

Valori e princìpi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza e danno da ritardo) (Relazione al convegno “La disciplina dell’azione amministrativa a vent’anni dalla legge n. 241 del 1990 - Roma, Palazzo Spada, 12 gennaio 2011)

PREMESSA: LA LEGGE N.241 TRA LEGGE GENERALE SUL PROCEDIMENTO E STATUTO DEL CITTADINO

La legge n. 241 del 1990 costituì il momento “positivo” di una riflessione sui rapporti tra cittadino e potere pubblico, tematica che significativamente andava già all’epoca a sostituirsi alla tradizionale dicotomia pubblica amministrazione-amministrati, quasi a cogliere la valenza costituzionale di quella legge, al di là dei pur importanti profili di interesse per il diritto amministrativo che consistevano nella emanazione della prima legge generale sul procedimento amministrativo nel nostro ordinamento. E forse per questo, oltre che per il carattere snello e l’impostazione di principio della legge, che si preferì scorgervi una sorta di statuto del cittadino, piuttosto che un codice dell’azione amministrativa.

La legge n. 241 –come è noto- ha subito due importanti interventi normativi “diretti”, nel 2005 e nel 2009. Sono peraltro mutate anche le coordinate di sistema, nell’ambito dell’ampio processo riformatore della pubblica amministrazione; processo che ha riguardato settori quali la regolazione, l’assetto organizzativo dei pubblici poteri, la formazione della decisione amministrativa e lo stesso agire dell’amministrazione per provvedimenti, la logica dei controlli, le tecniche di sindacato giurisdizionale e la stessa posizione dei soggetti del processo; per non parlare, sul piano della forma di Stato, del movimento che va dal decentramento al federalismo.

Tuttavia credo che, come sempre accade nei processi di trasformazione istituzionale, sia possibile, da un lato, scorgere le linee di una continuità di fondo di tale processo, quanto meno in chiave storica, dall’altro, assumere un istituto o un complesso di istituti giuridici per organizzarvi intorno il cambiamento e tentare di coglierne, al tempo stesso, portata e prospettive di sviluppo.

Una delle possibili chiavi di lettura di questi mutamenti istituzionali è data proprio dal procedimento amministrativo, che, per mutuare un’espressione dallo studio delle rappresentazioni teatrali, costituisce il luogo in cui si realizza l’unità di tempo, di spazio e di azione del rapporto tra cittadino e pubblico potere, ma nella

consapevolezza, che, al di fuori della singola vicenda procedimentale, esiste un contesto dinamico fatto di connessione di procedimenti, di fattispecie giuridicamente rilevanti non procedimentalizzate, di confluenza tra attività negoziale e provvedi mentale, di raccordo tra regolazione, programmazione e attuazione¹.

Riflettere oggi sul procedimento, assumendolo come chiave di lettura e di verifica delle trasformazioni dell'amministrazione e dei suoi rapporti con i cittadini, ha dunque senso e consente –come vedremo- di coniugare tradizione sistematica e capacità di cogliere i momenti ordinanti delle trasformazioni dell'amministrazione e della dialettica tra cittadini e poteri pubblici, in un tempo storico in cui la funzione trova nella comunità il proprio fattore di legittimazione; e il suo connotato autoritativo –anche quando sul piano giuridico-formale non viene meno- si inserisce nella logica del servizio.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO NELLA RIFLESSIONE DELLA DOTTRINA E LA SUA “CODIFICAZIONE”

Parlavo di tradizione sistematica, perché il procedimento è forse tra i pochi, e sicuramente il principale, dei temi su cui si è cimentata in maniera sistematica la nostra scienza del diritto amministrativo, come è noto incline, e a mio avviso sostanzialmente a ragione, a privilegiare l'aspetto pragmatico su quello dogmatico nello studio dei fenomeni amministrativi. Ma si è trattato, per l'appunto, di una sistematica di tipo ordinante e non dogmatico, che consente di far leva sul sapere problematico, e di utilizzare la struttura topica del pensiero giuridico indirizzata ai problemi, per arricchire la capacità di analisi della realtà, senza rinunciare all'effetto ordinante del sapere sistematico. Di una sistematica che, con Savigny, sappia coniugare teoria e prassi (superando la relativa rottura propugnata nelle *Pandette* di Windscheid) sul modello del diritto romano come esposto da Orestano²; cioè una sistematica “aperta”, ben diversa da quella dogmatica che ha portato la scienza amministrativistica italiana, quanto meno a partire da Benvenuti e Giannini, a fuggire dal sistema, in quanto forma, piuttosto che a criticare l'astratto metodo dogmatico in quanto tale³.

¹ A. Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in *Trattato dir. amm.* diretto da Cassese, Milano 2003

² Per un approfondimento di questa problematica, cfr., anche per ampi riferimenti, M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *RTDP* 2010, 347; per S. Cassese, *Lo stato presente del diritto amministrativo attuale*, in *RTDP* 2010, 389 ss., spec. 399, “il positivismo normativistico...-come quello scientifico-, fiducioso nell'assolutezza delle proprie proposizioni, corre continuamente il rischio di trasformare la scienza in metafisica: ha la pretesa di applicare al pensiero scientifico una categoria caratteristica della metafisica, l'assoluta sistematicità e coerenza logica”.

³ Osserva G. Morbidelli, (*Aldo M. Sandulli e il suo contributo alla certezza del diritto e alla unificazione nazionale*, in www.federalismi.it n.24/2010) che “la sistematica non è incasellamento forzoso della realtà, ma è rispetto della complessità di questa, che va ad organizzare e pertanto a salvaguardare nella sua naturale pluralità e diversità”

Ebbene, la storia del pensiero sul procedimento è, al riguardo, esemplare; e può essere legata ai nomi di cinque grandi giuristi.

Si apre con la formidabile sistemazione di Aldo M. Sandulli. Si è soliti dire sistemazione ed esaltazione della struttura e del valore giuridico formale del procedimento; e a ragione, in quanto ciò che rileva è la “determinazione dogmatica del fenomeno del procedimento”, ma anche “del valore *sostanziale* delle relazioni che si instaurano tra i diversi fatti che in esso si coordinano”⁴. Sicché le stesse fasi in cui si articola il procedimento non sono “elementi costitutivi” di una struttura complessa, ma momenti in cui si articolano giuridicamente le relazioni sostanziali tra le varie attività (e tra i vari soggetti⁵).

Con Benvenuti e Giannini entrano prepotentemente, nella struttura procedimentale delineata da Sandulli, la funzione amministrativa e gli interessi a essa correlati; da cui la configurazione del procedimento come “forma della funzione”(Benvenuti)⁶ e luogo deputato alla ponderazione degli interessi (Giannini), pubblici e privati, solitamente collegato –ma il rilievo non mi sembra necessitato sul piano della teoria generale- con il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Quello che maggiormente mi sembra rilevare ai nostri fini è che si fa avanti fin da allora l’idea – probabilmente conseguente, sul piano dei principi, al “superamento del vincolo unilaterale tra legge ed atto amministrativo”⁷, ma probabilmente imposto dalla pratica del fenomeno amministrativo- che l’interesse pubblico non può essere compiutamente definito nell’astratta previsione di legge, ma è determinato nel procedimento come risultato dell’esercizio di un potere “partecipato”, nell’accezione di Benvenuti, quando non “concordato”, nella logica degli accordi della legge 241. E da qui nasce la tensione persistente tra principio di legalità e determinazione in concreto dell’assetto degli interessi nell’esercizio di funzione, molto ben descritta da Guido Corso nel saggio sul principio di legalità⁸.

E siamo a Nigro, il quale –probabilmente per il retaggio culturale che si portava dagli *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*⁹- evidenzia il duplice profilo del procedimento, statico e dinamico, cioè il procedimento come

⁴ A.M.Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940 (rist.1964), spec. 23; il corsivo è nostro

⁵ Donde la rilevanza, per l’Autore, del concetto di competenza come misura di attribuzione e di ripartizione di poteri tra gli organi dello Stato

⁶ Per una recente, attenta ricostruzione del pensiero di Benvenuti, e per ampi richiami, cfr. G.Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷ A. Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in *Trattato Cassese, cit.*, che spiega che ciò deriva dalla consapevolezza che la legge, incapace di compiere in via preventiva un (compiuto, direi) bilanciamento di interessi, trasferisce tale compito alla pubblica amministrazione, che si trasforma da entità esecutrice della volontà della legge in soggetto che agisce con un’attività procedimentalizzata, volta a definire in concreto l’interesse pubblico da perseguire.

⁸ G.Corso, *Il principio di tipicità*, in *Codice dell’azione amministrativa* (a cura di M.A.Sandulli), Milano 2010, sub art.1

⁹ Milano 1966.

organizzazione e come attività (oltre che il collegamento tra procedimento e processo).

E Sabino Cassese completa il quadro, soprattutto, per quanto qui rileva, con la sistemazione dell'intervento partecipativo del privato nel procedimento, che sviluppa le idee già presenti in Nigro e, prima di lui, in Benvenuti, e che è riprova della valenza costituzionale degli sviluppi della teoria del procedimento e della sua "codificazione" nella legge n. 241.

La dottrina richiamata –che pure traeva spunto da principi elaborati, in relazione a casi, dalla giurisprudenza- ha, a sua volta, largamente influenzato la giurisprudenza successiva, nella quale quei principi hanno trovato pratica applicazione soprattutto in relazione al processo di formazione della decisione amministrativa e ai rapporti tra i suoi attori istituzionali; e, ancora, con riferimento alla figura dell'eccesso di potere, sempre più spesso rinvenuto nel discostarsi dell'atto da quelle regole di istruttoria e di giudizio che si esplicavano nella sede naturale, e ordinante, del procedimento.

La nostra legge sul procedimento si pone –come è stato da più parti osservato- in una posizione intermedia tra i due modelli positivi (ed estremi) di "codificazione" del procedimento.

Dalla legislazione statunitense dell'*Administrative Procedure Act* (1946), ripete la struttura snella e l'impostazione per principi; nel merito, mutua l'attenzione verso la disciplina della partecipazione procedimentale degli interessati nell'ottica della co-determinazione degli interessi¹⁰, nella quale, peraltro, sostanzialmente si esaurisce la disciplina statunitense¹¹.

Il modello austriaco, e, sia pure in misura inferiore, quello tedesco si muovono invece in una logica diversa, solo apparentemente più vicina a quella italiana, anche se la dottrina italiana ha sempre guardato con molta attenzione all'esperienza austriaca. Tale modello è di impostazione essenzialmente processuale e di derivazione positivisticò-kelseniana, attento ad assicurare la garanzia del rapporto autorità-libertà sul piano giuridico formale (il diritto pubblico subbietivo che si contrappone, limitandolo, al potere), ma, come rovescio della medaglia, poco capace di adattare il mezzo (il procedimento) al fine (la funzione)¹². E tale modello procedimentale si ripercuote sulla disciplina del processo, analitica, completa ed esaustiva, ma inevitabilmente poco sensibile al concreto atteggiarsi dei poteri del

¹⁰ Prospettiva, come si è visto, presente nella nostra dottrina e soprattutto, sia pure con angolazioni parzialmente diverse, in Benvenuti, Nigro e Cassese

¹¹ La stessa è stata successivamente integrata dal *Freedom of Information Act* (1975) e dal *Government under Sunshine Act* (1984), in tema di accesso e trasparenza

¹² Così, efficacemente, A.Sandulli, *Procedimento amm., cit.*

giudice e delle tecniche di sindacato e coerentemente fedele al modello istituzionale del giudice, al pari dell'amministrazione, mero esecutore della volontà della legge.

Il modello italiano del 1990, coerente alla tradizione dottrina e giurisprudenziale del nostro Paese, è decisamente più flessibile: gioca sui principi dell'azione amministrativa (nei quali molto si ritrova delle fattispecie sintomatiche dell'eccesso di potere del diritto giurisprudenziale), regola il procedimento più che il provvedimento, si giova di una tecnica di sindacato per clausole generali, che assume i principi della legge come parametri di riferimento più che come disposizioni normative di cui fare applicazione in forma deduttiva. Il che non vuol dire –per rassicurare Guido Corso e le sue giuste preoccupazioni espresse nel suo scritto- che vi sia una sottovalutazione del principio di legalità, ma solo che lo stesso è diversamente declinato: non già la mera contrapposizione tra due posizioni soggettive che si delimitano a vicenda e non si parlano, bensì una sfera giuridica del cittadino che si fa in progress, storicamente determinata, che si modella sull'esercizio in concreto del potere per potersi meglio delineare, sempre in concreto, come posizione piena del cittadino verso quel potere (e non verso il potere, un potere generico, astratto e predeterminato)

E' questo, credo, il significato vero del processo –evidenziato da Nigro- di emersione di interessi giuridici che, dall'indistinto mondo degli interessi di fatto, vanno a comporre la sfera giuridica del cittadino nei confronti del potere. E quindi un interesse legittimo non mero riflesso, in senso platonico, di un mondo ideale dei diritti, bensì una posizione che, con le garanzie assicurate dalla legge nel concreto farsi dell'azione amministrativa, cioè nel procedimento, sappia dialogare col potere concreto. La "libertà" da noi con si pone come un limite *esterno* all'"autorità"; quest'ultima, piuttosto, è *conformata al suo interno* dal doveroso modo di essere del potere, sicché la conformità a legge non è –oserei dire *soltanto*- la conformità al paradigma normativo, ma una più intrinseca legittimità sostanziale che tiene conto di "concetti giuridici indeterminati" di cui il giudice di volta in volta valuterà il rispetto.

Tutto ciò dà forse meno certezza, ma dà più flessibilità, che può tradursi in effettività di tutela. Per fare un esempio: si dice che a Milano un appuntamento è a mezzogiorno, mentre a Napoli è verso mezzogiorno. Ebbene, a Milano ci sarà maggiore certezza sui tempi, con i vantaggi che ne derivano; ma a Napoli ci sarà maggiore flessibilità, che potrà servire ad assorbire qualche imprevisto procedimentale.

Non credo che questi caratteri di fondo, a ben guardare, siano stati stravolti dalle modifiche apportate nel 2005 e nel 2009 alla legge sul procedimento¹³. Sicuramente

¹³ Acutamente gli interventi normativi sul procedimento sono stati definiti un "processo riformatore a ripetizione che la normativa sul procedimento ha conosciuto in un breve volgere di anni" si da auspicare che il legislatore lasci "oggi

queste modifiche, sul piano dell'impostazione (e della stessa lunghezza della legge 241) denotano uno spostamento del baricentro dal procedimento al provvedimento¹⁴, in evidente controtendenza con la nostra tradizione¹⁵; ma è altresì vero che grande rilevanza assumono nella legge i principi generali –e ne fanno ingresso di nuovo- e la motivazione, che assume una rilevanza centrale nello statuto del provvedimento, come “ponte che conduce alla cognizione diretta dei motivi, ripercorrendo l'intero procedimento in quanto dimostrativo della genesi del provvedimento”¹⁶.

Così come continuano ad avere rilevanza centrale nella disciplina legislativa l'interazione tra azione e organizzazione nel procedimento, sicché la legge continua ad avere presenti aspetti organizzativi in quanto direttamente incidenti sull'azione (responsabile del procedimento, conferenza dei servizi, istituti di partecipazione) e gli stessi principi generali sono, in gran parte, riferibili tanto all'azione quanto all'organizzazione (su tutti, economicità ed efficacia, trasparenza)¹⁷.

Non mi sentirei pertanto di condividere del tutto, se non per un aspetto, le conclusioni cui perviene una recente, attenta analisi sulla dimensione funzionale del procedimento, che individua tre fattori di criticità della concezione tradizionale di procedimento –diversificazione del ruolo del privato rispetto alla funzione tradizionalmente attribuita al suo intervento, esistenza di meccanismi procedurali al di fuori dell'esercizio di poteri discrezionali; meccanismi di azione amministrativa che prescindono dalla procedimentalizzazione- per ritenere che oggi il procedimento “evidenzia una capacità esplicativa ridotta rispetto ad alcuni fenomeni”¹⁸.

Non mi convince del tutto l'analisi, perché gli esempi adottati di diversificazione del ruolo del privato, tratti prevalentemente dalla funzione di regolazione che presenta indubbi connotati peculiari quale funzione di produzione normativa, mi sembrano comunque riconducibili alla tradizionale tripartizione dell'intervento del privato nel procedimento¹⁹; e, inoltre, perché non sono certo che il procedimento ripeta la sua ragion d'essere dalla necessaria pertinenza all'esercizio di discrezionalità.

E' vero, però, da una parte, che esistono fenomeni dell'attività amministrativa, sotto il profilo dell'azione e, soprattutto, sul versante dell'organizzazione, non

sedimentare un po' la materia” (R. Greco, *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁴ M.A.Sandulli, *Presentazione a Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2010, p.XVI

¹⁵ Sulla questione cfr. la lucida analisi di Ro.Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *RTDP* 2010, 667 ss.

¹⁶ Così M. Ramajoli, come riportata nella *Presentazione*, cit., di M.A.Sandulli

¹⁷ Del resto –come osserva D.Piana, *Rule of Law tra diritto e politica*, in *Riv.it.sc.pol.* 2010, 279, spec.284, “la storia del costituzionalismo liberale insegna che la *rule of law* intesa come supremazia delle regole dipende dal modo in cui le regole sono create ed adottate” e quindi anche dalla forma organizzativa del potere

¹⁸ E. Chiti, *La dimensione funzionale del procedimento*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano 2008, 211 ss, spec. 237.

¹⁹ S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Riv.it.sc.giur.* 1971, 25 ss.

direttamente riconducibili al procedimento (penso, per esempio, a gran parte degli obblighi di trasparenza che si concretizzano nella pubblicità di una serie di dati e informazioni²⁰); e forse anche che il procedimento non sia più l'unica e necessaria forma della funzione amministrativa, senza peraltro arrivare a sminuirla come una delle (tante) possibili forme della funzione amministrativa.

In definitiva credo che il procedimento possa continuare a essere considerato –per dirla con Nigro- come un concetto di sintesi che si espande lungo un territorio in cui si opera il passaggio dall'irrelevanza (giuridica) di un interesse alla sua inclusione organica nella struttura dell'amministrazione.

A questa felice espressione aggiungerei due precisazioni:

- a) che la diversificazione dei procedimenti sotto il profilo funzionale, conseguente alla diversificazione delle funzioni e dei meccanismi in generale di svolgimento dell'azione amministrativa, dovrebbe indurre a una rivalutazione del profilo formale del procedimento nell'accezione sandulliana, ancorché aggiornata, del termine;
- b) che occorre avere consapevolezza che il quadro completo del fenomeno è dato da ciò che accade dentro il procedimento e da ciò che ne rimane fuori, se e nella misura in cui ciò che ne rimane fuori sia comunque in diretta connessione con questo, come ulteriore esplicazione dell'azione amministrativa o come effetto riflesso di questa e del procedimento.

VERIFICA DELLE COORDINATE ESPOSTE AD ALCUNI ISTITUTI DELLA LEGGE N. 241

Se queste sono le coordinate ordinamentali e il contesto istituzionale in cui si muovono gli istituti della legge n. 241, individuiamo tre settori che consentono, a mio avviso, di cogliere il senso del cambiamento nella continuità del valore del procedimento. E si tratta di tre istituti problematici: a) alcuni profili della partecipazione procedimentale in relazione ai riflessi sulla legittimità del provvedimento; b) i principi o criteri dell'economicità, efficacia (cui andrebbe aggiunta l'efficienza²¹) e, soprattutto, della trasparenza (che si aggiunge alla pubblicità); c) l'obbligo di conclusione del procedimento e il danno da ritardo.

A) GLI ISTITUTI DI PARTECIPAZIONE E LE INVALIDITA' NON INVALIDANTI

²⁰ Dando luogo, tra l'altro, a profili di raccordo con la protezione dei dati personali (su cui, da ultimo, F. Pizzetti, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in *La riforma del lavoro pubblico* (a cura di F. Pizzetti e A. Rughetti, ed. EDK, Torriana 2010, 29ss.). Sugli obblighi di trasparenza vd. la delibera n. 105 del 2010 della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, recante *le Linee guida per il programma triennale della trasparenza*, in www.civit.it. Sulla tematica, cfr. per tutti, F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008; P. Tanda, *Trasparenza (principio di)*, in *Digesto delle discipline giuridiche...*

²¹ Su tali aspetti, cfr. A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., sub art. 1, 22 ss.

Sappiamo quanto la partecipazione procedimentale, non solo in Italia, costituisca il nerbo di ogni disciplina del procedimento; essenzialmente perché è l'istituto che meglio scolpisce l'idea del passaggio dal suddito al cittadino nei rapporti con il potere. E la legge n. 241 la tiene in grande considerazione (avvio del procedimento, parti e diritti dei partecipanti, accesso, preavviso di rigetto, accordi).

In questa luce la dottrina ha da subito segnalato i rischi connessi all'articolo 21-*octies*, comma 2, che, nell'accogliere una concezione sostanzialistica dell'invalidità del provvedimento rispetto ad alcune violazioni procedurali, corre il rischio di vanificare l'efficacia delle garanzie procedurali.

Non è questa la sede per un'analisi della questione, ma credo sia fondamentale, in una lettura che sia coerente con le coordinate istituzionali di cui si è detto, sottolineare che il provvedimento "in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti" o che non sia stato preceduto dall'avviso di procedimento è un provvedimento invalido, illegittimo, e che l'amministrazione non ha la disponibilità giuridica delle regole sul procedimento. La norma, infatti, si rivolge non all'amministrazione, ma al giudice; e si configura come norma avente contenuto non sostanziale, bensì processuale, come riflesso, direi dell'interesse ad agire: si tratta di ipotesi eccezionali in cui "il ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dall'annullamento di un provvedimento cui seguirebbe la nuova emanazione dello stesso atto"²².

Di questo istituto, in una siffatta impostazione, potrebbe essere data anzi una lettura di rafforzamento delle garanzie per l'interessato. Nel momento in cui l'amministrazione adduca in giudizio le ragioni sostanziali che sorreggono il provvedimento, per dimostrare che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso, potrebbe ritenersi che la parte sia facoltizzata a presentare motivi aggiunti e, in tal caso, poiché la valutazione del giudice riguarderà queste ragioni, il *thema decidendum* dovrà ritenersi integrato e conseguentemente sarà ampliata la portata oggettiva del giudicato, limitando fortemente la riedizione del potere dell'amministrazione qualora la ragione addotta in giudizio sia ritenuta insussistente in sentenza.

Sulla partecipazione procedimentale un'ultima, fugace osservazione: possibile che con tanti significativi (e in parte discutibili) interventi il legislatore non abbia trovato il modo di introdurre e disciplinare la partecipazione nei cosiddetti procedimenti di massa? Così restituendo alla Commissione Nigro quello che le era stato tolto e disciplinando un momento essenziale, per quanto delicato, della partecipazione democratica e della rappresentanza degli interessi collettivi.

²² Così Ro. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento*, cit., 678, che richiama Cons. St., VI, 16 maggio 2006 n. 2763 e 4 settembre 2007 n. 4614

B) LE 3 (2+1) "E" E IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA

L'articolo 1 della legge richiama, tra i "criteri" dell'attività amministrativa, quelli di efficacia ed economicità e contempla oggi, rispetto al testo del 1990, quello della trasparenza.

Questi criteri o principi evidenziano l'interazione necessaria tra azione e organizzazione dell'amministrazione –di cui si è detto- nel senso che essi sono riferibili sicuramente a entrambi i profili dell'attività amministrativa e sono quindi configurabili come "regole" del procedimento.

Rispetto al 1990, il principio, che può essere considerato unitariamente, di economicità ed efficacia, cui va aggiunta l'efficienza, assume un connotato meno strettamente giuridico e si arricchisce di contenuti più marcatamente economico-aziendali, in virtù di un processo culturale che, quanto a meno a partire dalla seconda metà degli anni 90, è caratterizzato dall'applicazione di metodi e conoscenze economiche all'assetto organizzativo delle pubbliche amministrazioni, all'erogazione dei servizi al pubblico e ai processi produttivi delle amministrazioni e delle società pubbliche.

Questo fenomeno non può essere qui analizzato, ma è indubbio che molti di questi concetti hanno assunto, se non sempre una diretta valenza giuridica, un valore paradigmatico rilevante nel diritto: penso, per esempio, all'elaborazione del concetto di standard quali-quantitativo come parametro la cui violazione è idonea a radicare un fattore di legittimazione per la proposizione dell'azione correttiva; alle violazioni inerenti alla qualità dei servizi disciplinate nelle Carte di servizi o nei contratti di servizio; alle conseguenze derivanti sul piano dei rapporti giuridici (responsabilità dirigenziale, graduazione della retribuzione di risultato dei lavoratori pubblici) dall'introduzione di meccanismi di misurazione e valutazione della performance pubblica; alla stessa trasformazione del sindacato giurisdizionale che tenga conto della valenza giuridica di questi criteri di derivazione economicistica alla stregua di *unbestimte Begriffe*, ancor più che come clausole generali²³.

D'altra parte, non solo la valenza giuridica dei fenomeni economici, ma la stessa valenza economica dei fenomeni giuridici, in una l'interrelazione esistente tra economia e diritto è acquisizione sempre più accettata sia dagli economisti, sia, e forse soprattutto, dai giuristi.

La trasparenza è principio –come si diceva- di nuova introduzione nell'articolo 1.

²³Cfr. A. Massera, *cit.*, che sottolinea come tali criteri, nella loro combinazione, impongano l'adeguatezza e la correttezza sostanziale dell'azione amministrativa, secondo un'analisi ex ante dei costi e dei benefici correlati alla stessa

Ed è principio particolare, non solo perché direttamente riferibile all'aspetto sia organizzativo sia "attivo" del procedimento, ma perché, nell'ottica del legislatore positivo, la valenza è tra quei principi che, pur sempre riferibile all'azione pubblica, e quindi al procedimento, trova una sua ragion d'essere anche al di fuori dello schema e del momento procedimentale in senso stretto.

Già in passato mi è sembrato di poter rilevare l'anfibologia del concetto giuridico di trasparenza²⁴, all'epoca non positivamente posto nella legge 241, "intesa come valore, per l'appunto, in vista del quale <organizzare> istituti e giuridici positivi (buon andamento, imparzialità, legalità cd. sostanziale), che quel valore, immanente all'ordinamento, tendano a realizzare".

Oggi mi sembra che si possano cogliere due novità, rispetto al dibattito innescato dalla legge 241 in origine:

- a) la prima, evidente, è che il principio (qui "criterio" suona davvero male) è stato positivizzato e interloquisce con gli altri principi;
- b) la seconda è che il principio, nella sua riferibilità all'amministrazione, è mutato nella sua valenza contenutistica.

Approfondiamo il secondo aspetto.

Nel dibattito scaturito dalla legge 241, la trasparenza, pur riguardando azione e organizzazione della "casa di vetro", era la risultante di istituti tutti riferibili al procedimento (responsabile del procedimento, motivazione, istituti di partecipazione e di garanzia) e trovava la sua massima espressione del diritto di accesso.

Il diritto di accesso –come positivizzato e come interpretato dalla giurisprudenza- è il parametro per comprendere quanto diversa sia la logica della trasparenza quando è stata positivizzata, non tanto nella legge n. 241, ma nelle leggi successive e soprattutto nel decreto legislativo n. 150 del 2009 (art. 11).

L'accesso come lo abbiamo conosciuto e vissuto, diversamente da quello pensato dalla stessa Commissione Nigro, è accesso "qualificato" e strumentale alla tutela di una posizione sostanziale, che non può concretarsi in una forma di controllo diffuso dell'attività amministrativa. Si tratti o meno di accesso endoprocedimentale, è un accesso qualificato dalla pertinenza a un procedimento, cioè a un'attività amministrativa di interesse del singolo.

²⁴ F. Patroni Griffi, *La legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore*, in *Foro it.* 1993, III, 65 ss; *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir.proc.amm.* 1992, 56 ss.. Sul tema, cfr., nel *Codice dell'azione amministrativa*, cit., M. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*

Il decreto 159, all'articolo 11, configura, per contro, espressamente la trasparenza come "accessibilità totale" a una serie di dati tendenzialmente omnicomprensivi dell'azione e dell'organizzazione delle amministrazioni (allocazione delle risorse, assetti organizzativi, andamenti gestionali e risultati delle attività), in funzione di servizio agli utenti e di trasparenza per la collettività. Questa posizione qualificata e diffusa alle informazioni pubbliche, in capo a ciascun cittadino, è dichiaratamente finalizzata, all'opposto di quanto si è visto per l'accesso, "a favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità" (art. 11, co. 1).

La giuridicizzazione di un tale ambito di trasparenza si traduce nella pubblicità di una serie di informazioni, che conferma il distacco positivo tra accesso e trasparenza, in quanto il primo, come posizione qualificata da un criterio di collegamento specifico tra richiedente l'accesso e il dato, non ha spazio per operare laddove quel dato sia pubblico perché accessibile all'intera collettività.

La "trasparenza totale" persegue finalità nettamente diverse dall'accesso, al di fuori della logica procedimentale nel senso dianzi delineato, ma a latere della stessa, perché connota un diverso modo di essere delle pubbliche amministrazioni che non può non spiegare effetti sugli assetti organizzativi specifici e sulle singole vicende dell'azione amministrativa. Le finalità, sul piano macro, sono essenzialmente quelle: dell'efficienza, cui sono legate le disposizioni sulla trasparenza della performance; della prevenzione della corruzione, cui si riporta in particolare la metodologia cd. della mappatura dei rischi nei procedimenti e negli assetti organizzativi; della responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni, che ispira i sistemi di misurazione e valutazione.

Sui problemi dell'azionabilità di (eventuali) posizioni soggettive legate all'affermazione come principi di valori tendenziali del modo di essere dell'organizzazione o dell'attività, e, più in generale, all'emersione di questi fenomeni nel giuridico diremo nelle conclusioni, ma va detto fin d'ora che non si può confondere tra azionabilità delle pretese e giuridicità degli interessi, nel senso che appartiene alla categoria del diritto anche quell'interesse che non sia direttamente azionabile dinanzi a un giudice, purché ovviamente l'ordinamento riconosca valenza e rilevanza giuridica a quell'interesse.

C) L'OBBLIGO DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO E IL DANNO DA RITARDO²⁵

²⁵ Nel *Codice dell'azione amministrativa*, curato da M.A. Sandulli, vd., anche per ampi riferimenti: sub art. 2, A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*; sub art. 2-bis, G. Mari, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*; cui adde: R. Greco, *La riforma della legge 241/90, cit.*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Patroni Griffi, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in www.federalismi.it, 2009

L'articolo 2 e l'articolo 2-bis della legge 241 su occupano del "tempo del procedimento": la prima disposizione pone l'obbligo di conclusione del procedimento nel termine previsto dalla legge o da un atto avente natura regolamentare; la seconda disposizione, introdotta dalla legge n.69/2009, stabilisce "l'obbligo del risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

Prima della legge 69, la questione della risarcibilità del danno da mero ritardo, cioè indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, era discussa e, prevalente in dottrina l'affermativa, la risposta negativa era stata sposata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (dec. n. 7 del 2005).

La risposta negativa dava già luogo a perplessità. Negare che oggi il tempo sia in sé un bene meritevole di tutela (e di tutela completa, sia in forma specifica sia per equivalente) mi sembra fuori dalla realtà; una realtà in cui il tempo è uno degli indicatori più rilevanti di misurazione dei costi delle attività e uno degli indicatori che contribuiscono a peggio graduarci nelle classifiche internazionali.

Ma anche sul piano strettamente giuridico il tempo è considerato un bene: la definizione dei tempi procedurali è riservata a un atto normativo e l'obbligo di concludere il procedimento nei tempi prefissati è posto dalla legge. In altri termini, la legge 241 assume l'elemento temporale della durata del procedimento negli schemi regolatori dell'esercizio della funzione imponendo la certezza del termine finale entro cui il provvedimento deve essere emanato. Quindi il mancato rispetto del termine è un illecito e gli illeciti, nel nostro sistema, danno luogo a responsabilità civile: se ne ricorrono i presupposti, il danneggiato ha diritto al risarcimento, in forma specifica o per equivalente. Questa è la regola generale, ed è difficile delineare sistemi di responsabilità speciale che non siano fondati sulla disciplina positiva di legge²⁶.

Come osservato in dottrina²⁷, la doverosità amministrativa e dei suoi tempi "è una declinazione del principio di legalità, che è anche affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel potere e di esercitarlo in un tempo utile e ragionevole", che, per la precisione, è quello imposto dalla norma.

La legge 69, introducendo l'art. 2-bis, dovrebbe aver posto fine alla *querelle*. Anche se il testo non contiene più, rispetto al disegno di legge, il chiarimento che il danno da ritardo è risarcibile indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, credo che sia difficile negare, sulla base della piana lettura della norma, che il danno

²⁶ E anche la cd. legge Pinto (che –non dimentichiamolo– discende da un obbligo sostanzialmente impostoci dalla giurisprudenza di Strasburgo), dimostra positivamente che il tempo di un procedimento, in quel caso di un processo, è un bene tutelato in sé.

²⁷ A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento*, cit.

“ingiusto” è quello “cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”; e niente di più, anzi niente di *altro*.

La questione della spettanza del bene della vita ai fini del risarcimento del danno da mero ritardo è fuorviante: il bene della vita è estraneo alla fattispecie disciplinata e non può assurgere addirittura come limite esterno di operatività della norma che disciplina la fattispecie. Semmai, nella norma in questione, il bene della vita è proprio la certezza del termine finale del procedimento. E come la legge ben può prevedere, nell’ambito dello stesso procedimento, beni della vita distinti e autonomi, ancorché strumentali, rispetto al bene della vita finale²⁸, mi sembra necessario evitare di fare confusione tra la natura della regola violata (una regola procedurale) e gli interessi che quella regola è diretta a tutelare”.

Non credo invece che assuma rilievo ai nostri fini –salve le diverse conseguenze di ordine positivo che discendono dall’accettazione dell’una o dell’altra tesi– la configurazione della responsabilità in termini aquiliani o contrattuali o addirittura da contatto sociale qualificato –ma confesso di avere al riguardo una certa ritrosia avverso quella forma ibrida di responsabilità da contatto sociale qualificato che, anche in diritto civile, ha posto più problemi di quanti ne abbia risolti; anche se mi sembra preferibile ritenere che un rapporto di tipo contrattuale sorge solo al momento del vincolo giuridico, semmai alla conclusione del procedimento con un provvedimento, mentre il danno da inerzia si pone al di fuori dello schema procedimentale ed è in rapporto diretto di causalità con la violazione della norma e con la “doverosità dell’azione amministrativa” nei sensi dianzi chiariti²⁹.

Ma è sul piano del sistema, non solo giuridico, che l’irrisarcibilità del danno è insostenibile, tanto che il legislatore se ne è fatto carico per chiarire, in positivo, un aspetto che “fa sistema” con le linee della riforma della pubblica amministrazione. E’ noto che il sistema della responsabilità civile serve a responsabilizzare l’autore del (possibile) illecito e a tenere indenne il soggetto leso dall’illecito, semmai ripartendo il costo dell’illecito sulla collettività.

La fattispecie del danno da ritardo risponde a entrambe queste esigenze. L’amministrazione produce sempre più servizi, che spesso hanno rilevanza

²⁸ G. Mari, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, cit., 275

²⁹ Né si può pervenire a una tale scissione sul piano delle tutele avverso l’inerzia oltre il termine da ritenere che la semplice inerzia dia titolo solo all’azione avverso il silenzio (come forma di tutela specifica), relegando la tutela risarcitoria alla sola ipotesi di spettanza del bene della vita, risarcendo così un diverso bene giuridico. Così operando si ritiene che la semplice inerzia, ancorché “ingiusta”, sia sprovvista in radice di tutela risarcitoria; ma a questo punto il rischio di un intervento suppletivo da parte della Cassazione, che si è mossa in tale ottica per molto meno, è pressoché inevitabile e forse anche giustificato. Per un interessante ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale dell’illecito “all’interno del rapporto amministrativo” quale delineato dal procedimento, vd. G. D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino 2003, il quale paventa il rischio che la logica aquiliana conduca il giudice “a svalutare il contesto delle situazioni e delle garanzie procedurali che assicurano la consistenza e la funzionalità del rapporto amministrativo” (p. 12)

economica per gli interessati anche se afferenti all'esercizio di poteri amministrativi (gran parte dei provvedimenti ampliativi). La legge ritiene che in questi settori il tempo sia un elemento giuridicamente rilevante, cioè un interesse giuridico riconosciuto e meritevole di tutela, in quanto tale idoneo a radicare una posizione soggettiva azionabile (tanto che introduce una disciplina processuale ad hoc che, è pacifico, prescinde dalla spettanza del procedimento positivo³⁰); la violazione della legge, se introduce un danno nella società cioè una diseconomia esterna nella produzione di quel servizio, rispetto al cittadino che abbia un'aspettativa qualificata alla pronuncia (non positiva o negativa, ma) *nel termine*, fa scattare il meccanismo della responsabilità: se così non è, l'autore dell'illecito è irresponsabile, nel senso civilistico del concetto, e il costo dell'illecito è sopportato solo da quel cittadino, in tal modo discriminato rispetto alla collettività. Insomma, bisogna rassegnarsi a comprendere che le somme pagate a titolo di responsabilità dalle pubbliche amministrazioni sono voci di quel "capitolo rappresentato dai costi di esercizio della funzione amministrativa, che non costituisce più una variabile indipendente del sistema ma ne rappresenta un decisivo elemento di legittimazione e valutazione, la cui verifica periodica condiziona il giudizio di utilità sociale e, dunque, la medesima sopravvivenza del potere pubblico"³¹. Non si può continuare a dire che i servizi al pubblico resi dall'amministrazione (anche sul piano burocratico del rilascio dei provvedimenti) sono fattori di sviluppo e competitività e poi teorizzare che i costi del cattivo esercizio di queste attività vadano imputati alla collettività anzi che a chi li produce.

CONCLUSIONI

A vent'anni dalla legge 241 mi sembra di poter trarre le seguenti riflessioni conclusive:

- a) La legge 241 conserva e anzi accresce il suo valore di disciplina generale del procedimento, direi di disciplina intelligente, perché incentrata sugli aspetti fondamentali del rapporto tra cittadino e amministrazione e perché aderente alla nostra tradizione: è una legge che dispone per clausole generali, pone principi e disposizioni di dettaglio, incide senza snaturarla sulla tecnica di sindacato giurisdizionale del nostro sistema.
- b) Nelle modifiche intervenute nel corso degli anni si avverte il senso di alcune trasformazioni intervenute nell'amministrazione: prevalenza dei servizi sulle funzioni autoritative e configurazione anche di queste in forma di servizi al

³⁰ Anche se non prescinde dalla sussistenza di un obbligo giuridico di provvedere, che è cosa diversa

³¹ G.D. Comporti, Torto e contratto, cit., 133

cittadino; responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche; emersione di nuovi interessi e di corrispondenti forme di tutela

Per portare avanti questo processo serve il concorso di tutti:

- a) di un'amministrazione che sappia, nella propria autonomia e responsabilità, accettare la sfida;
- b) di un giudice che, con Foro e dottrina, sappia essere sensibile al processo di cambiamento in atto; nel senso che il giudice, naturalmente sempre soggetto alla legge, non deve sottrarsi alla storica funzione di individuare le forme di emersione di nuovi interessi e di adeguare conseguentemente gli strumenti di tutela. Faccio un esempio: al di là della questione dell'azionabilità da parte del singolo, come titolare di una pretesa individua, della violazione di obblighi posti a carico dell'amministrazione (trasparenza totale, termine di conclusione del procedimento), siamo sicuri che tali violazioni non siano azionabili, come violazioni di standard e indice di malfunzionamento "di sistema", con lo strumento dell'azione correttiva introdotto dal decreto legislativo n. 198 del 2009? Gli obblighi di trasparenza costituiscono uno standard riferibile, nel contesto dell'accessibilità totale, alla generalità dei consociati. E, sul versante della violazione del termine di conclusione del procedimento, non credo si possa negare l'autonomia, rispetto all'interesse del singolo a ottenere nel termine un dato provvedimento, di quella frazione dell'interesse collettivo a ottenere che una specifica amministrazione dia normalmente un certo tipo di provvedimenti nel termine previsto dalla norma.

Se Weber, a fine Ottocento, già aveva capito che "lo Stato moderno è un'impresa, al pari di una fabbrica", Meuccio Ruini, alla Costituente, illustrando quello che sarebbe diventato il 97, e quindi i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, ebbe a dire, con parole semplici, "Lo Stato non sia solo un essere politico, ma anche un buon amministratore, secondo convenienza e secondo giustizia". Il diritto a una buona amministrazione, oggi sancito dalla Carta di Nizza, passa per tante cose, ma passa ancora per questi due semplici principi, magari arricchiti, e magari ancora per la via del procedimento.

Filippo Patroni Griffi

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato