

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA IN UNA PROSPETTIVA DI ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

di Marco Scognamiglio (*)

Abstract: L'analisi economica del diritto si occupa degli effetti delle norme giuridiche sul comportamento degli attori del sistema e della desiderabilità sociale di tali effetti. Si basa sul concetto di efficienza in senso paretiano ed utilizza modelli economici per determinare come le norme possano creare incentivi ottimali nei singoli agenti a fini di raggiungimento dell'ottimo sociale. In questo articolo, tali strumenti analitici verranno applicati al contesto della responsabilità amministrativa, la quale indica, nell'ordinamento italiano, quella peculiare forma di responsabilità patrimoniale del soggetto che, nell'esercizio delle funzioni pubbliche, provochi danni all'erario. In particolare, l'articolo si propone di offrire una ricostruzione personale della responsabilità amministrativa, basandosi sia sull'analisi economica della responsabilità risarcitoria, che si focalizza principalmente sul risarcimento dei danni causati da azioni negligenti o illecite, sia sull'analisi economica degli illeciti, che mette invece l'accento sull'efficienza delle sanzioni e sulle politiche di deterrenza. Verrà dimostrato come vengono valorizzati principi come la proporzionalità, la deterrenza, l'efficienza nell'uso delle risorse ed il ripristino dell'equilibrio economico. Il ruolo del giudice risulta quindi fondamentale nell'operare il bilanciamento tra questi principi. L'analisi economica condivide con la dottrina giuridica l'idea che la responsabilità amministrativa miri in ultima analisi a promuovere l'efficacia, l'efficienza ed economicità nella gestione delle risorse pubbliche. Si ritiene quindi che un solido sistema di responsabilità amministrativa, in grado di generare fiducia nel settore pubblico ed ottenere risultati di alto livello per il bene comune, possa essere costruito attraverso queste intersezioni tra economia e responsabilità.

Economic analysis of law deals with the effects of legal rules on the behavior of actors in the system and the social desirability of those effects. It is based on the concept of efficiency in the Pareto sense and utilizes economic models to determine how rules can create optimal incentives for individual agents to achieve social optimality. In this article, such analytical tools will be applied to the context of administrative liability, which, in the Italian legal system, refers to the peculiar form of financial responsibility of individuals who, in the exercise of public functions, cause damages to the public treasury. In particular, the article aims to provide a personal reconstruction of administrative liability, drawing on both the economic analysis of compensatory liability, which primarily focuses on the compensation for damages resulting from negligent or unlawful actions, and the economic analysis of offenses, which instead emphasizes the efficiency of sanctions and deterrence policies. It will be demonstrated how principles such as proportionality, deterrence, efficiency in resource use and restoration of economic equilibrium are valued. The role of the judge is therefore crucial in finding a balance among these principles. Economic analysis shares with legal doctrine the idea that administrative liability ultimately aims to promote effectiveness, efficiency, and economy in the management of public resources. In conclusion, a solid system of administrative liability, capable of generating trust in the public sector and achieving high-level outcomes for the common good, can be built through these intersections between economics and accountability.

Sommario: 1. *Analisi economica e responsabilità: una introduzione.* – 2. *Valutare la giustizia: il modello risarcitorio nell'analisi economica della tort law.* – 3. *L'analisi economica della tort law e la responsabilità amministrativa.* – 4. *L'analisi economica della responsabilità sanzionatoria per gli illeciti.* – 5. *Verso un equilibrio tra risarcimento e sanzioni? L'analisi dei punitive damages come possibile approccio integrato.* – 6. *Sfumature di responsabilità: l'analisi economica degli illeciti e dei punitive damages nell'ambito della responsabilità amministrativa.* – 7. *Conclusioni: la danza tra danni, efficienza e deterrenza ed il ruolo del giudice contabile (anche in sede di controllo).* – 8. (Post scriptum) *Verso nuove prospettive: l'analisi economica del diritto e le sfide nella responsabilità pubblicistica per una gestione efficace delle risorse pubbliche.*

1. *Analisi economica e responsabilità: una introduzione*

L'analisi economica del diritto cerca di rispondere essenzialmente a due domande sulle norme giuridiche (1). La prima domanda, di economia intesa come scienza "positiva", è quali siano gli effetti delle norme sul comportamento degli attori rilevanti del sistema. La seconda domanda, di economia intesa come scienza "normativa", è se questi effetti siano socialmente desiderabili.

(*) M. Scognamiglio è magistrato della Corte dei conti.

(1) Tra le trattazioni generali di analisi economica del diritto, si segnalano: R. Cooter, T. Ulen, *Law and economics*, Boston, Pearson, 2016; F. Parisi, *The language of law and economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; L. Kaplow, S. Shavell, *Economic analysis of law*, in A.J. Auerbach, M. Feldstein (eds.), *Handbook of public economics*, Amsterdam, Elsevier, 2002; R.A. Posner, *Values and consequences: An introduction to economic analysis of law*, Chicago, University of Chicago Law School, 1998.

Nel tentare di rispondere a questi interrogativi, gli strumenti analitici impiegati sono quelli propri dell'analisi economica generale. Pertanto, nell'approccio positivo il comportamento degli individui viene descritto assumendo che essi siano razionali ed operino per il perseguimento della propria massima utilità individuale, mentre nell'approccio normativo vengono utilizzati i paradigmi dell'economia del benessere (*welfare economics*) per valutare i risultati così raggiunti dal punto di vista della loro desiderabilità sociale.

In linea con la consolidata tradizione di *welfare economics*, è generalmente considerata desiderabile dal punto di vista sociale una situazione efficiente nel senso di Pareto, tale cioè che non sia possibile alcuna riallocazione delle responsabilità, dei diritti o dei rischi, che migliori le condizioni di almeno un soggetto senza diminuire quelle degli altri (2).

Pertanto, l'analisi economica guarda alle norme giuridiche essenzialmente come ad uno strumento per creare incentivi ottimali nei confronti di tutti i soggetti agenti nel sistema, in modo da indurli a comportamenti che, ispirati dal perseguimento dell'utilità individuale, generino collettivamente risultati Pareto-efficienti.

Questo approccio ha trovato applicazione nello studio della definizione dei diritti proprietà (per definire regole funzionali all'efficienza allocativa) (3), dei contratti (4), dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia (5), della legislazione *antitrust* (6).

Per quanto attiene al macro-tema alla responsabilità, intesa come insieme di regole che definiscono le conseguenze svantaggiose per l'agente che commetta illeciti, sono rinvenibili nell'analisi economica essenzialmente due approcci: quello che cerca di identificare le regole ottimali che sovrintendano al risarcimento del danno di tipo patrimoniale e quello che cerca di definire incentivi per prevenire il crimine e, più in generale, ogni altra forma di illecito. Li esamineremo nei paragrafi che seguono, per poi considerarne l'applicabilità all'ambito della responsabilità amministrativa, altrimenti detta responsabilità erariale, ossia quella particolare forma di responsabilità patrimoniale in cui, nell'ordinamento italiano, incorre il soggetto legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio che, nel compiere un'attività caratterizzata dalla gestione di risorse pubbliche, provochi conseguentemente un danno all'erario (7).

2. Valutare la giustizia: il modello risarcitorio nell'analisi economica della tort law

La letteratura economica sulla responsabilità patrimoniale, in quanto di derivazione principalmente anglosassone, prende come riferimento per le proprie analisi lo schema giuridico della *tort law*, che, nei sistemi di *common law*, indica sostanzialmente il complesso di norme che individuano il soggetto tenuto a sopportare il costo della lesione di un interesse giuridicamente rilevante e la misura in cui tale costo viene sopportato. La responsabilità che consegue a tale lesione viene vista dall'economista come il mezzo con cui la società può ridurre il rischio di eventi dannosi, attraverso la minaccia ai potenziali danneggianti di dover risarcire i danni che essi causano. Le conclusioni cui arriva l'analisi economica della *tort law* sono quindi, almeno in qualche misura, facilmente estensibili al regime di responsabilità patrimoniale dell'ordinamento italiano.

(2) Cfr., tra i moltissimi, N. Acocella, *Fondamenti di politica economica*, Roma, Carocci, 1999.

(3) R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, cap. 4.

(4) J.H. Barton, *The economic basis of damages for breach of contract*, in *Journal of Legal Studies*, 1972, 277-304; S. Shavell, *Damage measures for breach of contract*, in *Bell Journal of Economics*, 1980, 466-490; F. Parisi, B. Luppi, V. Fon, *Optimal remedies for bilateral contracts*, in *University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series*, 2011, 07-45; R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, capp. 8-9.

(5) R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, capp. 10-11.

(6) H.R. Varian, *Intermediate microeconomics. A modern approach*, New York-London, Norton, 1993, trad. it. *Microeconomia*, Venezia, Cafoscarina, 2011.

(7) La giurisprudenza ha ormai da molto tempo chiarito che, per fondare l'azione di responsabilità amministrativa, la relazione tra l'autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica non implica necessariamente un rapporto d'impiego, essendo sufficiente la compartecipazione del soggetto all'attività dell'amministrazione pubblica, ed essendo altresì irrilevante che tale soggetto sia una persona fisica o giuridica, pubblica o privata (tra le moltissime: Cass., S.U., 12 aprile 2012, n. 5756; ord. 16 luglio 2014, n. 16240); in dottrina, cfr. V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2021; E.F. Schitzler, C. Mirabelli (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

Gli elementi che definiscono la fattispecie, il cui accertamento è rimesso alla giurisdizione della Corte dei conti (sui caratteri della giurisdizione della Corte dei conti ed il raccordo con le altre giurisdizioni, v. in particolare V. Tenore, *op. cit.*, I, I, 1.1.1, I, 1.2 e 2.4; E.F. Schitzler, C. Mirabelli, *op. cit.*, pt. II, capp. 1-5) sono i seguenti: il rapporto di servizio, il danno erariale, il nesso di causalità e la condotta colposa o dolosa dell'agente.

Discussa è la natura di tale responsabilità. Alcuni Autori ne hanno accentuato la vicinanza alla responsabilità civile, per il fatto che il suo esito è il risarcimento dei danni causati o non evitati, altri ne hanno sottolineato invece il carattere pubblicistico e la connessa funzione sanzionatoria. Nell'ambito della prima corrente, si è poi anche discusso se si tratti di responsabilità extracontrattuale o contrattuale.

Oggi la dottrina maggioritaria è orientata nel senso di considerare la responsabilità amministrativa come un *tertium genus* con caratteristiche sue peculiari ed un regime specifico (A. Monorchio, L. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci, 2018, 7^a ed.; V. Tenore, *op. cit.*; E.F. Schitzler, C. Mirabelli, *op. cit.*). In particolare, sembra potersi facilmente aderire alla prospettiva secondo cui il "regime normativo speciale, dettagliato e puntuale" che caratterizza la responsabilità amministrativa, "mutuando spunti regolamentari sia dal diritto civile che dal diritto penale, offre all'interprete soluzioni tendenzialmente inequivoche ai problemi che la realtà giudiziaria pone" (V. Tenore, *op. cit.*, I, I, 1.1.3).

Nel modello economico in esame, si suppone l'esistenza di due parti: il potenziale danneggiante e il potenziale danneggiato.

Si ipotizza che la probabilità di danni diminuisca a tassi decrescenti con l'aumento delle precauzioni prese dal potenziale danneggiante, le quali vengono rappresentate dalla variabile indipendente del modello, definita *level of care*, traducibile con "livello di precauzione" (o di attenzione, o di diligenza) (8).

Il costo sociale atteso, che rappresenta il costo complessivo per il sistema, è determinato dalla somma di due componenti: il costo delle precauzioni ed il valore atteso dei danni.

Il costo delle precauzioni è un costo a carico del potenziale danneggiante, che dipende linearmente dal livello di precauzione adottato.

Il valore atteso dei danni è dato dalla probabilità di verificarsi dell'evento dannoso moltiplicata per il valore del danno (9).

Per le ipotesi fatte, la funzione che definisce il costo sociale atteso sarà, rispetto al livello di precauzione adottato, dapprima decrescente e poi crescente, ed è quindi possibile individuare un valore del livello di precauzione in corrispondenza del minimo della funzione di costo sociale (10).

(8) L'ipotesi di diminuzione della probabilità di incidenti a tassi decrescenti rispetto al *level of care* è molto meno restrittiva di quanto possa apparire, perché, se associata ad un costo delle precauzioni che cresce linearmente, può essere letta come una mera conseguenza dell'ipotesi di rendimenti marginali decrescenti delle risorse attivate per la precauzione: se si parte da un livello di precauzione nullo, un piccolo incremento di precauzione è in grado di generare una elevata diminuzione di probabilità di verificarsi del danno, ma ogni successivo incremento della precauzione stessa ha effetti incrementali via meno significativi.

(9) Come in ogni modello economico, occorre formulare delle ipotesi di base. Assumiamo innanzitutto che ambo le parti siano neutrali rispetto al rischio, nel senso di non avere una particolare propensione né verso attività rischiose, né verso attività prudenti (un individuo si definisce matematicamente neutrale al rischio quando l'utilità del valore atteso è uguale all'utilità attesa dall'individuo stesso: cfr. F. Moriconi, *Matematica finanziaria*, Bologna, il Mulino, 1994).

Assumiamo poi che la probabilità del verificarsi di un danno, che sarà indicato con la lettera **p**, diminuisca in relazione agli aumenti del livello precauzione (*level of care*) che indicheremo con **x**: quest'ultima è la variabile indipendente del modello, su cui agisce la scelta dell'agente rappresentativo.

Il livello di precauzione determinerà dunque la probabilità del verificarsi del danno, che ne sarà funzione decrescente, nel senso che all'aumentare delle precauzioni volte ad evitare il danno diminuirà la probabilità del manifestarsi del danno stesso.

In formule: $p = p(x)$, con $p'(x) < 0$, dove $p'(x)$ rappresenta la derivata prima della probabilità del verificarsi del danno (**p**) rispetto al livello di precauzione (**x**), ossia l'entità della variazione di **p** che è conseguenza di una variazione di **x**: il valore minore di zero indica appunto che la relazione è decrescente, ossia che maggiori precauzioni implicano una diminuzione della probabilità di evento dannoso e viceversa.

Sia adesso **D** il valore patrimoniale dell'ipotetico danno.

Il valore atteso di questo danno, in senso probabilistico, sarà allora dato dalla moltiplicazione tra la sua entità e la probabilità di concretizzarsi: a $p(x)D$.

Questa è la prima delle due componenti di quello che gli economisti chiamano "costo sociale atteso".

Per comprendere da cosa derivi la seconda componente, e come il problema diventi un problema di minimizzazione del costo sociale atteso, occorre partire dall'assunto che anche il livello di precauzione **x** genera un costo, stavolta a carico del potenziale danneggiante, legato alle cautele da adottare per evitare il verificarsi del danno.

Si ipotizzi per semplicità che questo costo sia linearmente crescente, il che semplifica l'esposizione dei passaggi successivi senza compromettere la generalità dei risultati che qui interessano: si può allora esprimere tale componente del costo sociale attraverso la moltiplicazione tra **x** e la costante **c**.

La funzione di costo sociale atteso (**CSA**), definita in termini del livello precauzionale adottato, è data pertanto dalla somma delle due componenti descritte (costo della precauzione e valore atteso del danno): $CSA = cx + p(x)D$.

(10) Si è infatti ipotizzato che siano soddisfatte le seguenti relazioni: $p'(x) > 0$ e $p''(x) < 0$; la variazione della funzione di costo complessivo sarà data da: $c + p'(x)$, che è maggiore di 0 solo per $c > -p'(x)$, mentre la variazione della variazione, data da $p''(x)$, sarà sempre minore di 0. Pertanto, la curva **CSA** mostrerà un punto di minimo in corrispondenza di x^* : $c = -p'(x^*)$.

Determinato in astratto il valore ideale della precauzione che minimizza i costi complessivi per il sistema, si può definire il regime di responsabilità che crei incentivi ottimali ad adottare proprio quel livello di precauzione.

L'analisi economica distingue a questo proposito tra gli effetti di due differenti regimi di responsabilità.

La prima regola è chiamata *strict liability* ed è in pratica equivalente alla "responsabilità oggettiva" nota all'ordinamento nazionale, poiché in tale regime il soggetto è chiamato a rispondere del danno anche laddove questo non sia derivato da sua colpa.

Una regola di responsabilità che, per ottenere ristoro patrimoniale, richiede invece al danneggiato di provare, oltre al danno ed alla causalità che lo lega alla condotta del danneggiante, anche la colpa di quest'ultimo, è detta "regola della negligenza" (*negligence rule*) ed equivale ad un regime di responsabilità per colpa (11).

In un regime di responsabilità oggettiva, i costi e benefici marginali sarebbero tutti interiorizzati dal potenziale danneggiante ed il potenziale danneggiato non avrebbe alcun incentivo a limitare il rischio: questa soluzione risulta efficiente solo laddove la precauzione adottata dal danneggiante non sia in grado di influire sulla diminuzione di probabilità dell'evento dannoso (12).

Laddove entrambi gli agenti del modello possano invece influire (attraverso il livello di precauzione prescelto da ognuno) sulla probabilità di verificarsi dell'evento dannoso, le cose cambiano. Poiché in tal caso né la regola della responsabilità oggettiva né, all'estremo opposto, una eventuale regola dell'esonero di responsabilità del potenziale danneggiante, sono in grado di creare incentivi per un'efficace precauzione da parte di entrambi i soggetti, la soluzione economica di questo "paradosso del risarcimento" (13) passa attraverso la definizione di un sistema di responsabilità basato sulla *negligence rule*.

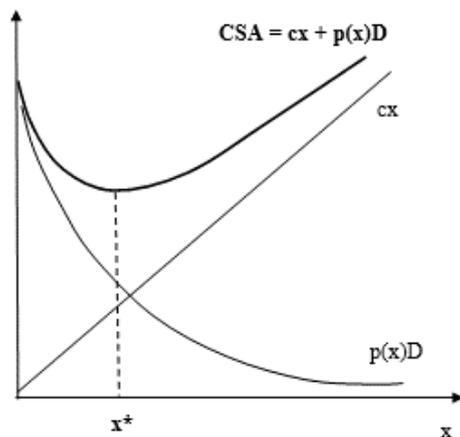


Figura 1. La minimizzazione del costo sociale atteso

(11) Per comparare gli effetti dei due regimi, occorre preliminarmente distinguere tra variabili di scelta del danneggiato e del danneggiante, le quali, per mantenere la stessa notazione in uso nella letteratura di *law and economics* sulla *tort law*, saranno indicate rispettivamente con i pedici v (come *victim*) ed i (come *injurer*).

La funzione di costo sociale diventa pertanto: $CSA = c_i x_i + c_v x_v + p(x_i; x_v)D$.

Come si vede, il costo sociale atteso dipende ora dai costi di precauzione di entrambe le parti (in base ad i rispettivi parametri: c_i per il danneggiante e c_v per il danneggiato; entrambi moltiplicati per il rispettivo *level of care*) e dai livelli di precauzione rispettivamente adottati da ognuna delle parti (x_i e x_v), che influenzano la probabilità di verificarsi dell'evento dannoso.

(12) In formule, se $p(x_v) = 0$, ossia le cautele del potenziale danneggiato non incidono sulla probabilità del verificarsi dell'evento dannoso, la funzione di costo sociale atteso diventa: $CSA = c_i x_i + p(x_i)D$, realizzandosi quindi il minor costo sociale atteso in corrispondenza di $x_i = x^*$ (il potenziale danneggiante adotta il livello di cautela ottimale) e $x_v = 0$ (il potenziale danneggiato non adotta alcuna cautela).

(13) R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, cap. 6.

Se x^* è il livello di precauzione legalmente richiesto (che esonera da responsabilità il danneggiante che adotti un livello di precauzione $x \geq x^*$) è facile verificare come entrambi gli agenti sceglieranno un livello di precauzione ottimale (14).

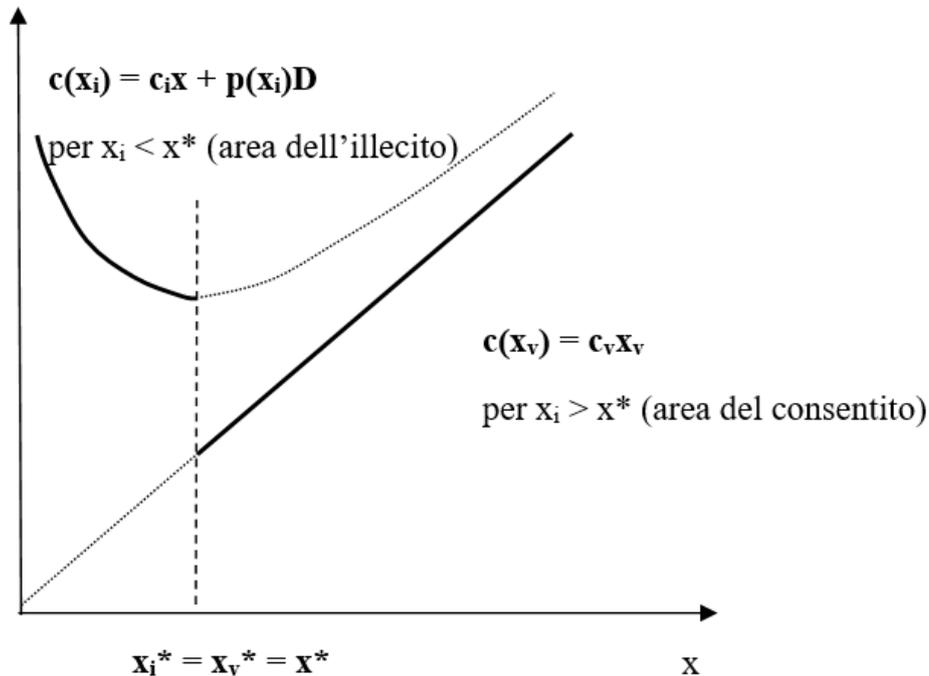


Figura 2. Effetti della *negligence rule* (15)

(14) Analiticamente, il danneggiante risolverà il problema di determinare x_i tale che $c'(x_i) = -p_{xi}(x_i)D$, ma solo per $x_i < x^*$, mentre il danneggiato da parte sua determinerà x_v in modo tale che risulti $c'(x_v)D = 0$, ma solo per $x_v > x^*$.

La funzione di costo sociale sarà così caratterizzata da un punto di discontinuità in corrispondenza del livello ottimale di precauzione x^* , che è il punto di equilibrio stabile del nuovo sistema. Se infatti il danneggiante si trova inizialmente in una situazione tale che $x < x^*$, egli avrà incentivo a diminuire i costi a proprio carico aumentando la precauzione, mentre se al contrario parte da una situazione in cui $x > x^*$, avrà incentivo a diminuire i costi a proprio carico diminuendo la precauzione. Solo per $x = x^*$ non vi è più alcun incentivo a modificare il livello di precauzione adottato. Analoghe considerazioni vanno svolte rispetto al danneggiato. L'equilibrio in corrispondenza di x^* è quindi il "punto di Nash" del sistema: cfr. H.R. Varian, *op. cit.*, cap. 33.

(15) La figura deve essere interpretata come il problema di ottimizzazione dal punto di vista di ognuno dei singoli soggetti: il potenziale danneggiante ragionerà sulla propria curva di costo, quella che giace nell'area dell'illecito, il potenziale danneggiato farà altrettanto sulla parte "residuale" del problema.

Gli sviluppi del modello appena sintetizzato hanno da tempo favorito anche in Italia l'affermarsi di tesi che leggono la responsabilità civile come un meccanismo di traslazione dei rischi (16), aprendo le porte a criteri d'imputazione "atti a perseguire finalità redistributive dei vantaggi derivanti da attività economiche potenzialmente dannose" (17).

Il modello, infatti, come già accennato, può innanzitutto essere posto a fondamento di forme di responsabilità oggettiva, considerando che, in situazioni in cui una maggiore precauzione da parte del danneggiato non abbia effetti significativi sulla probabilità di diminuzione del danno, un tale regime risulterebbe economicamente ottimale in senso paretiano, data la coincidenza tra ottimo sociale ed ottimo privato attraverso la piena interiorizzazione del costo sociale da parte del danneggiante (18).

Per quanto attiene alla responsabilità colposa, interpretando la variabile x come il livello di diligenza richiesto al fine di non subire le conseguenze patrimoniali di un danno, questa impostazione ci dice che il giudizio di rimproverabilità della condotta va calibrato sul livello di diligenza che deve richiedersi, tanto al potenziale danneggiante che al potenziale danneggiato, in base ad una valutazione *ex ante* di minimizzazione del costo sociale atteso.

Si tratta in fondo di null'altro che della "regola del giudice Hand", che per determinare la ragionevole diligenza si basa sull'applicazione del principio costi-benefici (19); in base alla regola in esame, la responsabilità viene attribuita quando la spesa che il danneggiante avrebbe dovuto sostenere per prendere le precauzioni è inferiore al danno atteso provocato dall'assenza di tali precauzioni (20).

(16) Quantomeno in materia di responsabilità d'impresa, già a partire dal contributo di P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.

(17) G. Alpa, R. Garofoli, *Manuale di diritto civile*, Roma, Neldiritto, 2016, 4^a ed., 2028-2029, citando a propria volta il noto contributo di G. Calabresi, *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970, richiamato del resto ormai da tempo dalla dottrina in tema di illecito e responsabilità civile, cfr. ad esempio: A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1998. V. anche il più recente contributo sull'opera di Calabresi ad opera di G. Alpa, *L'analisi economica del diritto*, in <www.altalex.com>, 9 marzo 2017. Del resto, come osserva C.E. Marrè Brunenghi: "la moderna dogmatica sulla responsabilità civile utilizza quale criterio, non il danno, ma il concorso di colpa e redistribuzione del rischio all'interno del rapporto obbligatorio" (*Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (l. 11 settembre 2020, n. 120)*), in <www.dirittoeconti.it>, 10 dicembre 2020).

(18) Detto in altri termini: "la condizione principale necessaria affinché la responsabilità oggettiva possa considerarsi uno strumento efficiente ai fini della riduzione del costo sociale degli eventi dannosi è che la tecnologia di prevenzione degli illeciti sia unilaterale. Tale condizione è soddisfatta quando soltanto il danneggiante dispone degli strumenti atti a ridurre la probabilità che gli eventi dannosi si producano o almeno la loro gravità" (G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009, cap. 5.4).

(19) L'enunciazione della regola trae origine dal seguente episodio, verificatosi nel 1974 negli Usa.

Un rimorchiatore che doveva trasportare una chiatte fuori dal porto di New York aveva tentato di separarla da una fila di chiatte a cui era legata, ma una seconda chiatte si era slegata colpendone una terza. Sulle chiatte non era presente alcun addetto e così l'equipaggio del rimorchiatore aveva dovuto provvedere direttamente a slegare le chiatte, ma tale operazione non era stata fatta in modo efficace. Di conseguenza, occorreva determinare se la responsabilità fosse del proprietario del rimorchiatore o di quello delle chiatte, poiché il primo non aveva eseguito correttamente l'operazione di separazione delle chiatte, mentre il secondo non aveva previsto alcun dipendente per compiere tale operazione. Il caso (*United States v. Carroll Towing Co.*) venne sottoposto al giudice Hand che, una volta stabilito che non esiste nessun predeterminato standard di diligenza per gli operatori di chiatte e rimorchiatori, ha formulato la celebre "regola" per determinare il comportamento ragionevole date le circostanze, facendo dipendere l'attribuzione della responsabilità da tre elementi: la probabilità che avvenga l'incidente, la gravità dei danni derivanti ed infine il costo delle precauzioni che avrebbero evitato l'incidente stesso.

(20) Così se, ad esempio, se il proprietario della chiatte, prolungando l'orario di lavoro per i dipendenti al fine di controllare 24 ore su 24 la regolarità delle operazioni di distacco, avrebbe una spesa di 100.000 dollari al giorno e la probabilità che la chiatte vada a danneggiare le altre è dello 0,001% mentre il danno derivante è di 200 milioni, allora il proprietario delle chiatte viene considerato negligente e quindi responsabile del danno, poiché il costo da sopportare per evitare il sinistro risulta minore del danno risultante moltiplicato per la sua probabilità (L'esempio numerico è tratto da L. Nava, *La responsabilità del produttore di sigarette in Italia, Francia e Stati Uniti d'America*, inserito in <www.diritto.it>, settembre 2002).

3. *L'analisi economica della tort law e la responsabilità amministrativa* (21)

Gli studi di analisi economica del diritto che hanno affrontato il tema della responsabilità patrimoniale del dipendente pubblico e, più in generale, di chi esercita funzioni di natura pubblicistica, si sono principalmente occupati di mostrare come, dal punto di vista dell'efficienza in senso paretiano, non possano trovare giustificazione clausole ordinarie di esonero dalla responsabilità patrimoniale da parte dei soggetti in questione (22).

Tale impostazione, tuttavia, rischia di essere incompleta, in quanto presenta delle limitazioni che immediatamente emergono quando si considera il contesto peculiare del settore pubblico, caratterizzato da diversi obiettivi e normative e valori specifici (23).

Si ritiene qui che l'approccio economico possa comunque offrire ulteriori possibilità di sviluppo ed applicazione ancora inesplorate, soprattutto facendo riferimento alla responsabilità amministrativa ed alla giurisdizione della Corte dei conti in materia.

La complessità delle dinamiche finanziarie e amministrative che caratterizzano il settore pubblico richiede infatti un costante aggiornamento e adattamento dei modelli concettuali e delle metodologie utilizzate. Attraverso un'analisi economica approfondita e una valutazione accurata delle implicazioni finanziarie e degli incentivi associati, è possibile sviluppare meccanismi e strumenti più efficaci per garantire una gestione responsabile e diligente delle risorse pubbliche.

La Corte dei conti, come organo giurisdizionale competente, può svolgere un ruolo chiave nel promuovere un approccio basato sull'efficienza economica, l'equità e la tutela degli interessi pubblici. L'applicazione del modello economico della *tort law*, in questo senso, può condurre a interessanti considerazioni sulla responsabilità erariale e sulle modalità di valutazione del danno nell'ambito della giurisdizione della Corte dei conti.

Innanzitutto, la considerazione della colpa grave come meccanismo per ottenere incentivi ad un comportamento diligente rappresenta un elemento fondamentale nel contesto dell'amministrazione pubblica: attraverso una valutazione rigorosa della gravità della colpa, la Corte dei conti può incoraggiare gli agenti pubblici a svolgere le proprie funzioni con la dovuta diligenza, considerando gli interessi pubblici ed il perseguimento dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse (24).

(21) Che il modello basato sulla predeterminazione di un livello di diligenza, come condizione di esonero dalla responsabilità, sia il più adatto ad inquadrare la responsabilità amministrativa, rendendo sostanzialmente irrilevante il problema della definizione della natura contrattuale od extracontrattuale della medesima, sarà ancora più chiaro ove si consideri come la teoria economica approccia alla differente tematica dei contratti.

Un contratto può essere interpretato come una specificazione delle azioni che le parti devono compiere in momenti diversi, in base alle condizioni che via via si verificano. In questo senso, esso è assimilabile ad un "gioco di agenzia", dove in seguito all'investimento del *principal* (committente) l'*agent* potrebbe avere incentivo a non adempiere. L'idea di base della teoria economica dei contratti è allora che la parte, agendo razionalmente per la massimizzazione della propria utilità individuale, sarà adempiente fino a quando il costo dell'inadempimento non superi quello dell'adempimento, mentre in caso contrario sarà vantaggioso recedere dal contratto. Pertanto, da un punto di vista economico, il primo scopo del diritto contrattuale deve essere quello di incentivare le persone a cooperare (R. Coote, T. Ulen, *op. cit.*, cap. 8).

Il contratto si definisce "completo" se l'elenco delle condizioni su cui si basano le azioni basate è esaustivo, cioè se il contratto prevede esplicitamente tutte le condizioni possibili. In caso contrario, un contratto sarà definito incompleto: ciò è quanto avviene nella maggioranza dei casi. L'analisi economica offre allora la seguente regola ai giudici: imputare i termini del contratto che le parti avrebbero accettato se avessero contrattato su tutti i rischi rilevanti (cfr. D. Charny, *Hypothetical bargains: The normative structure of contract interpretation*, in *Michigan Law Review*, 1991, 1815).

La letteratura economica ha studiato ampiamente il problema dell'individuazione del rimedio ottimale per incentivare l'esecuzione dei contratti. Gran parte dei lavori in questo campo si basano sui contributi di Barton e Shavell, qui già citati nella nota 4.

Barton mostra come una singola impresa che voglia massimizzare la propria utilità definirà misure di danno tali da indurre due divisioni di una ipotetica "impresa" integrata a definire rimedi ottimali ed investimenti fiduciari. Shavell deriva la scelta di rimedi contrattuali ottimali identificando un "contratto contingente completo paretianamente efficiente" al momento della contrattazione. Entrambi i modelli consentono il recesso dal contratto ove la mancata esecuzione comporterebbe una maggiore ricchezza congiunta delle parti rispetto all'esecuzione.

Appare evidente che, vertendo sempre in materia di determinazione di incentivi ottimali, l'analisi economica dei contratti definisce la questione dal punto di vista della convenienza a lasciare in essere l'accordo. In un rapporto di servizio come quello che lega il potenziale danneggiante alla pubblica amministrazione, l'incentivo andrà invece determinato, in relazione alla diligenza richiesta per non rispondere del danno, in funzione della minimizzazione del costo sociale atteso.

(22) Il parallelo è semplice: è sufficiente che, nel modello economico della responsabilità patrimoniale, al grado di precauzione richiesto al potenziale danneggiante si assimili la diligenza richiesta al soggetto chiamato a gestire risorse pubbliche (G. Napolitano, M. Abrescia, *op. cit.*, cap. 5.4; L. Rosenthal, *A theory of governmental damages liability: Torts, constitutional torts, and takings*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2007, 797).

(23) Le peculiarità del contesto pubblico includono inoltre la presenza di asimmetrie informative e vincoli politici, tali da rendere più complesso il quadro della responsabilità dei soggetti chiamati ad esercitare funzioni pubbliche. Inoltre, nel contesto pubblico, il principio di legalità e l'interesse generale possono richiedere una valutazione più ampia delle decisioni dei dipendenti e amministratori pubblici, tenendo conto delle conseguenze sociali ed economiche delle loro azioni. Ciò può comportare la necessità di bilanciare l'efficienza economica con altri valori e obiettivi pubblici, come l'equità, la trasparenza e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

(24) Questa prospettiva non è affatto ignorata dalla giurisprudenza della Corte dei conti, che anche molto di recente ha affermato, ad es., che "il grado di colpa è rapportato, in termini di proporzionalità inversa, allo sforzo impiegato per pervenire ad una corretta

La prospettiva economica suggerisce che il giudice contabile debba tener conto di diversi aspetti fondamentali nell'ambito del processo decisionale relativo alla responsabilità degli agenti pubblici ed effettuare una valutazione scrupolosa dell'entità del danno causato all'erario, considerando sia le perdite finanziarie effettivamente subite che gli ulteriori costi associati al ripristino o alla compensazione del danno. Tale valutazione deve mirare a determinare un risarcimento correttamente parametrato al danno effettivamente causato, nel pieno rispetto degli interessi pubblici coinvolti, e può implicare una attenta analisi costi-benefici.

In effetti, la giurisprudenza contabile, da lungo tempo, manifesta aderenza all'idea fondamentale che il danno erariale costituisce una struttura concettuale, la cui essenza richiede di essere precisamente delineata mediante un'analisi dell'aumento dei costi o della riduzione dei vantaggi, opportunamente interpretati nell'ampio contesto dell'ambito economico. Al riguardo, basti pensare a quelle peculiari fattispecie di danno che non si concretizzano in un esborso finanziario ma in un aumento del costo o in una diminuzione del beneficio – interpretati appunto nel più ampio senso economico – come il danno da tangente, il danno ambientale, il danno da disservizio o il cosiddetto danno alla concorrenza (25).

L'ottica di condurre un'analisi costi-benefici che vada al di là delle considerazioni strettamente finanziarie è ampiamente riconosciuta e condivisa dal legislatore stesso. A conferma di ciò, si può citare l'istituto della *compensatio lucri cum damno*, che trova un'applicazione più ampia nell'ambito della responsabilità erariale. Tale principio è sancito nell'art. 1, c. 1-*bis*, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, il quale stabilisce che: “nel giudizio di responsabilità [...] occorre considerare i benefici ottenuti dall'amministrazione di riferimento, da altre amministrazioni o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici sottoposti a giudizio di responsabilità”. La norma riconosce l'imperativo di contemplare non soltanto gli elementi connotati da negatività o pregiudizio intrinseco nelle azioni intraprese, ma altresì gli eventuali frutti o vantaggi che possono scaturire da tali atti.

La teoria economica della *tort law* sottolinea poi l'importanza di creare incentivi per prevenire il comportamento negligente o scorretto da parte degli agenti pubblici. La Corte dei conti può svolgere un ruolo fondamentale in tal senso, applicando condanne che siano in grado di scoraggiare comportamenti dannosi o negligenti da parte dei soggetti investiti di funzioni pubbliche. Tale approccio include il riconoscimento di risarcimenti adeguati, volti a svolgere una funzione deterrente efficace nel contesto specifico.

rappresentazione dell'atto da adottare e delle circostanze entro cui esso si colloca.” (Sez. giur. reg. Abruzzo 10 dicembre 2021, n. 280) e che il sindacato del giudice contabile “si svolge attraverso una attenta comparazione tra i costi sostenuti ed i risultati conseguiti o perseguiti, tra idoneità dei mezzi rispetto ai fini, nei termini di un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione” (Sez. giur. reg. Liguria 4 maggio 2022, n. 42, richiamando la giurisprudenza sull'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali). È stato altresì affermato che i poteri istruttori previsti dall'art. 94 c.g.c. sono uno strumento conoscitivo funzionale del giudice alla valutazione della condotta, sotto il profilo della sua rispondenza al grado di diligenza richiesto dallo scrutinio di responsabilità (Sez. giur. reg. Molise 27 luglio 2022, n. 29). Ancora, Corte conti, Sez. I centr. app. 10 febbraio 2016, n. 74, in questa *Rivista*, 2016, 1-2, 232, con nota di richiami, ha ampiamente valorizzato, a fini assolutori, pur in presenza di danno acclarato, la circostanza che il convenuto avesse fatto “il possibile per una gestione del settore maggiormente efficiente”.

Più in generale, quasi sempre la giurisprudenza contabile valuta la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave individuando, a monte, un parametro di diligenza che, in molti casi, è ricavabile da un dato normativo: si può ad esempio pensare alla numerosa casistica riguardante i sindaci dei comuni, ove nelle motivazioni viene spesso valorizzato l'art. 50 Tuel, in base al quale il sindaco è responsabile dell'ente e ne sovrintende alle funzioni (tra le moltissime: Corte conti, Sez. II centr. app., 19 dicembre 2022, n. 613; Sez. I centr. app. 26 marzo 2021, n. 99; 21 ottobre 2019, n. 232); nel linguaggio dell'analisi economica della *tort law*, si può esprimere il concetto affermando che la norma in esame consente di individuare, in relazione al caso concreto, il valore della diligenza da parte dell'amministratore pubblico (x*) che comporta l'ottimo sociale.

Più o meno esplicitamente, quindi, la giurisprudenza contabile appare costantemente alla ricerca di un punto di equilibrio tra costi di precauzione sopportabili dal soggetto agente e valore atteso dell'eventuale danno.

Inteso in questo senso, il modello della *tort law* è in grado di rappresentare in maniera microeconomicamente fondata almeno un altro problema tipico della responsabilità amministrativa: la valutazione della condotta di colui che abbia una posizione di garanzia e vigilanza. Per *culpa in vigilando* degli organi di vertice di pubbliche amministrazioni si intende la responsabilità ad essi attribuibile laddove si verta in ipotesi di omissione, inadeguatezza o tardività nei controlli, demandati in relazione alla condotta del personale subordinato, la quale ultima abbia generato un danno patrimonialmente valutabile. A questo proposito, dottrina e giurisprudenza tendono ad individuare il confine dell'area dell'illecito in corrispondenza di situazioni in cui il responsabile dell'omessa o tardiva attività di prevenzione e controllo abbia violato determinati standard predeterminati di cautele da adottare. Frequente in questo senso è il richiamo agli specifici doveri ed obblighi previsti dai diversi c.c.n.l. di comparto o nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici (cfr. V. Tenore, *op. cit.*, 1.1.1.6.1; E. Schitzler, C. Mirabelli, *op. cit.*, pt. II, cap. 1.4.4).

In tale ambito è altresì interessante osservare un ulteriore dato normativo: può essere interpretata come una ipotesi tipizzata di *culpa in vigilando* la disposizione di cui al c. 12 dell'unico articolo della l. 6 novembre 2012, n. 190 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”) che introduce una forma di responsabilità presunta in capo al responsabile della prevenzione, il quale risponde per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione entro cui svolge la funzione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato. È ammessa come prova liberatoria del responsabile la dimostrazione di avere posto in essere tutti gli adempimenti relativi al piano anticorruzione ed alla sua attuazione. Anche qui, quindi, si è sostanzialmente in presenza di uno standard di diligenza normativamente prestabilito, la cui violazione sarà in grado di fondare una ipotesi responsabilità amministrativa.

(25) Per i quali sarà qui sufficiente rinviare a V. Tenore, *op. cit.*

In questo contesto, si apre la possibilità di esplorare ulteriormente due istituti caratteristici della responsabilità amministrativa, ossia la parziarietà ed il potere riduttivo, interpretabili come strumenti per bilanciare l'efficienza economica con la necessità di incentivare comportamenti diligenti da parte degli agenti pubblici (26).

(26) La regola della responsabilità parziaria, che caratterizza il giudizio contabile, implica che il risarcimento può essere determinato in misura proporzionale alla colpa o alla responsabilità attribuita all'agente pubblico, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso (tale regola è sancita dall'art. 1, c. 1-ter, l. n. 20/1994, il quale dispone che se il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso). Allo stesso modo, il potere riduttivo può consentire al giudice contabile di ridurre il risarcimento in presenza di elementi attenuanti o di circostanze eccezionali che giustificano un'equa valutazione delle responsabilità (esso trova fondamento in plurime disposizioni normative – art. 83 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 52 r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 e art. 19 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 – le quali, tutte, prevedono che la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, ponga a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato).

Se, all'interno del modello generale visto nel precedente paragrafo, ci si pone nell'ottica del potenziale danneggiante e si ipotizza che il danno patrimonialmente valutabile (D) venga addebitato per una quota inferiore al totale ($a < 1$) è facile verificare che il livello di precauzione prescelto sarà inferiore a quello corrispondente alla situazione di addebito integrale; ciò in quanto la soluzione del problema di massimizzazione del costo sociale atteso trova ora soluzione per un valore del livello di precauzione (che chiameremo x^{**} per distinguerlo dalla soluzione ottimale x^*) in corrispondenza di $c = ap'(x)D$, e quindi, per le ipotesi fatte ($a < 1$ e $p'(x) > 0$), si avrà che $p'(x^*) = c > ap'(x^{**})$ e di conseguenza $x^* > x^{**}$.

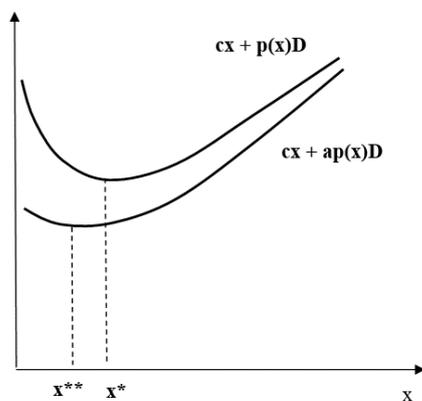


Figura 3. Risarcimento pari ad una frazione del danno

L'addebito parziale non influenza la scelta del potenziale danneggiante, almeno per determinati valori di a (cioè della quota di addebito), solo se si ipotizza un regime di responsabilità per colpa in cui lo standard di diligenza richiesto sia inferiore a quello che minimizza la funzione di costo sociale. In tal caso, infatti, la minimizzazione della funzione di costo individuale del potenziale danneggiante continua a richiedere di adottare un grado di diligenza pari a tale minore standard legale, anche di fronte a progressivi decrementi della quota di addebito.

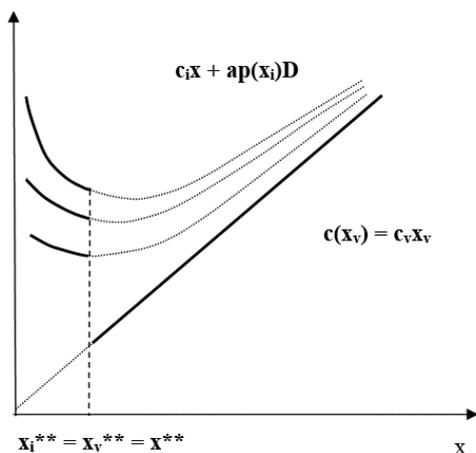


Figura 4. Risarcimento pari ad una frazione del danno in regime di responsabilità colposa con standard di diligenza inferiore al valore corrispondente a quello che minimizza la funzione di costo sociale

Tutte queste deduzioni, del resto, sembrano essere oggetto di condivisione da parte della stessa Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 203 del 2022, offrendo un ampio *excursus* della responsabilità amministrativa (anche attraverso il richiamo a molti dei propri precedenti al riguardo) ha ricordato che: «la responsabilità amministrativa o erariale è connotata dalla combinazione di elementi restitutori e di deterrenza (sentenze n. 355 del 2010, n. 453 e n. 371 del 1998) [...] al fine precipuo di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità "ragione di stimolo, e non di disincentivo" (sentenza n. 371 del 1998) [...] Per determinare la risarcibilità del danno, occorre una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile, il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito dall'amministrazione debba essere addossato al convenuto, e debba pertanto essere considerato risarcibile" (sentenza n. 183 del 2007)».

In conclusione, il modello economico della *tort law* è in grado di fornire una cornice concettuale preziosa per orientare il giudice contabile nel processo decisionale relativo alla responsabilità amministrativa degli agenti pubblici. Tale approccio richiede un'attenta valutazione dell'entità del danno, la considerazione delle circostanze specifiche del caso e la creazione di incentivi per la prevenzione di comportamenti negligenti o scorretti. L'applicazione di tali principi, in conformità con il contesto giuridico e normativo, può contribuire a promuovere una gestione diligente e responsabile delle risorse pubbliche.

4. L'analisi economica della responsabilità sanzionatoria per gli illeciti

Per analizzare la giustificazione economica di sanzioni che eccedono l'entità del danno arrecato o comunque prescindono dalla quantificazione dello stesso, occorre analizzare la teoria economica degli illeciti.

Secondo tale approccio, la legge dovrebbe minimizzare la somma dei costi che derivano, da un lato, dalla commissione di illeciti e, dall'altro, dalla prevenzione degli stessi, incentivando alla produzione della "quantità ottimale di illeciti", che rappresenta l'ottimo paretiano del modello (27).

Il modello di Gary Becker (28), noto anche come "teoria del comportamento criminale razionale", è un *framework* teorico, che applica i principi dell'economia al comportamento criminale per fornire una risposta alla questione.

Secondo Becker, il comportamento criminale può essere spiegato come una scelta razionale da parte degli individui che pesano i costi e i benefici associati all'attività criminale. Il modello vuole sottolineare che un individuo prenderà una decisione razionale in base a questa valutazione dei costi e dei benefici: se i benefici superassero i costi, l'individuo potrebbe scegliere di commettere un crimine (29).

Occorre dunque concludere che, in termini di efficienza, il potere riduttivo e la responsabilità parziaria siano istituti controproducenti? Prima di giungere a questa conclusione appare opportuno, oltre al già effettuato richiamo alle specificità della responsabilità in ambito pubblicistico, considerare anche che, nel modello utilizzato finora, l'entità del danno (**D**) è esattamente quantificabile a priori, ed a variare (in funzione del grado di diligenza) è la probabilità che esso si manifesti (**p(x)**). Nella realtà ciò non è necessariamente vero, poiché occorre distinguere tra danni prevedibili e danni non prevedibili. In tal senso, si può immaginare che lo standard di diligenza richiesto sia quello che, in un regime ottimale, consente di minimizzare il costo sociale atteso calibrato sui soli danni preventivabili. Tuttavia, poiché nella responsabilità amministrativa di tipo colposo il danno di cui il convenuto è chiamato a rispondere è quello che si è manifestato nella sua interezza, è possibile interpretare il potere riduttivo come il mezzo attraverso cui esonerare il soggetto responsabile dalla responsabilità patrimoniale relativa ai danni non prevedibili *a priori*, che si siano comunque manifestati, il che appare tutto sommato coerente con la predeterminazione di uno standard di diligenza definito in relazione ad una funzione probabilistica.

(27) Questa concezione potrebbe apparire singolare agli occhi dei giuristi, poiché sembra accettare e tollerare una certa quantità di atti illeciti. Tuttavia, occorre partire da una realtà incontrovertibile: è quasi certo che chiunque, nel corso della propria esistenza, commetta almeno un'azione illegale. Pertanto, l'autorità pubblica dovrebbe davvero impegnarsi a sanzionare ogni singola violazione, anche se ciò comporta un costo per la dissuasione (associato all'impiego di risorse per l'accertamento delle infrazioni e lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori) che potrebbe superare il costo sociale derivante dall'infrazione stessa?

(28) G.S. Becker, *Crime and punishment: An economic approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, 2, 169.

(29) Il modello parte dal presupposto che gli individui agiscono in base a un calcolo razionale dei costi e dei benefici delle loro azioni, inclusi i comportamenti illegali. Più in dettaglio, i principali assunti del modello di Becker sono i seguenti:

- gli individui cercano di massimizzare la loro utilità o soddisfazione complessiva attraverso le loro azioni, che possono includere attività illegali;

- gli individui considerano i costi e i benefici associati all'attività criminale: i costi possono includere la probabilità di essere arrestati, processati e condannati, nonché le sanzioni legali e sociali, i benefici possono essere finanziari (ad esempio, guadagni illeciti) o non finanziari (ad esempio, status sociale);

- gli individui confrontano i costi e i benefici dell'attività criminale con quelli delle alternative legittime disponibili: se i benefici superano i costi, l'individuo può decidere di impegnarsi in attività illegali;

- la probabilità e la severità delle pene legali svolgono un ruolo chiave nella decisione di commettere un crimine: aumentare la probabilità di essere catturati, processati e puniti, oltre ad aumentare la severità delle sanzioni, può ridurre l'attrattiva del comportamento criminale.

Le equazioni chiave del modello possono essere sintetizzate e semplificate come segue.

Il potenziale criminale sceglierà di massimizzare la sua utilità, che per semplicità assumiamo dipendere linearmente dai costi e dai benefici da essa derivanti: $U = B - C$, dove **B** rappresenta i benefici associati all'attività criminale e **C** ne rappresenta i costi. Se i costi

Perciò, se la probabilità di essere sanzionati e la severità delle sanzioni aumentano, ciò ridurrà l'attrattiva del comportamento criminale (30).

Il modello di Becker ha influenzato notevolmente l'approccio all'analisi economica del comportamento criminale, sottolineando l'importanza di considerare i fattori economici e razionali nel comprendere la scelta criminale e suggerendo che la deterrenza gioca un ruolo cruciale nel prevenire il crimine.

Evidentemente il modello è anche facile oggetto di critica, in particolare per la sua presunzione di razionalità completa e per la sua mancanza di considerazione per i fattori sociali, culturali e psicologici che influenzano il comportamento criminale.

In ogni modo, siamo in grado intuire le principali conseguenze che, in termini più generali di politica di repressione degli illeciti di qualsiasi natura (non solo criminale) e di criteri di scelta giudiziaria, si possono ricavare da questo approccio.

Segnatamente, il modello suggerisce che:

- una politica di deterrenza efficace dovrebbe puntare ad aumentare la probabilità di essere scoperti e la severità delle sanzioni per gli illeciti; pertanto, è importante allocare risorse per rafforzare gli strumenti di individuazione e sorveglianza, nonché per garantire che le sanzioni siano adeguate e proporzionate alla gravità dell'illecito commesso: questo può influenzare le decisioni razionali delle persone e scoraggiarle dal comportamento illecito;

- le decisioni dovrebbero tenere conto dei costi e dei benefici associati al comportamento illecito: ciò implica che le decisioni giudiziarie, le politiche di regolamentazione e le sanzioni amministrative dovrebbero essere calibrate in modo da riflettere la gravità dell'illecito e il suo potenziale effetto deterrente e che le sanzioni devono essere percepite come giuste ed equilibrate per influenzare il comportamento degli individui;

- oltre alla repressione, la prevenzione è altrettanto importante: investire in programmi di prevenzione, educazione, promozione dell'etica e sensibilizzazione può ridurre i fattori di rischio che portano all'illecito; creare un ambiente in cui i benefici derivanti dal rispetto delle regole superino quelli derivanti dal comportamento illecito può influenzare le scelte degli individui e ridurre il tasso di illeciti.

È importante sottolineare che queste conclusioni derivano da un approccio teorico generale e che l'applicazione pratica può variare a seconda del contesto specifico e delle leggi vigenti. Tuttavia, l'adozione di questo punto di vista può fornire un quadro concettuale utile per sviluppare politiche di repressione e prevenzione degli illeciti in diversi ambiti.

5. Verso un equilibrio tra risarcimento e sanzioni? L'analisi dei punitive damages come possibile approccio integrato

La teoria economica dei *punitive damages* (31) può rappresentare, nell'ambito della responsabilità patrimoniale, una prospettiva unificante tra la teoria economica della *tort law* e la teoria economica degli illeciti. Secondo questa teoria, i *punitive damages* vengono riconosciuti non solo per compensare la vittima del *tort*, ma anche per punire il responsabile e disincentivare comportamenti futuri simili (32).

Analizzando la teoria economica della responsabilità patrimoniale, si è finora implicitamente ipotizzato che il potenziale danneggiante non riceva alcun beneficio dall'illecito: dunque, la sua scelta razionale si avrà in corrispondenza dell'uguaglianza tra il costo marginale della precauzione ed il costo marginale atteso del risarcimento.

In realtà, molto spesso attività potenzialmente dannose per altri possono comportare un beneficio per chi le attui:³³ cosa accade allora qualora i benefici non siano affrancati dall'obbligo di diligenza richiesto, come nel caso di attività intrinsecamente illecite che potrebbero arrecare vantaggi all'agente stesso?

vengono fatti pari alle conseguenze negative dell'essere scoperti (S) moltiplicati per la probabilità che ciò accada (p) ed il livello di attività criminale viene indicato con x , la funzione di utilità diventa: $U = B(x) - pS(x)$. Porre S in funzione crescente di x equivale ad immagine che le sanzioni siano proporzionali all'entità dell'infrazione. Così, la scelta di massimizzante del potenziale criminale diventa stilizzabile nel determinare un valore di x che rende massima U , e cioè x^* : $B'(x) = pS'(x)$. A questo punto occorre tener conto dei costi pubblici associati alla repressione dell'illecito, che incidono sulla probabilità di scoprire il criminale: $p = p(c)$. Determinando c (l'entità dell'investimento necessario per la repressione del crimine) ed $S(x)$ (la sanzione associata ad ogni illecito, in base alla sua gravità) si determina l'associato livello di x^* .

(30) Naturalmente, occorre considerare che, se la sanzione è eccessivamente severa può portare ad un crimine ancora più grave: come osserva H.R. Varian, *op. cit.*, cap. 33, se il parcheggio abusivo fosse punito con la morte, allora una persona che fosse colta in flagrante potrebbe benissimo tentare di uccidere l'agente di polizia che l'ha sorpreso. Sicché, ne ricaviamo che deve sussistere una proporzionalità tra S e la gravità dell'illecito che si intende sanzionare.

(31) Per la quale cfr.: R. Cooter, *Economic analysis of law*, in *California Law Review*, 1982, 79; M. Polinsky, S. Shavell, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harvard Law Review*, 1998, 869.

(32) Questa logica punitiva è comune sia nella responsabilità civile che nella responsabilità penale, poiché entrambe cercano di promuovere l'efficienza economica attraverso incentivi appropriati (v., ad es., sulla responsabilità civile: L.E. Perriello, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2018, 454). In entrambi i contesti, si mira a raggiungere un equilibrio tra i costi e i benefici, considerando sia gli interessi dei danneggiati che la necessità di prevenire comportamenti socialmente dannosi.

(33) Questo rilievo, di per sé, non muta la validità del modello della *tort law* che, come visto, può comunque essere posto a fondamento delle norme sulla responsabilità patrimoniale, nella misura in cui tali benefici possano essere considerati esogeni rispetto al modello stesso.

Nella teoria economica dei *punitive damages*, il beneficio atteso dall'attività illecita, che sarà indicato con $\mathbf{b}(\mathbf{x})$, entra nella funzione di costo atteso da parte del potenziale danneggiante, ora così definita:

$$\mathbf{c}(\mathbf{x}_i) = \mathbf{c}\mathbf{x}_i + \mathbf{p}(\mathbf{x}_i)\mathbf{D} - \mathbf{b}(\mathbf{x}_i)$$

Ne discende che la soluzione del problema di ottimizzazione per il potenziale danneggiante si ha in corrispondenza di \mathbf{x} : $\mathbf{b}'(\mathbf{x}_i) + \mathbf{c} = -\mathbf{p}'(\mathbf{x}_i)\mathbf{D}$, che, per via delle ipotesi fatte sulle funzioni, è minore del livello ottimale di precauzione \mathbf{x}^* .

Ciò in quanto l'incremento di utilità (derivante da una diminuzione dei costi) che discende dalla diminuzione di $\mathbf{p}(\mathbf{x}_i)\mathbf{D}$ associata all'incremento di \mathbf{x}_i , deve adesso compensare non soltanto il costo della precauzione \mathbf{c} , ma anche la perdita di beneficio $\mathbf{b}(\mathbf{x})$.

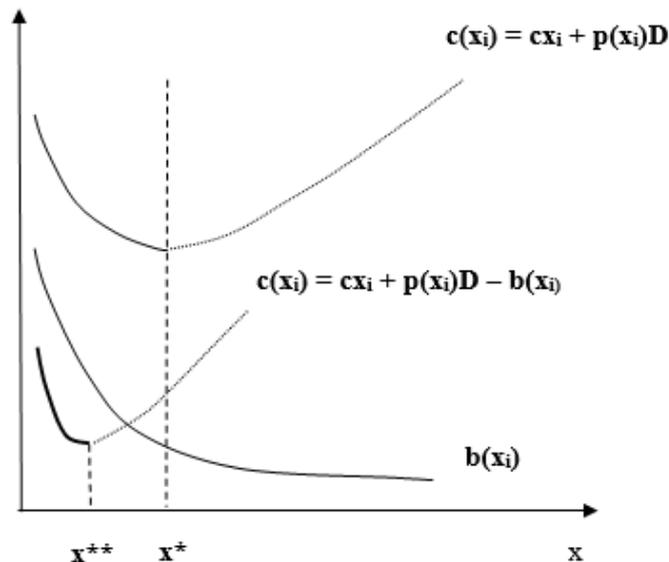


Figura 5. La minimizzazione del costo del danneggiante in caso di beneficio derivante dall'attività illecita

Per ripristinare una situazione in cui il grado di precauzione riduce al minimo i costi sociali, occorre aggiungere il risarcimento una posta ulteriore: questa è l'essenza economica dei *punitive damages*, figura giuridica diffusa negli ordinamenti di *common law*, i quali prevedono il riconoscimento al danneggiato, prevalentemente in ipotesi di *tort*, di un importo aggiuntivo rispetto a quanto necessario a compensare il danno subito (*compensatory damages*), qualora il danneggiante abbia agito con *malice* (dolo) o *gross negligence* (colpa grave).

A fronte di una condotta particolarmente riprovevole, l'ordinamento reagisce dunque in modo più severo e ciò ad un duplice scopo di prevenzione generale e speciale (*deterrence*) nonché di adeguata punizione del responsabile: in ossequio, cioè, ad una specifica funzione punitivo-afflittiva del congegno risarcitorio così intenso (34).

Non è questa la sede per indugiare sul tema dell'ammissibilità e dei limiti dei *punitive damages* nell'ordinamento nazionale (35). Ciò che occorre rimarcare, alla fine di questo paragrafo, è che, posta la questione in termini di efficienza

Questa condizione è verificata ove il livello di attività sia indipendente dal livello di precauzione. Ad esempio, una impresa avrà interesse a produrre in base alle condizioni di domanda ed offerta nel mercato di riferimento, e solo una volta determinato così – esogenamente – il livello di attività ottimale, si porrà il problema del livello associato di precauzioni da adottare per minimizzare il costo atteso, sul quale incide la probabilità di danno ad altri soggetti.

(34) M. Di Marzio, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, in <www.personaedanno.it>, 13 luglio 2015; A. Montanari, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 377.

(35) Com'è noto, in Italia la giurisprudenza della Cassazione aveva lungamente sostenuto che l'istituto esso fosse in contrasto con l'ordine pubblico interno, dovendosi quindi negare la delibazione di una sentenza straniera di condanna qualora contenesse l'applicazione di *punitive damages*. Tuttavia, la contraddizione di fondo tra la negazione di funzioni ulteriori a quelle compensative e numerose previsioni normative progressivamente introdotte nel nostro ordinamento, che sembrano sovrapporre funzioni risarcitorie e funzioni punitive della sanzione (Ad esempio: la responsabilità aggravata per lite temeraria, prevista dall'art. 96 c.p.c., l'art. 709-ter c.p.c sul danno endofamiliare, la responsabilità per danno ambientale, prevista dall'art. 18 l. n. 349/1986, o la "riparazione pecuniaria" per diffamazione, prevista dall'art. 12 l. n. 47/1948 sulla stampa) hanno indotto Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601 (in questa *Rivista*, 2017, 3-4, 520, con nota di A.M. Quaglini, *Sull'ingresso dei "danni punitivi" nell'ordinamento italiano*) a legittimare l'applicabilità anche nel nostro ordinamento dell'istituto.

in senso paretiano, un risarcimento in misura maggiore del danno trova una sua giustificazione nell'esigenza di creare un incentivo che compensi quello che può ricavare il potenziale danneggiante da una condotta illecita.

6. *Sfumature di responsabilità: l'analisi economica degli illeciti e dei punitive damages nell'ambito della responsabilità amministrativa*

La teoria economica degli illeciti offre una prospettiva intrigante sull'analisi del comportamento umano in relazione alle azioni illecite, mettendo in luce i costi e i benefici ad esse associati. Gli individui, guidati da una razionale valutazione dei guadagni potenziali e delle conseguenze negative, cercano di massimizzare la propria soddisfazione complessiva. In questo contesto, l'effetto deterrente diventa cruciale per prevenire tali comportamenti, poiché un aumento della probabilità di essere scoperti e delle sanzioni legali può rendere meno attraente l'attività illecita.

Mentre l'analisi economica della *tort law* si concentra principalmente sul risarcimento dei danni derivanti da azioni negligenti o illecite, l'analisi economica degli illeciti amplia l'orizzonte e pone l'accento sull'efficienza delle sanzioni e sulle politiche di deterrenza: una visione più ampia che sfida le motivazioni sottostanti e promuove una responsabilità amministrativa più incisiva e preventiva.

Tale visione può infatti ben essere applicata anche alle forme di responsabilità "sanzionatoria" della Corte dei conti: in queste particolari fattispecie, in cui la sanzione ordinamentale viene disposta anticipatamente, indipendentemente dalla produzione dell'evento di danno (v. artt. 148 e 248 Tuel, art. 20 d.lgs. n. 175/2016) si evidenzia pienamente tale volontà di deterrenza (36).

Queste forme di responsabilità mirano quindi a creare un clima di responsabilità e ad incentivare comportamenti diligenti da parte degli agenti pubblici nella gestione delle risorse pubbliche, riducendo al minimo la commissione di illeciti e promuovendo una corretta e responsabile gestione dei fondi pubblici (37).

Più in generale, è possibile estrarre ulteriori indicazioni che l'analisi economica degli illeciti può offrire allo studio della responsabilità amministrativa, ampliando il panorama delle valutazioni e promuovendo una visione proattiva della responsabilità, che punti ad anticipare e scoraggiare comportamenti scorretti.

L'analisi economica suggerisce innanzitutto che le sanzioni dovrebbero essere proporzionali alla gravità dell'illecito commesso.

Andrebbe quindi valutata l'efficacia delle sanzioni esistenti nel prevenire comportamenti dannosi o negligenza nella gestione delle risorse pubbliche. Se le sanzioni attuali non risultassero sufficientemente efficaci, potrebbe essere necessario rivedere le politiche di deterrenza per garantire una maggiore efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

L'analisi economica degli illeciti, inoltre, considera anche i costi associati all'applicazione delle sanzioni. La Corte dei conti potrebbe prendere in considerazione l'efficienza economica dell'applicazione delle sanzioni, valutando se i costi sostenuti per indagare, processare e imporre le sanzioni superano i benefici ottenuti. Questa valutazione può aiutare a ottimizzare l'allocazione delle risorse e a garantire che le sanzioni siano applicate in modo efficiente.

Anche l'analisi economica dei *punitive damages* si rivela un'interessante fonte di spunti per il contesto della responsabilità amministrativa. Sebbene tali condanne non siano (almeno in via generale) previste dall'ordinamento nazionale, l'approccio economico che ad esse sottende può contribuire ad arricchire la comprensione del danno erariale. L'introduzione di elementi punitivi nelle condanne potrebbe rappresentare un deterrente significativo per coloro che ricoprono ruoli di responsabilità finanziaria nel settore pubblico. Al di là del semplice ristoro dei danni effettivi, un risarcimento che contenga un elemento punitivo potrebbe scoraggiare comportamenti negligenti o dannosi, garantendo così una tutela più efficace delle risorse pubbliche.

Sia l'analisi economica delle sanzioni che quella dei *punitive damages* sottolineano l'importanza di determinare l'entità della condanna in modo da massimizzare l'effetto deterrente, evitando però eventuali effetti collaterali indesiderati. In questa prospettiva, la Corte dei conti potrebbe valutare tale approccio per determinare l'entità del risarcimento, trovando un equilibrio tra la necessità di punire il responsabile e la considerazione degli eventuali impatti negativi che sanzioni eccessivamente punitive potrebbero avere sull'efficienza nella gestione delle risorse pubbliche.

(36) Per un approfondimento su tali forme di responsabilità, v. ad es.: F. Foggia, M. Scognamiglio, *Le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa dopo il decreto "semplificazioni"*, in *Comuni d'Italia*, 2020, 10-11, 26; P. Evangelista, *Le frontiere della responsabilità amministrativa fra atipicità, fattispecie normate e ipotesi sanzionatorie*, in <www.dirittoeconomi.it>, 20 settembre 2019; M. Scognamiglio, *La responsabilità amministrativa da assenza o inadeguatezza del sistema di controllo interno negli enti locali*, *ivi*, 7 febbraio 2021. L'orientamento prevalente della giurisprudenza contabile assume che sia sempre necessario, anche in tali fattispecie, riscontrare una condotta dolosa o gravemente colposa. Secondo una differente posizione interpretativa, nelle ipotesi di responsabilità tipizzata o sanzionatoria potrebbe ammettersi, a livello probatorio, la presunzione della sussistenza dell'elemento soggettivo, con onere del convenuto di provare l'assenza del dolo o della gravità della colpa (P. Evangelista, *op. cit.*).

(37) Nel contesto in esame, la deterrenza si riferisce alla creazione di un clima di responsabilità e consapevolezza nelle istituzioni pubbliche. Le sanzioni imposte dalla Corte dei conti possono fungere da strumento per scoraggiare gli agenti pubblici dal commettere irregolarità o violazioni nella gestione delle risorse pubbliche. L'idea sottostante è che, se gli agenti sanno di essere soggetti a sanzioni finanziarie per le loro azioni, saranno motivati a evitare comportamenti negligenti o potenzialmente dannosi.

7. Conclusioni: la danza tra danni, efficienza e deterrenza ed il ruolo del giudice contabile (anche in sede di controllo)

Gli studi di analisi economica del diritto concordano nel sostenere che, per quanto concerne la responsabilità dell'agente pubblico nella gestione delle risorse pubbliche, le clausole che consentono l'esenzione dalla responsabilità patrimoniale non possono essere giustificate.

Tuttavia, nell'ambito dell'amministrazione pubblica, la responsabilità richiede un'ampia valutazione delle decisioni, tenendo conto dell'interesse generale, della complessità delle norme e dei vincoli politici. È fondamentale adattare l'approccio alle specifiche esigenze dell'amministrazione pubblica, cercando di bilanciare l'efficienza economica con altri valori pubblici. In questo contesto, la Corte dei conti svolge un ruolo di primaria importanza nell'applicare criteri di efficienza economica, equità e tutela degli interessi pubblici.

Dall'analisi dei modelli economici della *tort law*, dell'approccio di Becker e dei *punitive damages*, nel contesto dell'azione di responsabilità erariale o sanzionatoria della Corte dei conti, è possibile estrarre alcuni principi:

1. Ripristino dell'equilibrio economico: l'obiettivo principale delle misure di responsabilità erariale è il ripristino dell'equilibrio economico. Il risarcimento dovrebbe essere finalizzato a recuperare le risorse pubbliche perse a causa dell'illecito commesso ed a ripristinare tale equilibrio.

2. Proporzionalità: le misure di risarcimento dovrebbero essere proporzionate alla gravità del danno erariale causato ed al grado di colpa del responsabile. Ciò implica che il risarcimento dovrebbe essere commisurato all'entità del danno e alla responsabilità del soggetto coinvolto.

3. Deterrenza: nonostante la natura primariamente risarcitoria, le misure di responsabilità erariale dovrebbero comunque avere un effetto deterrente per scoraggiare comportamenti illeciti futuri. Il risarcimento imposto può svolgere un ruolo preventivo e dissuasivo per evitare futuri abusi finanziari.

4. Efficienza nell'uso delle risorse: le misure di responsabilità erariale devono essere calibrate in modo da garantire l'efficienza nell'uso delle risorse pubbliche. Ciò significa che il risarcimento dovrebbe essere adeguato a ripristinare le risorse perse e consentire la gestione efficiente dell'erario, ma anche che l'azione di responsabilità dovrebbe valutare se i costi sostenuti per indagare, processare e imporre le condanne superano i benefici ottenuti.

Qualora si ammetta che il giudice contabile debba operare in aderenza ai principi estraibili dai modelli economici esaminati, ne emerge, ad avviso di chi scrive, un rafforzamento del suo ruolo.

In merito al principio del ripristino dell'equilibrio economico, il giudice assume il compito cruciale di garantire un'adeguata compensazione del danno erariale ed il ritorno delle risorse pubbliche all'erario. Tale principio rispecchia fedelmente i modelli economici che sottolineano l'importanza dell'equilibrio e dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse. Pertanto, il giudice, nella valutazione del risarcimento, deve condurre un'attenta analisi delle prove e delle circostanze specifiche del caso, al fine di determinare l'entità necessaria per il ripristino dell'equilibrio economico.

Tuttavia, una rigorosa applicazione di tale principio potrebbe entrare in conflitto con il principio di proporzionalità. I modelli economici ci insegnano che un risarcimento integrale potrebbe risultare eccessivamente gravoso e comportare conseguenze negative per la capacità di un individuo o di un'organizzazione di continuare a svolgere in modo sostenibile le proprie attività economiche. In queste situazioni, il giudice può fare uso del potere riduttivo al fine di trovare un equilibrio tra il ripristino e la sostenibilità economica delle parti coinvolte.

Per quanto riguarda le forme di responsabilità sanzionatoria, i modelli economici considerano l'effetto deterrente come un elemento centrale per il mantenimento di un comportamento lecito e possono quindi essere interpretati come strumenti normativi volti a scoraggiare comportamenti dannosi per l'erario, mediante l'applicazione di sanzioni amministrative proporzionate alla gravità dell'illecito.

Tuttavia, i modelli economici insegnano che una sanzione eccessivamente severa potrebbe produrre un effetto deterrente inefficace, in quanto potrebbe scoraggiare attività economiche lecite o ridurre l'incentivo all'innovazione e agli investimenti. In tal senso, il giudice assume un ruolo fondamentale nel bilanciare la gravità dell'illecito con l'effetto deterrente delle sanzioni, considerando attentamente i principi di efficienza economica, equità e proporzionalità. Allo stesso tempo, deve applicare sanzioni proporzionate alla gravità dell'illecito, considerando l'effetto deterrente e promuovendo comportamenti leciti.

L'analisi economica degli illeciti spinge ad andare oltre le tradizionali concezioni di responsabilità, aprendo nuove vie di ricerca e di riflessione nel campo della responsabilità amministrativa. Offre un approccio innovativo per esplorare le dinamiche sottostanti alla gestione delle risorse pubbliche e per sviluppare politiche di responsabilità più efficaci ed efficienti. In questo modo, si promuove un sistema in cui le sanzioni agiscono come un deterrente chiaro e tangibile, alimentando una cultura di responsabilità e preservando l'integrità nel settore pubblico.

L'analisi economica del diritto evidenzia pertanto in modo convincente che la responsabilità amministrativa può essere compresa come un *tertium genus*, che si discosta sia dal risarcimento tradizionale che dalla sanzione punitiva. Invece, la sua essenza si focalizza sulla promozione dell'efficacia, efficienza ed economicità nella gestione delle risorse pubbliche.

Questa interpretazione si basa sulla consapevolezza che nel contesto amministrativo la responsabilità non può essere ridotta a una mera riparazione pecuniaria dei danni subiti o a una sanzione a scopo retributivo. La responsabilità amministrativa va oltre questi limiti, assumendo un ruolo fondamentale nel garantire una gestione oculata ed efficiente delle risorse pubbliche, al fine di perseguire gli obiettivi di interesse generale.

La responsabilità amministrativa si pone allora come un'ancora di riferimento che orienta le decisioni degli amministratori pubblici verso la massimizzazione dell'efficacia nell'ottenimento dei risultati, l'ottimizzazione dell'uso delle risorse disponibili e il perseguimento dell'economicità nella gestione.

In tal modo, si promuove una cultura della responsabilità che si basa sull'idea che chi gestisce risorse pubbliche deve agire con cura e diligenza nell'interesse collettivo, facendo sì che l'interesse pubblico prevalga sugli interessi particolari.

L'analisi economica sottolinea l'importanza di adottare un approccio che valorizzi l'efficienza, poiché solo attraverso una gestione efficiente delle risorse pubbliche sarà possibile ottenere risultati ottimali e garantire la massimizzazione del benessere collettivo.

Questa prospettiva, del resto, non è nuova in dottrina e sembra ad esempio pienamente condivisa da Scoca, ove afferma che se lo scopo della responsabilità amministrativa: “fosse il (pieno) risarcimento del danno, non avrebbe senso né il carattere personale della responsabilità, né le limitazioni alla imputabilità, né il potere di riduzione dell'addebito. Tutti questi elementi sono viceversa logicamente collegati alla funzione di prevenzione e, in ultima analisi, ad assicurare il buon andamento dell'amministrazione” (38). Così come, anche in giurisprudenza, si è affermato espressamente che l'azione di responsabilità per danno erariale promossa dalla procura erariale è volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della pubblica amministrazione e al corretto impiego delle risorse (39).

È proprio in questa intersezione tra economia e responsabilità che si celano risposte innovative e soluzioni che mirano a promuovere una gestione delle risorse pubbliche ancor più consapevole, trasparente ed efficiente.

Secondo la prospettiva finora analizzata, il fine primario delle istituzioni giuridiche risiede nel modellare gli stimoli e i deterrenti per influenzare il comportamento individuale, al fine di orientarlo verso l'efficienza e l'integrità. In questo quadro concettuale, non possiamo trascurare di menzionare le funzioni di controllo svolte dalla Corte dei conti, poiché l'analisi economica del diritto si configura come un prisma interpretativo unificante che conferisce rilevanza al controllo come strumento fondamentale per garantire l'efficienza e l'integrità nella gestione delle risorse pubbliche.

Un primo esempio concreto è rappresentato dal controllo preventivo di legittimità, che si configura come un meccanismo deterrente nei confronti delle decisioni amministrative irregolari o sprezzanti, in quanto impone una rigorosa valutazione della loro conformità alle norme di legge. Attraverso questa prospettiva, si generano incentivi per coloro che sono responsabili della gestione delle risorse pubbliche, affinché conducano le proprie attività in modo diligente e rispettoso delle normative giuridiche vigenti.

In modo analogo, sia il controllo sulla gestione che il controllo finanziario esercitati dalla Corte dei conti contribuiscono a instaurare un quadro incentivi per una gestione responsabile ed efficiente delle risorse affidate. La Corte dei conti esamina i fatti gestionali mediante l'analisi dei documenti di bilancio, generando un effetto deterrente e fornendo altresì un supporto alle azioni sanzionatorie. In questo modo, svolge anche un ruolo attivo di sostegno alla sua funzione giurisdizionale. Tale processo di monitoraggio e valutazione crea un contesto in cui gli amministratori pubblici sono spinti a adottare comportamenti virtuosi, che possono comprendere il risparmio di risorse, l'attuazione di sistemi di controllo interno e la ricerca di modalità efficienti per il conseguimento degli obiettivi istituzionali.

Attraverso una focalizzazione mirata sugli incentivi e i deterrenti, la Corte dei conti può, anche nell'esercizio delle funzioni di controllo, orientare il comportamento degli amministratori pubblici verso scelte virtuose e responsabili, contribuendo in tal modo alla tutela e all'ottimizzazione delle risorse pubbliche nell'ambito degli illeciti in generale. In definitiva, l'analisi economica del diritto si pone come un'ulteriore lente d'ingrandimento che sottolinea il ruolo cruciale del controllo svolto dalla Corte dei conti nella promozione dell'efficienza e dell'integrità nella gestione delle risorse pubbliche.

8. (Post scriptum) *Verso nuove prospettive: l'analisi economica del diritto e le sfide nella responsabilità pubblicistica per una gestione efficace delle risorse pubbliche*

L'analisi finora condotta pone le basi per un'indagine più approfondita e complessa.

L'approccio dell'analisi economica del diritto dimostra che la presenza di un rischio di danno o di responsabilità economica induce sia il potenziale danneggiante che il potenziale danneggiato a adottare un grado di diligenza ottimale, in conformità al principio di efficienza di Pareto. Tuttavia, sorge la questione di come tale problematica sia affrontata

(38) F.G. Scoca (a cura di), *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in Id., *La Responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, Cedam, 1997. Richiamato (e condiviso) anche in S. Cimini, *La giurisdizione della Corte dei conti nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in Aa.Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, vol. I, 881 ss.

(39) Così differenziandosi dall'azione di responsabilità civile promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario – volta al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria e integralmente compensativa, a tutela dell'interesse particolare della amministrazione attrice – e restando quindi ognuna reciprocamente indipendente dall'altra anche quando investano i medesimi fatti materiali: cfr. Cass., S.U., ord. 23 novembre 2021, n. 36205; ord. 7 maggio 2020, n. 8634, richiamate anche da Corte cost. 28 luglio 2022, n. 203 (già citata nel par. 3), in questa *Rivista*, 2022, 4, 198, con nota di E. Tomassini, *La Corte costituzionale ribadisce la costituzionalità del divieto di chiamata in giudizio per ordine del giudice nel processo contabile*.

in altri ordinamenti giuridici, nonché dell'efficacia delle soluzioni adottate in relazione alla gestione delle finanze pubbliche.

Nell'ambito dell'analisi economica della responsabilità amministrativa, risulta un dato empirico che molti sistemi giuridici non contemplino tale forma di responsabilità. Ciò non implica necessariamente che tali ordinamenti non adottino misure finalizzate a promuovere un comportamento diligente da parte dei soggetti che gestiscono risorse pubbliche, ad esempio attraverso sanzioni penali o disciplinari.

È possibile che l'assenza di responsabilità amministrativo-contabile sia compensata da un regime disciplinare e/o penale diverso adottato in tali ordinamenti? Inoltre, volendo concentrarsi sugli aspetti patrimoniali, se sussiste la preoccupazione che l'amministrazione pubblica non citi in giudizio civile il proprio amministratore, potrebbe essere opportuno prevedere un obbligo di azione da parte del pubblico ministero o di un organo equivalente nel contesto civile, o esplorare altre soluzioni processuali che conducano al medesimo risultato? È possibile dimostrare che scelte normative differenti conducono ad identiche soluzioni in termini di composizione degli interessi rilevanti? (40)

Qualora scelte normative diverse conducano invece a soluzioni divergenti e, di conseguenza, a una maggiore o minore deterrenza di specifici comportamenti, sarebbe possibile dedurre l'esistenza di valori fondamentali che caratterizzano una determinata società e un sistema giuridico?

Un approccio comparativo ed un'analisi economica del diritto emergono come strumenti essenziali per esplorare in modo approfondito l'ampio campo di studio che caratterizza un ambito così complesso e articolato.

L'approfondimento di tali questioni va evidentemente oltre gli obiettivi del presente lavoro. Tuttavia, ciò che è stato esposto fino a questo punto spera di aver stimolato una riflessione sul tema, evidenziando l'importanza di considerare l'analisi economica del diritto e il confronto comparato per comprendere le scelte normative e le conseguenze degli incentivi per gli attori coinvolti nella gestione delle risorse pubbliche. Questo invita ad ulteriori ricerche e studi approfonditi nel campo, al fine di sviluppare una migliore comprensione delle dinamiche legislative e degli effetti sui comportamenti degli agenti.

* * *

(40) Un tale approccio è stato ad esempio adottato, nell'ambito del diritto societario, da R.R. Kraakman *et al.*, *Diritto societario comparato*, Bologna, il Mulino, 2006.