeneo.

Sembra ora maturo il tempo per trarre le fila del discorso.

(79) Mi limito a rilevare in nota - trattandosi di profilo volutamente emarginato dal commento critico - che l'artificiosa scomposizione di vicende funzionalmente unitarie, sfasando i criteri di misurazione di costi e benefici dei comportamenti adottati dai funzionari, minaccia semmai di compromettere il giudizio sull'elemento soggettivo.

Secondo un indirizzo pacifico della giurisprudenza della Corte dei Conti la verifica della colpa grave postula che la condotta sia valutata in relazione "alla prevedibilità delle conseguenze, alle modalità del fatto, all'atteggiamento soggettivo dell'autore nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso" (C.Conti Calabria, sez. giurisdizionale, 20.7.2010, n. 426; v. anche, tra le molte, Sezioni Riunite, 10.6.1997, n. 56) e la ricognizione dei vari indici, idonei a concretare il presupposto della gravità, "deve essere effettuata con giudizio formulato ex ante, in rapporto al reale e concreto contesto in cui i pubblici agenti si siano trovati ad operare" (così, C.Conti Puglia, sez. giurisdizionale, 18.12.2001, n. 1180, nello stesso senso, tra le molte, Sezioni Riunite, 21 maggio 1998, n. 23/A).

In breve, per assodare la colpevolezza, nella ingente consistenza richiesta dall'art. 1 della l. n. 20/1994 e dalla relativa interpretazione giurisprudenziale, "occorre contestualizzare il comportamento dell'agente" (ancora C.Conti Calabria, sez. giurisdizionale, 20.7.2010, n. 426, cit.)

Secondo Corte Conti, Sez. I, 5 febbraio 2004, n. 44, "l'elemento soggettivo della colpa grave, di cui all'art. 1 l. n. 20/1994, deve essere valutato nella concretezza dell'azione amministrativa, inserita nell'effettiva organizzazione esistente e non rispetto al mero parametro normativo, prescindendo dall'effettività comportamentale, nella situazione operativa, funzionale, relazionale ed organizzativa di fatto (esistente)" perché "in caso contrario si verserebbe in un responsabilità oggettiva, non ammessa dall'ordinamento".

⁽⁸⁰⁾ Cfr. H. B. SCHÄFER, R. VAN DEN BERGH, *Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC*, cit.; W. F. SCHWARTZ, *Legal Error*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 1029, all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com>; S. SHAVELL, *Fondamenti*, cit., 203 ss.

Uno scrupolo di chiarezza suggerisce di procedere nuovamente per punti.

1) La prima facile conclusione che possiamo trarre è che, muovendo dai postulati della Corte ligure (delimitazione dei vantaggi alla cerchia delle conseguenze immediate del singolo atto contestato, con asimmetrica stima dei pregiudizi), è molto verosimile che un funzionario ragionevolmente preoccupato di evitare condanne sia portato a preferire la conservazione dello *status quo*, finché possibile (ad esempio al cospetto di inefficienze causate da altri) o, comunque, l'itinerario capace di ridurre il numero delle scelte (per intendersi, l'albero di sinistra, anziché quello di destra, nella figura), per il semplice fatto che esso diminuisce le possibilità di contestazione.

L'irrequieta moltiplicazione giurisprudenziale delle categorie di danno passibile di risarcimento, specialmente in materia contrattuale ⁽⁸¹⁾ concorre naturalmente ad accentuare la tendenza a preferire gli alberi decisionali più "spogli".

(81) Tra i molti, A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Giuffrè, 2012, p. 91 ss.; E. SCHLITZER, *Il danno erariale: una nozione essenziale di non facile definizione*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., p. 177 ss.; ID., *Le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa e di processo contabile*, in *Foro amm.* CDS 2010, 1, 219, in part. par. 1.2.2.; D. CHINDEMI, *Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 5, p. 1166 ss.; con specifico riferimento alla materia contrattuale, P. SANTORO, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa nei contratti pubblici*, cit., p. 591 ss. e 648 ss.; per una rappresentazione aggiornata delle posizioni giurisprudenziali in materia di danno all'immagine, tra le molte, C. Conti, sez. I, 13 gennaio 2012 n. 18; in dottrina, limitando il rinvio a poco più di un cenno, G. BOTTINO, *Il «danno alla immagine»: dell'Amministrazione pubblica, o del Legislatore?* (nota a Corte Cost., 15 dicembre 2010, n. 355) in *Giur. cost.*, 2010, 6, p. 4996 ss.; F. CAPALBO, *Danno alla efficienza della azione amministrativa - natura patrimoniale e non patrimoniale alla luce della sentenza Corte cost. in tema di danno all'immagine n. 355/2010*, in *Lexitalia.it*, 1/2011; M. Perin, *Rimessione alle Sezioni Riunite delle questioni in materia di danno all'immagine dell'amministrazione già oggetto di contrasto giurisprudenziale* (nota a C. Conti, Sez. I, giur. centrale d'appello, Sentenza-Ordinanza 9 gennaio 2003 n. 5); R. URSI, *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.* 2001, 2-3, 309; sul danno alla concorrenza in particolare, A. CORSETTI, *Il danno alla concorrenza giudicato dalla Corte dei conti*

2) In secondo luogo, è ragionevole presumere che agenti intimoriti dall'incombere dell'azione di responsabilità siano spinti a prediligere metodicamente l'itinerario scandito da combinazioni di alternative più facilmente qualificabili, in quanto l'accorgimento è idoneo a ridurre la probabilità di compiere atti suscettivi di essere messi sotto accusa, a posteriori.

Anche sotto questo profilo il percorso di sinistra - cioè quello delle procedure formali e vincolate - parrebbe più adatto a rassicurare il funzionario, rispetto a quello di destra.

La constatazione di nuovo stride con le esortazioni legislative in materia di partenariati e privatizzazioni e di certo non si adatta alle urgenze decisionali tipiche di una straordinaria situazione di crisi, come quella che ha interessato il Comune di Genova.

3) E' infine agevole constatare che la preferenza per l'approccio procedimentale che nei precedenti paragrafi abbiamo appurato meno congruo, sul piano dell'utilità sociale, tuttavia più sicuro, sul piano individuale (cioè il formalistico automatismo), è per paradosso destinata a consolidarsi di pari passo con l'aumento dei vantaggi teoricamente associabili al percorso alternativo (cioè quello delle procedure convenientemente flessibili).

Il rilievo è intuitivo e per metterlo rapidamente a fuoco è sufficiente tornare alla figura 1 ed assumere che l'altezza dei rami dei due alberi, in verticale, rappresenti in qualche modo il livello di utilità collettiva delle scelte dei funzionari.

(nota a C. Conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 14 luglio 2006, n. 447, in *Foro amm.* TAR 2006, 7-8, p. 2735 ss.; F. REGA, *Il danno erariale per violazione della concorrenza*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2008, 7/8, p. 1635 ss.; L. VENTURINI, *Il sistema della responsabilità amministrativa*, in AA. VV. *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, a cura di P. NOVELLI, L. VENTURINI, Giuffrè, 2008, p. 112 ss.; A. VETRO, *Il c.d. "danno alla concorrenza" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, in *Lexitalia.it*, n. 11/2011; ID., *Il danno erariale conseguente alla violazione delle norme comunitarie ed interne di evidenza pubblica. I contrasti giurisprudenziali della Corte dei conti sul c.d. "danno alla concorrenza"*, in *Lexitalia.it*, n. 6/2011.

Immaginiamo che, in corrispondenza dei vari nodi (1, 2 etc.), i rami 'a' dei due alberi, più alti, indichino un livello di benessere sociale maggiore, rispetto ai rami 'b', più bassi ⁽⁸²⁾.

Ogni singolo atto o decisione intermedia che in qualche punto deviasse del percorso ideale ⁽⁸³⁾ e conducesse ad un esito inferiore all'apice, nei due rispettivi percorsi, potrebbe teoricamente fornire impulso alla contestazione di un danno non comparabile, secondo la Sezione genovese, col risultato ultimo dell'attività complessiva.

Senonchè, su queste basi non soltanto avremmo a destra un maggior numero di rischi, per i funzionari; per assurdo il gap finirebbe col crescere parallelamente all'aumento dei benefici attesi della strada più virtuosa e meno tracciata.

In breve, quanto maggiore fosse il vantaggio insito nell'operazione più costruttiva, in termini di guadagno potenziale per la comunità e per l'amministrazione, tanto più seducente diverrebbe l'alternativa mediocre ⁽⁸⁴⁾.

Il quadro complessivo sembrerebbe dunque ben lungi dal soddisfare il vincolo di coerenza degli incentivi dal quale abbiamo preso le mosse, nel preambolo della dimostrazione.

L'indirizzo giurisprudenziale che ha impegnato l'analisi critica parrebbe in conclusione poco aderente alla lettera ed alla sistematica dell'art. 1, c. 1 bis della legge n. 20/1994, intimamente contraddittorio, nello sfasare la descrizione dei fatti produttivi di costi e vantaggi e, cosa forse più grave, portato ad innescare, tramite un gratuito inasprimento della dissuasione, reazioni che preparano effetti addirittura opposti agli obiettivi che il legislatore

(82) L'approdo ideale è identificato da 'k4, nell'albero di sinistra, da 'X32', in quello di destra.

(83) Quello che unisce i nodi 'a1', 'a2' ... etc.

(84) Si noti, a scopo didascalico, che l'albero di sinistra, nel grafico, resterebbe preferibile, per il singolo decisore, nonostante 'X32' sia decisamente superiore a 'K4' e sebbene in pratica anche tutti gli esiti dell'albero di destra che giacciono sopra 'X3' eguagliano o superino 'K4'.

si è prefisso, sia nel disciplinare la responsabilità amministrativa, sia nel premere perché siano finalmente avviate quelle ambiziose manovre di apertura del settore dei servizi pubblici al mercato che presuppongono un'elastica interazione coi privati ed un'equilibrata suddivisione del rischio, all'insegna di logiche cooperative ⁽⁸⁵⁾.

Per paradosso, l'orientamento promette di svilire l'intraprendenza degli amministratori soprattutto dove massima è l'urgenza dell'intervento, giacchè l'aleatorietà dell'azione pubblica ed il conseguente bisogno di flessibilità sono direttamente proporzionali alla serietà dei problemi da affrontare ed alla complessità dei negoziati da condurre, secondo l'intuitiva equazione che il caso genovese illustra bene.

⁽⁸⁵⁾ Sulla cui indispensabilità, nell'economia dei rapporti concessori, basti un rimando a G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *Scritti Scelti*, Giuffrè, 2009, p. 843 ss.