

UNA NOTA INTRODUTTIVA

Molte sono le riflessioni alle quali può indurre, a distanza di due anni, la rilettura degli innesti legislativi del 2005 alla legge sul procedimento amministrativo. Alcune sono raccolte nei nove saggi che seguono, strutturati in altrettanti capitoli e dedicati ad aspetti diversificati che abbracciano sia il piano procedimentale che la dinamica processuale, guardando anche, naturalmente, ai profili dell'esecuzione che hanno trovato la loro codificazione nell'ambito di un disegno legislativo che, come da più parti segnalato, sembra segnare lo scivolamento dell'attenzione dal procedimento al provvedimento. In questa sede, tuttavia, sembra il caso di richiamare talune tematiche di fondo che si possono scorgere nell'impianto complessivo della novella legislativa alla luce del suo inserimento in un contesto normativo preesistente che, per quanto lacunoso, sembrava avere consapevolmente a cuore le potenzialità della funzione amministrativa. In particolare, si scorge nella legge del 2005 la volontà di procedere per semplificazioni attraverso interventi solo apparentemente risolutivi, che potrebbero finire in qualche caso per consolidare e riaffermare le guarentigie dell'amministrazione oltre il necessario (e si può anche ora dire, oltre il consentito se si considera il recentissimo innesto di cui al comma 1 *bis* dell'articolo 21 *quinquies*)¹. Nell'ambito di queste semplificazioni talvolta al limite del semplicistico si consideri, infatti, la dicotomia affermata tra autoritatività e non autoritatività (articolo 1, comma 1 *bis*), che postula una demarcazione netta tra diritto privato e diritto pubblico capace di reggere, specie in prospettiva, solo "per forza di legge"; nonché quella ulteriore (e per certi versi connessa alla prima) tra attività vincolata e

¹ A tenore del quale "Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea di cui al comma 1 incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".

potere discrezionale (articolo 21 *octies*) che, mentre accelera la trasformazione del processo amministrativo mediante la dequotazione di fattispecie tradizionalmente ascritte all'invalidità, lascia scorgere, come la prima giurisprudenza già dimostra, spazi problematici connessi alla difficoltà di guardare alla vincolatezza e alla discrezionalità come a due universi separati. E forse in chiave di semplificazione (questa volta di problemi piuttosto che di istituti) può leggersi anche l'assenza nelle leggi del 2005 di un solo accenno alla tematica dei danni causati dall'esercizio illegittimo o mancato della funzione amministrativa (alla quale mostra invece attenzione l'ultimissimo intervento legislativo e anche, *de iure condendo*, con una opzione forse troppo generalizzata per apparire davvero garantista, il disegno di legge Nicolais).

E si potrebbe continuare, come d'altronde sempre può accadere quando la legge si sovrappone con il suo rigido *dictum* ai più elastici *verba* del giudice.

Naturalmente, la critica in sé è esercizio facile, ma di dubbia utilità, poiché è buona regola elaborare il dato normativo piuttosto che demolirlo o fingere di ignorarlo. A questo proposito, quanto alla prima dicotomia, se ne può cogliere una significativa potenzialità nella misura in cui l'apertura al diritto privato per tutto ciò che non è espressione di autoritatività (e dunque, secondo quanto i contenuti di varie disposizioni sembrano autorizzare a dire, di discrezionalità), non finisca col realizzare una sorta di guarentigia dei tempi moderni, ma lo strumento per meglio svolgere i compiti che sono istituzionalmente propri delle amministrazioni nella società complessa. Sotto quest'aspetto non sembra casuale la collocazione del comma 1 *bis* nell'articolo 1 relativo ai principi dell'azione amministrativa, dalla quale si può ricavare che la normalità dell'utilizzo del diritto privato è funzionalmente collegata al raggiungimento dei fini che nel medesimo articolo 1 "vincolano" l'attività amministrativa quale che sia la forma di esplicazione della funzione. Dunque né libertà assoluta dell'amministrazione né cristallizzazione di vecchie regole, ma, se si vuole, proposizione in forme nuove della massima weberiana dell'amministrazione soggetta alla legge e tuttavia libera. La legge, quindi, con una larghezza diversa rispetto alla rigidità delle prescrizioni che rivolge all'attività provvedimentale, qualifica ora espressamente l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione: anche questa è sempre svolgimento della funzione, e non si può certo ammettere la defunzionalizzazione ad opera di una legge che specificamente si occupa di codificare gli strumenti a disposizione dell'amministrazione per lo svolgimento dei suoi compiti.

Quanto alla seconda dicotomia, è anzitutto interessante l'opzione culturale connessa al superamento dell'idea della normalità del potere discrezionale, poiché è sempre più vero – specie alla luce delle evoluzioni normative

nel campo delle attività economiche – che la funzione si svolge tanto attraverso atti discrezionali quanto mediante atti vincolati, per i quali ultimi diventa fisiologica la sostituzione con atti (dei) privati. Sembra, dunque, inverarsi l'idea professata da quella ben delineata corrente di pensiero secondo la quale l'atto amministrativo quando non dispone dell'assetto degli interessi va considerato “non più quale espressione di un potere, bensì quale fatto o momento di esplicazione di una competenza”². In questo senso le difficoltà connesse all'esatta individuazione della linea di demarcazione tra i due universi sembrano bilanciate, almeno sul piano culturale, dall'ideale arretramento dei confini dell'amministrazione autoritativa (in particolare per ciò che attiene alla cura degli interessi di pretesa). Naturalmente, sul piano operativo sono molti i profili dubbi e i nodi da sciogliere, anche in ragione di taluni contenuti contraddittori presenti nella legge e più ancora nelle successive (alquanto inopinate) novelle. Quel che è certo è che la legge ora offre a tutti (amministrazione, cittadini e giudice) strumenti nuovi per dare risposta in modo più diretto ad antichi quesiti.

Tace invece del tutto sulle conseguenze – diverse dall'annullamento – che le difformità dallo schema legale comportano, ed anche sul tema della riparazione del danno derivante dalla illegittimità della azione amministrativa.

Ed è un silenzio che fa rumore se si considera che il rimedio risarcitorio, a detta dei più, rimarrebbe quale unica conseguenza del carattere pur sempre antiggiuridico di quei provvedimenti che, a mente dell'art. 21 *octies*, non sono più passibili di annullamento.

Sono tante le lacune della legge³, ma ci si sarebbe attesi che almeno la novella ponesse rimedio alle questioni che essa stessa ha posto in primo piano. Ed invece la legge, mentre tace sul risarcimento, non si impegna a delineare in alcun modo gli strumenti diversi (dall'annullamento e dal risarcimento) da mettere in campo perché disposizioni poste a garanzia del cittadino, nonché della correttezza e della trasparenza dell'azione amministrativa, non vengano assimilate a quei precetti comportamentali privati sempre meno rispettati (per cui, pazienza se si è costretti a vivere tra maleducati).

Nel silenzio della legge dobbiamo dunque interrogarci sulla proficuità della trasformazione – sottesa alla dequotazione delle invalidità caducanti – che

² ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

³ Una enumerazione si può leggere in CASSESE, *Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5 ss.

allo stato si profila delle regole di funzione (le norme sul procedimento e sulla forma) in regole di responsabilità⁴.

Regole nate per tutelare il cittadino – e per essere rispettate fino in fondo in modo pieno, a costo dell’annullamento – si trasformano in una sorta di consiglio per l’amministrazione, cui si riconosce la facoltà di violarle, pagandone il prezzo.

Semberebbe questa la strada da molti indicata, e prescelta anche dal nuovo progetto di legge predisposto dal Ministro per la Funzione Pubblica, nonché indirettamente confermata dalla c.d. svolta in tema di pregiudizialità⁵.

È una soluzione che tuttavia non convince, poiché – è vero – l’annullamento è rimedio rozzo, ma guarda comunque alla legalità della funzione (si cancella ciò che non è conforme alle regole, e si ricomincia da capo) e cioè a un “bene” che “non ha prezzo” e che impone (anche *de iure condendo*) la responsabile ricerca di alternative che non possono sbrigativamente risolversi in una somma di denaro che passa dall’amministrazione al privato non garantito.

È dunque sempre attuale il pensiero di chi esaltava il compito di servizio dell’amministrazione e sottolineava la “vergogna” della (necessità della) tutela processuale⁶, poiché quando quest’ultima assume le sole (e ancora incerte) forme della tutela per equivalente sembra che anche il pudore sia divenuto un inutile aggravio.

Naturalmente molti altri aspetti della novella del 2005 andrebbero qui richiamati, ma si ritiene già possibile una riflessione finale che – pur nella consapevolezza dell’utilità di elaborare in chiave positiva i singoli innesti (molti del resto confermativi di consolidata giurisprudenza) – sottolinei, per un verso, l’invadenza del legislatore che tende – con finto approccio tutorio – a coprire ogni ambito nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, rischiando paradossalmente di indebolire ciò che vorrebbe invece rafforzare

⁴ Secondo gli analisti economici del diritto quando una situazione giuridica è protetta mediante la tutela risarcitoria per equivalente l’ordinamento riconosce al soggetto concorrente la possibilità di violare quella posizione giuridica a patto di subire i costi della violazione. Cfr. specialmente, MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, 246 ss.

⁵ Su cui sono da condividere tutte le preoccupazioni, e anche le soluzioni, espresse da VILLATA, *Questioni di giurisdizione sul comportamento in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 865 ss.

⁶ Cfr. F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Milano, 1999, 69.

e, per un altro, la non piena consapevolezza degli effetti che una nuova codificazione così fatta è capace di innescare, come dimostrano i silenzi altrimenti inspiegabili in ordine a quelle questioni che proprio la novella del 2005 apre o comunque accentua in termini problematici. Sotto questo aspetto non entusiasma il confronto con l'originaria legge 241 della quale ancor di più viene ora in rilievo quella cultura per l'amministrare che purtroppo non si è mai tradotta in un'azione coerente ed uniforme e che rischia di rimanere definitivamente schiacciata dall'*ansia* di provvedere per via legislativa.