

Cittadino e potere a 25 anni dalla legge n.241 del 1990

(Relazione al convegno *I primi 25 anni della legge sul procedimento amministrativo anche alla luce delle recenti riforme*, Roma, Palazzo Spada, 26 ottobre 2015)

1 – Il procedimento come forma abituale di esercizio del potere

“Più grande è il potere, più pericoloso è il suo abuso”. In questa celebre frase di Edmund Burke potrebbe condensarsi lo spirito del rapporto dialettico tra cittadino e potere pubblico, o, per dirla con Giannini, tra autorità e libertà.

In realtà, già nel passaggio tardiomedievale da suddito a cittadino¹ rinveniamo *in nuce* l’eterno divenire di questo rapporto dialettico, che, nel suo percorso storico, sarà contrassegnato dalla perenne trasformazione del potere pubblico e, correlativamente, dalla crescente domanda di garanzia per il cittadino. Tornando a Burke, e parafrasandolo, potremmo dire che più grande è il potere, più è avvertita l’esigenza di un efficace sistema di garanzie. Di garanzia del cittadino, ovviamente; ma anche di garanzia del potere pubblico dalla “cattura” di interessi privati organizzati che vogliano impadronirsi di beni della collettività.

La dinamica del potere e il suo rapporto dialettico con il cittadino -che, negli ordinamenti democratici, è “parte” e fonte di legittimazione di quello stesso potere- trova la sua naturale sede di concretizzazione nello svolgimento dell’azione amministrativa e quindi, sul piano giuridico, in ciò che è comunemente definito il procedimento amministrativo.

Potremmo dire, per mutuare un’espressione dallo studio delle rappresentazioni teatrali, che il procedimento è il luogo in cui si realizza l’unità di tempo, di spazio e di azione del rapporto tra cittadino e potere pubblico. Il procedimento –nella teoria del diritto- nasce come luogo di emersione del potere, ma si sviluppa come luogo in cui il potere, esercitato dall’apparato amministrativo, si confronta con l’amministrato; questi, progressivamente ma inesorabilmente, da amministrato acquisisce, in uno sviluppo di un sistema di garanzie crescenti, lo *status* di cittadino. E lo acquista proprio sul piano amministrativo, cioè dell’esercizio in concreto del potere, tanto da confermare il monito spaventiano secondo cui la libertà va ricercata non nella Costituzione e nelle leggi politiche, bensì nell’amministrazione e nelle leggi amministrative. Questo oggi vuol dire che è nel concreto svolgersi del rapporto tra cittadino e poteri pubblici che si misura il grado di concreta libertà e il tasso di democrazia reale di un ordinamento. E la sede privilegiata di “questo concreto svolgersi del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione” è il procedimento.

Per tale ragione è sempre stata sottolineata la valenza costituzionale di ogni disciplina positiva, di matrice legislativa o giurisprudenziale, e solitamente “mista”, del procedimento amministrativo: la

¹ W.Ullman, *Individuo e società nel Medioevo*, Bari 1983.

relativa disciplina denota la concezione del potere e, al tempo stesso, la posizione del cittadino. Consente quindi di cogliere le trasformazioni dell'amministrazione e le tutele del cittadino.

2 – Quale sede per il controllo sui pubblici poteri: procedimento o processo?

Il diritto amministrativo –osservava Giampaolo Rossi a un recente convegno a Firenze- nasce per sottoporre il potere e la politica al diritto, bilanciando il rapporto tra cittadino e potere. Mike Radford², docente alla *London School of Economics*, richiama un editoriale del 1988 su *The Independent* in cui si afferma testualmente “Il potere giudiziario deve limitare un esecutivo troppo potente” che non esita a definire “la maggiore minaccia alla libertà della Gran Bretagna”. Anche Marco D’Alberti, al convegno per gli 80 anni di Cassese, ricorda che lo studio del *diritto* amministrativo acquista autonomia dalle scienze sociali proprio muovendo dal controllo giudiziale sulle pubbliche amministrazioni. E, a livello comparato, l’estensione del *judicial review* alle amministrazioni pubbliche rappresenta una conferma recente di ciò³. Volendo schematizzare, sul piano storico: è dalla tutela che nasce il diritto⁴.

Ma se è vero che l’anima del diritto amministrativo è costituita dalla regolamentazione del potere e dalla tutela del cittadino, che ne rappresentano la finalità e la giustificazione, non è detto che l’una e l’altra debbano avvenire solo e necessariamente davanti e ad opera di un giudice. Confondere giuridificazione dei fenomeni sociali e giurisdizionalizzazione è un modo di pensare erroneo, giustificabile in società non mature, ma non adeguato a società avanzate in cui la fisiologia della corretta dinamica dei poteri pubblici viene prima, non solo in senso cronologico, del pur necessario sistema di tutela giurisdizionale a garanzia del corretto esercizio del potere.

Il procedimento viene prima del processo. E mentre il primo, come forma abituale dell’esercizio del potere, c’è sempre, il secondo può anche mancare; ed è auspicabile che sia così.

Esaminiamo allora la seguente questione: posto che il diritto amministrativo nasce per regolare il potere pubblico e che, storicamente, è dalla tutela che nasce la disciplina sostanziale dell’azione amministrativa, in che termini si realizza, al di fuori del processo, la disciplina dell’esercizio del potere?

² M.Radford, *Controllo giurisdizionale e controllo dell’esecutivo*, in *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano 1990

³ Vd., per tutti, P.Craig, *Administrative Law*, London 2012, 339 ss..

⁴ Ben evidenzia tale processo, con riguardo all’esperienza storica italiana, M.Clarich, *Azione di annullamento, Commento all’art.29 c.p.a.*, in *Commentario al c.p.a.* (a cura di A.Quaranta e V.Lopilato); Milano 2010, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it. Vd., anche per ulteriori citazioni, F.Patroni Griffi, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2015; ma già *Pubblici poteri e tutele nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in onore di G.Palma*, Torino, 2012, III, p.2131 ss. (in www.giustizia-amministrativa.it sotto il titolo *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*).

3 - La storia del procedimento amministrativo in Italia

E' una lunga storia⁵. Il termine si affaccia per la prima volta timidamente nel 1914 nel *Corso* di Cammeo; e Forti e Zanolini riconosceranno quanto scarsa sia l'attenzione al fenomeno procedimentale prestata dalla dottrina amministrativistica italiana, incentrata, al pari della giurisprudenza, sul provvedimento piuttosto che non sul procedimento.

Sicché si dovrà attendere la formidabile opera di sistemazione giuridica di Sandulli nel 1940, perché il "contenitore" procedimentale assuma la sua veste giuridica formale; e poi i successivi studi di Benvenuti, Giannini e Nigro, per riempire di contenuti il contenitore e configurare il procedimento come la sede naturale dell'esercizio della funzione amministrativa, la forma abituale dell'esercizio del potere. La dottrina successiva, stimolata dalla costante enucleazione di principi generali del procedimento, pur elaborati in occasione del sindacato di legittimità sul provvedimento, non abbandona più il tema del procedimento. E nel 1990 si arriva alla legge n. 241.

Prima di esaminare la legge 241 consideriamo due aspetti:

- I temi e le acquisizioni in materia di procedimento che assumono maggiore rilevanza ai nostri fini.
- Il panorama della legislazione straniera esistente al momento della legge 241 e la scelta del legislatore italiano.

Quanto ai temi che assumono maggiore rilevanza nel dibattito sul procedimento amministrativo, credo che essi siano riferibili essenzialmente alle forme di organizzazione e all'esercizio dei poteri pubblici. In particolare:

- a) il procedimento è il luogo deputato alla ponderazione degli interessi (pubblici, primario e secondari, e privati): il procedimento "apre" al rapporto tra cittadino e amministrazione e fa emergere gli interessi che in esso si muovono;
- b) 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"⁶;
- c) il procedimento si pone come il luogo di emersione progressiva delle posizioni giuridiche⁷, vuoi per la progressiva definizione dell'interesse pubblico sostanziale nel corso del

⁵ Vedila ripercorsa, per quanto rileva in questa sede, in F. Patroni Griffi, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in www.federalismi.it, n.5/2015.

⁶ Nell'impostazione di Benvenuti (sulla cui opera vd., di recente, G. Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it); e nelle forme delineate da S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch.giur.* 1971, 25 ss.. Sul punto vd. L. Torchia, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio. O della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano 2008, 45 ss., la quale osserva che la possibilità di conflitto tra più interessi meritevoli di tutela, propria dello Stato pluriclasse, fa sì che i rapporti fra amministrazioni e cittadini non siano più sempre ordinati *ex ante*, ma sono il frutto di interazioni, negoziazioni, confronti.

procedimento, vuoi per la configurazione di situazioni soggettive, diritti o interessi non rileva, di natura procedimentale (cosiddetti diritti di partecipazione) o di natura strumentale (per es. accesso);

- d) la disciplina del procedimento ha una duplice valenza, statica e dinamica, perché attiene all'organizzazione e all'attività. E *nel* procedimento si pongono le premesse per andare *oltre* il procedimento, verso il processo, semmai per tornare alla sede del procedimento nell'eventuale riesercizio del potere conseguente all'annullamento giurisdizionale del provvedimento⁸.

Tutti i profili enunciati attengono alla “forma del potere”, cioè a come il potere si atteggia nei confronti del cittadino. E' un potere autoritativo, capace di incidere unilateralmente sull'assetto degli interessi e di modificare la sfera giuridica dei cittadini; naturalmente assoggettato alla regola del principio di legalità e ai corollari che ne discendono. Ma è anche vero che è un potere il cui esercizio concreto si “apre” ai soggetti interessati, e non solo ai destinatari: si apre perché si rende conoscibile, si apre perché tiene conto della posizione e degli interessi di questi soggetti. Non solo ai destinatari diretti, perché oramai difficilmente il rapporto amministrativo è semplicemente bilaterale, visto che altri soggetti, contro interessati diretti e portatori di altri interessi connessi, ineterloquiscono nel rapporto con il potere e tra di loro.

Il secondo aspetto concerne –come si è detto- il quadro comparato che si offre al legislatore del 1990, che, sul piano interno, si avvale degli studi della Commissione presieduta da Mario Nigro.

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 interessi⁹, nella quale, peraltro, sostanzialmente si esaurisce la disciplina statunitense¹⁰.

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

⁷ Per dirla con A.M.Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 39: “quale sia la situazione giuridica nella quale, man mano che lo svolgimento procedurale avanzi verso la sua conclusione, vengono a trovarsi i soggetti”.

⁸ Secondo le note teorie di Mario Nigro sviluppate, rispettivamente, in *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano 1966 e in *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252.

⁹ Prospettiva, come si è visto, presente nella nostra dottrina e soprattutto, sia pure con angolazioni parzialmente diverse, in Benvenuti, Nigro e Cassese.

¹⁰ 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.

essenzialmente processuale e di derivazione positivistico-kelseniana, attento ad assicurare la garanzia del rapporto autorità-libertà sul piano giuridico formale (il diritto pubblico subbiiettivo che si contrappone, limitandolo, al potere), ma, come rovescio della medaglia, poco capace di adattare il mezzo (il procedimento) al fine (la funzione)¹¹. E tale modello procedimentale si ripercuote sulla disciplina del processo, analitica, completa ed esaustiva, ma inevitabilmente poco sensibile al concreto atteggiarsi dei poteri del 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 dottrinarie e giurisprudenziale del nostro Paese¹², 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 parametro di riferimento più che come disposizioni normative di cui fare applicazione in forma deduttiva. Il che non vuol dire 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 medesimo verso *quel* potere (e non verso il potere, un potere generico, astratto e predeterminato)

E' questo, credo, il significato vero –evidenziato da Nigro– del processo 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; per dirla in breve, una posizione che dialoga con un potere “conformato” in concreto dal principio di legalità. La “libertà” da noi non 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

¹¹ Così, efficacemente, A.Sandulli, *Procedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S.Cassese), Milano 2003.

¹² Cfr., tra i tanti, G.Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 635; E.Cardi, *Procedimento amministrativo*, in www.treccani.it. Il 23 ottobre 2015 è stata emanata la legge francese sul procedimento amministrativo; sul dibattito che l'ha preceduta, vd. F.Roncarolo, *Alla ricerca dei principi di diritto della procedura amministrativa*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.* 2015, 319 ss.

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.

Si vede che la scelta per un modello di disciplina del procedimento è strettamente collegata, in un processo di reciproca influenza, alla concezione di potere pubblico e alla configurazione della relazione che si pone tra il potere e il cittadino. Nulla di astratto, tutto estremamente concreto e attinente alla vita del cittadino nella collettività.

E il tutto è visto nel contesto di una nuova concezione dell'amministrazione e dei suoi rapporti con il cittadino. Un'amministrazione in cui comincia ad assumere rilevanza, anche in termini economici, l'efficienza nella gestione delle risorse in relazione alla qualità dei servizi erogati (e sempre più funzioni sono ri-valutate in termini di servizio) e il conseguimento reale degli obiettivi (dei “fini”) posti dal legislatore in relazione alla domanda e ai bisogni dei cittadini. Un'amministrazione che punta a essere, sul piano dei valori relazionali, *friendly* con i cittadini (secondo la nota impostazione del rapporto di Al Gore durante la presidenza Clinton: un'idea di amministrazione ben diversa da quella che ispira il *Processo* di Kafka); e che recepisce i principi di economicità, efficienza, trasparenza, secondo i canoni del *New Public Management* e, più in generale, dell'analisi economica del diritto, traspota dal settore privato a quello dell'economia pubblica.

4 – La legge 241 e il nuovo “statuto” del cittadino

Da questa angolazione la legge 241 è figlia dei tempi in cui nacque; tempi di grande tensione ideale e “valoriale”, in cui forse “non si capiva con che amministrazione si ha a che fare” –come i critici amavano dire- ma senza la quale tensione non sarebbe stata data quella scossa che alla nostra amministrazione, e ancor più a certa nostra cultura giuridica, serviva per prendere il treno della modernizzazione, e forse della civiltà, a costo di buttare il cuore oltre l'ostacolo.

La legge 241, in una forma agile e snella, strutturata per principi ma con immediata valenza giuridica e applicativa, delinea, forse in maniera imperfetta e incompleta, ma forse proprio per questo immediatamente percepibile e quindi efficace, il nuovo statuto del cittadino nei rapporti con l'amministrazione. E conseguentemente delinea la nuova concezione del potere, frutto di un lento processo di maturazione dottrinario, giurisprudenziale e politico culturale. Essa segna –come più volte è stato detto- un vero e proprio spartiacque nella cultura giuridico-amministrativa italiana, ma anche nei rapporti concreti tra cittadino e amministrazione.

Nella legge troviamo esattamente le acquisizioni che abbiamo sopra delineato. In estrema sintesi: la definizione concreto dell'interesse pubblico, in un difficile equilibrio con la concezione tradizionale del principio di legalità, è la risultante di un processo decisionale partecipato quando non

concordato; azione e organizzazione sono tenuti insieme dai principi di economicità efficacia trasparenza; la nuova visione di un'amministrazione "aperta" si traduce nelle disposizioni, organizzative e attinenti all'azione, che concernono il termine di conclusione dei procedimenti (e quindi si introduce il tema del "tempo" come bene giuridico), il responsabile del procedimento (come soggetto capace di riorganizzare l'assetto delle competenze e delle funzioni all'interno, ma poi anche all'esterno, dell'amministrazione "precedente"), la conferenza di servizi (che pone il tema della confluenza nel processo decisionale di più autorità), il diritto di accesso, in termini per l'epoca rivoluzionaria.

E quella legge diede luogo a un processo di attuazione –“a cascata”, come fu definito dall'Adunanza generale- in cui mi piace ricordare che il Consiglio di Stato¹³ seppe svolgere un ruolo determinante e aperto all'innovazione: i regolamenti di attuazione sul diritto di accesso, sulle attività non soggette ad autorizzazione (artt.19 e 20, testo originario), sui termini e i responsabili del procedimento, sottoposti al parere del Consiglio di Stato, furono interamente riscritti dal Consiglio o arricchiti di una serie di osservazioni, talvolta in un duro contrasto con le amministrazioni proponenti, in una visione volta a cogliere la portata innovativa e strategica di una legge di poche pagine ma di tanti contenuti.

5 – Cosa ci resta di quella legge 241, quali sono le criticità e quali sono le prospettive della disciplina dell'attività amministrativa nell'ottica dei rapporti tra cittadino e potere

La legge 241 è stata interessata da una serie di interventi modificativi, soprattutto nel 2005 (leggi nn. 15 e 80) e nel 2009 (legge n. 69), oltre che da interventi più limitati. E nuove modificazioni sono state apportate dalla legge 7 agosto 2015 n. 124; coincidenza non credo casuale, nella data e nell'anagramma numerico.

Una cosa colpisce subito, e non è di mera forma: la cura ingrassante, ai limiti, e forse oltre, della bulimia, cui è stata sottoposta la legge, che ora è molto lunga. La legge continua a contenere tutto, come è giusto che sia, ma a una disciplina per principi e per scarse disposizioni applicative, si è sostituita una disciplina di dettaglio, che sembra inseguire ogni novità dottrina o giurisprudenziale per inserirla nella legge. Ed è inevitabile che le conseguenze delle modificazioni di discipline “sofferte” (penso per tutte alla conferenza dei servizi e a scia/dia) si ripercuotano sulla “stabilità” della legge e sulla sua “compattezza”). Una legge di valenza costituzionale dovrebbe preferibilmente avere uno stile diverso da quello di una legge “di dettaglio” (anche se devo ammettere che anche lo stile di talune disposizioni costituzionali non è più quello di una volta).

Ma veniamo agli aspetti sostanziali della disciplina del procedimento amministrativo.

¹³ Soprattutto in una Sezione Prima presieduta da Filippo Longo; e poi con l'apporto delle altre Sezioni nell'Adunanza generale.

In primo luogo, credo che in molte delle novità sia da cogliere un'evoluzione positiva del potere pubblico in termini di lealtà e correttezza nei rapporti col cittadino. Mi riferisco, esemplificativamente:

- a) al valore della certezza e della stabilità dei rapporti, che trova considerazione nelle disposizioni: sul danno da ritardo, che assume il valore del tempo dei procedimenti come bene della vita in sé (legge 69/2009); sui tempi di conclusione dei procedimenti e sui “poteri sostituitivi” in sede amministrativa in caso di mancato rispetto del termine (D.L.n.5 del 2012, conv. in legge n.35 del 2012); sulle condizioni per la revoca degli atti e sull'indennizzo (DL n. 133 del 2014); sui limiti al potere di autotutela con la previsione di un termine massimo di diciotto mesi (legge 124 del 2015), termine opportunamente bilanciato con l'esigenza di evitare comportamenti fraudolenti¹⁴;
- b) all'esigenza di celerità dei processi decisionali: oltre alle disposizioni richiamate sui tempi dei procedimenti, richiamerei la delega contenuta nella legge 124 sulla riforma della conferenza dei servizi e la disposizione, contenuta nella stessa legge, che supera il frequente stallo che si realizza nelle procedure amministrative a causa dei poteri di veto esercitati in sede di concerto, intesa o altri momenti di codeterminazione tra amministrazioni.

Permangono criticità e lacune.

Criticità: penso alla persistente dequotazione dei vizi formali del procedimento che, pur sorretta da apprezzabili considerazioni di ordine sostanzialistico con riguardo alla patologia del provvedimento, senza dubbio scalfisce la valenza garantistica degli obblighi formali e procedurali. Probabilmente la via da percorrere sarebbe piuttosto quella di eliminare gli oneri inutili e di sanzionare il mancato rispetto di quelli ritenuti utili.

Lacune: penso soprattutto alla mancata disciplina dei procedimenti di massa, esclusi da ogni forma di partecipazione e di consultazione pubblica. Venticinque anni non sono stati sufficienti per colmare una lacuna che, al di là di mere disfunzioni amministrative, costituisce un deficit di democrazia nel processo decisionale pubblico e rischia di fornire un alibi e giustificazioni, pur pretestuose, a movimenti antagonisti alla realizzazione di opere strategiche.

Vengono, infine, introdotte nuove criticità.

Mi riferisco alla disciplina della trasparenza. E' noto che, ad oggi e a seguito dei mutamenti intervenuti, dopo la legge 241, con le leggi 69/2009 e 190/2012 (e soprattutto con i decreti legislativi nn. 150 del 2009 e 33 del 2013) coesistono due discipline, che viaggiano distintamente, su accesso e trasparenza. Il diritto d'accesso (legge 241) ha matrice individualistica, è accesso

¹⁴ Naturalmente l'efficacia della presente disposizione molto sarà condizionata dall'atteggiamento che i giudici penali continueranno ad avere in sede di disapplicazione *in malam partem* dei provvedimenti che dovessero ritenere illegittimi: così M.A.Sandulli, *Gli effetti della legge 7 agosto 2015 n.124 sulle attività economiche*, in *Federalismi.it*, n.17/2015.

“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.

Il decreto 150, 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 “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 normativa è stata completata, nel codice della trasparenza, con la previsione dell’accesso civico: in caso di mancata ottemperanza a un obbligo di pubblicità, chiunque può adire il giudice per obbligare l’amministrazione a pubblicare il dato. Non quindi un diritto di chiunque ad accedere a qualsivoglia informazione, sul modello del FOIA¹⁵ statunitense, ma un diritto di conoscere conformato sulla imposizione positiva di obblighi di pubblicità e un rimedio all’inadempimento di tale obbligo¹⁶.

La legge 124, con norma di delega, prevede, tra i relativi criteri, “fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall’ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche”.

Io non so se il “chiunque” porti bene nella tradizione amministrativa italiana. E’ una norma che richiama evidentemente il FOIA, ma sembra lasciarlo convivere con il diritto di accesso “individuale” (forse sì e forse no, ma ritenere l’accesso ex 241 “assorbito” nel diritto di accesso generalizzato corre il serio rischio di immergere una posizione ben individuata in una sorta di diritto

¹⁵ *Freedom of Information Act* (1975), cui si è aggiunto il *Government under Sunshine Act* (1984).

¹⁶ Spiego le ragioni della scelta, sinteticamente, in F.Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in *Federalismi.it*, n.14/2014.

di massa, rischiando di rendere più complicato l'esercizio del primo) e sicuramente lo fa convivere con gli obblighi di pubblicità. Per cui forse si dovrà abrogare, in sede di attuazione della delega, l'accesso civico, ma si dovrà disciplinare un vero e proprio diritto di accesso di tutti su tutto (non un semplice rimedio all'inadempimento di un obbligo di pubblicità) con obblighi di pubblicità, gravosi se pur riordinati, la cui identificazione positiva serviva proprio a "qualificare" le informazioni rilevanti e a imporne la pubblicazione, senza costringere le amministrazioni a dar seguito a tante istanze di accesso quanti sono gli istanti e per qualsivoglia tipo di informazione.

6 – Conclusioni: quale modello di amministrazione vogliamo?

Se il procedimento è la forma abituale del potere, è ovvio che la disciplina del procedimento sia significativa della concezione del potere e delle correlate garanzie che domina nella società. Lo studio di tale disciplina, quindi, consente di cogliere le trasformazioni che il potere pubblico subisce nelle sue relazioni con il cittadino. E' uno dei punti di contatto più significativi tra diritto amministrativo e diritto costituzionale.

Il dilemma di fondo, in qualche misura endemico ma che richiede scelte culturali e di diritto positivo, riguarda la scelta del modello di amministrazione, o meglio del modello di relazione tra potere pubblico e cittadini. Problema ben presente anche in sede di codificazione europea del procedimento amministrativo¹⁷.

Astrattamente sono ipotizzabili due modelli (democratici) estremi: un modello rigido, fondato sul "sospetto", garantista, governato dal principio di legalità secondo una declinazione per cui la diffidenza reciproca regola il rapporto amministrativo (e prima ancora quello costituzionale); e un modello "aperto", flessibile, fondato sulla "fiducia reciproca" tra cittadino e istituzioni.

Nel primo modello, "l'autorità" deve essere minuziosamente regolata per evitare il sopruso, ma la stessa "libertà" va contenuta per evitare il prevalere dell'interesse del singolo su quello dell'autorità. Le regole vanno poste in primo luogo nella legge, che è chiamata a predefinire nel dettaglio l'interesse pubblico. Vi è poco spazio per la discrezionalità dell'amministrazione e, ove questa esista, il controllo sulla discrezionalità avviene mediante una tecnica quasi sillogistica rispetto al paradigma normativo. Questo è un modello "sostanzialistico", nel senso che *i contenuti* dell'agire

¹⁷ Ci si riferisce al progetto delle *Draft Model Rules, ReNEUAL*. Un accurato resoconto del seminario di Milano 2014 è in C.Napolitano, *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.* 2015, 295 ss., con ampi richiami bibliografici. In esso si evidenzia lo stretto legame tra principi costituzionali e disciplina del procedimento ("la possibilità di realizzare i principi costituzionali attraverso i procedimenti ha un impatto fortissimo sugli esiti sostanziali dell'azione amministrativa"). Interessante, a fronte della tendenza, non solo della legge italiana, alla dequotazione dei vizi formali è la rilevanza attribuita altrove al vizio di motivazione anche degli atti normativi (per es. negli USA, dove i giudici hanno annullato regolamenti per difetto di motivazione), rilevato dal *reasoned report*, che, anche secondo il progetto di codificazione europea, deve essere allegato a tali atti.

dell'amministrazione e del cittadino non possono discostarsi da schemi legali predefiniti minuziosamente.

Il modello "aperto" prende atto della complessità dei fenomeni sociali e della necessità di dare alla stessa una risposta diversificata. Il principio di legalità ovviamente persiste, ma la sua declinazione in concreto è affidata a strumenti più flessibili di dialogo tra amministrazione e cittadini, il rapporto amministrativo si arricchisce di una logica non più solo bipolare, i procedimenti tendono a essere "semplificati", il processo decisionale è affidato allo stesso dialogo tra destinatario dell'atto e potere pubblico, attraverso l'affinamento degli strumenti partecipativi fino a giungere all'accordo. Questo è un modello "formale" nel senso che il diritto dà la forma a contenuti che, nel rispetto del principio di legalità e degli altri principi dell'ordinamento, si vengono a determinare in pratica nella concretezza e nella dinamicità dei rapporti amministrativi. Non ritengo –ma non è possibile in questa sede approfondire il tema- che la forma costituisca solo il salvagente di una società nichilista incapace di esprimere valori contenutistici¹⁸. Il diritto è forma nella misura in cui predispone gli strumenti della regolazione; è giusto, peraltro, ed è rimesso alla responsabilità della comunità, che i contenuti siano storicamente definiti e democraticamente decisi. E l'ordinamento giuridico si fonda su valori costituzionali condivisi, la cui attuazione e il cui cambiamento sono assicurati dal diritto.

Il modello "aperto" è ritenuto più rischioso, in balia delle parti, esposto al rischio corruzione; questo soprattutto perché l'interesse concreto non è rigidamente predeterminato e il procedimento si fonda, oltre che sulla ponderazione e il bilanciamento degli interessi pre-dati, anche sullo "scambio di interessi", scambio che è alla base del farsi in concreto di un interesse partecipato o concordato, ovviamente nell'ambito del fine posto dal principio di legalità. Il modello rigido, peraltro, non sembra abbia dato, anche in punto di prevenzione di fenomeni di *maladministration*, risposte brillanti.

In definitiva, resta il dilemma, che anche a venticinque anni dalla legge sul procedimento non risulta sciolto, tra modello aperto e modello chiuso, in cui si sviluppa la tensione tra partecipazione auspicata, perché espressione di democraticità dell'azione, e partecipazione osteggiata, per il rischio di corruzione e parzialità¹⁹.

Probabilmente il dilemma non sarà mai del tutto sciolto, almeno sul piano sostanziale. E' forse da percorrere, con maggiore decisione, un percorso di tipo "formale" che faccia della trasparenza dei meccanismi decisionali e della sede del procedimento amministrativo il fondamento di un "nuovo"

¹⁸ Secondo la nota impostazione di N.Irti, *Il salvagente della forma*, Bari 2007.

¹⁹ S.Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, cit., 25. Vd. pure B.G.Mattarella, *Pubblica amministrazione e interessi*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano 2008, 113 ss.; P.G.Lignani, *La disciplina del procedimento e le sue contraddizioni*, in *Dir.proc.amm.* 1992, 568. Il "nodo" della partecipazione è stato ben evidenziato da M.Nigro, in *Riv.tri.dir.proc.civ.* 1980, 225.

modello di amministrazione, che sappia in concreto coniugare responsabilità delle scelte pubbliche e dialogo tra cittadino e potere.

Filippo Patroni Griffi