



## **ASTRID**

ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE SULLA RIFORMA DELLE ISTITUZIONI DEMOCRATICHE  
E SULL'INNOVAZIONE NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

### **Convegno su “Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione” – Roma 22.3.2002**

#### **“La disciplina generale dell'azione amministrativa”**

*di Giorgio Pastori*

1. Il quadro, che M.Sorace ci ha offerto con la sua relazione, di quelle che oggi possono essere, nel nuovo ordinamento costituzionale, le fonti di disciplina dell'attività amministrativa credo non abbia bisogno di essere discusso, tanto accurato ed equilibrato ha saputo essere.

Conviene invece ora partire dalle sue conclusioni secondo cui può esserci, anzi non può non esserci, una disciplina generale nazionale dell'attività amministrativa, per cercare di sottolineare quali possono essere le ragioni e insieme i contenuti di una tale disciplina, con ciò ricollegandosi anche a quanto detto da Cerulli nella relazione introduttiva.

Quali sono allora le ragioni e i possibili contenuti di una disciplina generale nazionale dell'attività amministrativa ?

Al riguardo credo vada preliminarmente notato come una disciplina generale dell'attività amministrativa sia venuta emergendo ( come è stato al suo primo avvio con la l.n.241/1990 ) quando si è inteso innovare rispetto a quella che era stata la concezione dell'amministrazione fin allora dominante.

L'avvio di una disciplina generale dell'attività amministrativa ha voluto essere ed è stato l'inizio e il punto di attacco di un'opera di rinnovamento in un duplice senso, peraltro l'uno all'altro collegato, da cui hanno preso le mosse poi le riforme successive.

Da un lato, si è inteso positivamente accogliere un'idea di amministrazione, quale d'altronde la Costituzione all'art.97 aveva già originariamente accolto e fatto propria, come “funzione” a se stante, nell'autonomia e nell'individualità dei suoi caratteri propri: come attività in sé ordinata, secondo buon andamento e imparzialità, all'effettiva e oggettiva realizzazione degli scopi individuati dalle leggi e dagli altri atti di scelta politica ( come confermato negli stessi anni anche dalla giurisprudenza costituzionale: si ricordi in particolare la dec. n.453/1990 ).

E' l'idea di amministrazione che oggi si conviene chiamare “amministrazione di risultato”, ma che a ben vedere corrisponde all'idea comune di amministrazione, all'idea di amministrazione *tout court* quale ravvisabile in ogni possibile contesto organizzato.

Di qui l'affermazione iniziale dell'art.1 della l.n.241 che “l'attività amministrativa persegue gli scopi determinati dalla legge” e subito dopo l'affermazione o la riproposizione di principi che mirano ad assicurare lo svolgimento dell'attività amministrativa come funzione-scopo nella sua globalità in modo autonomo e funzionale, pur nella varietà dei mezzi, degli strumenti sia di

regolazione che di prestazione o di servizio in cui l'amministrazione si concretizza e di cui essa si avvale.

Vero è che la disciplina della l.n.241 prosegue occupandosi in gran parte di un tipo di strumenti ( quelli regolativi o provvedimenti ) e fa riferimento prevalente ( come il suo stesso titolo lascia intendere ) alla formazione di questi, al procedimento.

E' indubbio peraltro che la prospettiva in cui la legge apicalmente si pone è quella dell'attività amministrativa quale funzione individuata dagli scopi e ad essi ordinata nella sua totalità.

D'altro lato, l'avvio di una disciplina generale dell'attività amministrativa va inteso essere un mezzo, un veicolo di innovazione nel senso di voler trasformare, nel quadro della ritrovata idea costituzionale di amministrazione, su altrettanto rinnovate basi sostanziali il rapporto fra amministrazione e cittadini, partendo dal convincimento che gli scopi, a cui l'amministrazione è ordinata e che essa deve soddisfare, corrispondono prima di tutto ad altrettanti interessi, utilità o beni della vita dei cittadini stessi.

Di qui l'ulteriore novità di prospettiva ( di per sé un rovesciamento di prospettiva ) rispetto a quella che ha caratterizzato in maniera prevalente in passato la disciplina relativa all'agire amministrativo. Si è passati dal p.d.v. dell'amministrazione come manifestazione delle istituzioni di governo, e in particolare come manifestazione di pubblico potere, alla considerazione primaria dell'amministrazione come modalità di soddisfacimento degli interessi e delle utilità che il cittadino, i singoli interessati ( i singoli soggetti individuali e collettivi ) si attendono dall'agire amministrativo: in breve, come servizio del cittadino o del pubblico ( come oggi si dice comunemente ).

La legge n.241/1990 ha realizzato per prima questo mutamento di prospettiva, cui hanno fatto seguito le successive leggi di riforma nel campo dell'organizzazione e in parte anche nel campo della tutela.

In quanto tale, la legge è stata certo una legge sull'attività, sul procedimento, ma l'approccio secondo cui essa si è accostata al tema dell'attività è stato piuttosto quello di individuare, di definire uno "statuto del cittadino" nei confronti dell'agire amministrativo, che nella stessa legge è andato oltre i confini del procedimento ( investendo anche profili di organizzazione e di tutela ) ed è in ogni caso potenzialmente estensibile all'attività amministrativa nel suo insieme, sia come potere regolativo che come prestazione o servizio.

D'altronde, nell'ambito di un'amministrazione ordinata al risultato e con ciò al soddisfacimento di interessi individuali e collettivi, potere e servizio si intrecciano, l'uno e l'altro sono entrambi strumenti del perseguimento di un risultato o di un assetto sostanziale da raggiungere, si pongono in sequenza come fasi successive di uno stesso percorso che va dalla decisione alla gestione in ragione dello scopo affidato.

Ed è per questo che in primo luogo, con riguardo innanzitutto all'esistenza e all'esercizio del potere provvedimento, la legge ha superato l'antico, tralasciato postulato su cui si è poggiato in modo esplicito o implicito tutto il sistema del diritto amministrativo: che dove c'è il potere non c'è il diritto e che c'è diritto dove non c'è potere. Il potere e il suo esercizio invece vengono a porsi come adempitivi di diritti.

Compito immediato era la semplificazione ed insieme la democratizzazione dei procedimenti: due esigenze di per sé tra loro contrastanti, l'una ispirata al buon andamento e l'altra all'imparzialità dell'amministrazione. In realtà tali esigenze hanno trovato nella nuova prospettiva una loro composizione non superficiale nell'individuazione di un catalogo di doveri/diritti nei rapporti fra amministrazione e cittadini, di obblighi dell'amministrazione e diritti degli interessati.

In altri termini, i principi della funzione ( il buon andamento e l'imparzialità ) di cui all'art. 97 sono stati tradotti in un catalogo, in una sequenza di rapporti o di relazioni intersoggettive. Si è in certo modo concretizzata l'antica, ma oggi quanto mai attuale lettura delle norme costituzionali in tema di amministrazione già avanzata da Esposito: che i principi costituzionali sull'amministrazione dovevano considerarsi corrispondenti ad altrettanti diritti dei cittadini.

E in questa stessa prospettiva, dell'individuazione di uno "statuto" del cittadino, che si è andati, con la legge n. 241 e le leggi successive, oltre la disciplina del procedimento, per promuovere e garantire la funzionalità dell'amministrazione nella sua interezza.

Da un lato, si è ridotta la presenza del potere pubblico ( si pensi alle forme di autoamministrazione e, successivamente, di liberalizzazione nella linea tracciata poi dal principio di sussidiarietà sociale ) e si è consentito di sostituire l'impiego del potere pubblico con quello dei poteri di diritto comune, ogni volta che ciò risultava possibile e anzi utile per conseguire il risultato sostanziale desiderato.

Dall'altro, si è estesa al vasto ambito delle prestazioni e dei servizi la previsione di una trama di diritti e obblighi, quali in particolare le Carte dei servizi hanno cominciato a prevedere a naturale prosecuzione e prolungamento della stessa prospettiva accolta nella l.n.241.

In tal modo il principio di funzionalità, che è al cuore dell'idea di amministrazione come amministrazione di risultato, si è tradotto, è diventato l'altra faccia e il contenuto di un principio o meglio di un "rapporto di responsabilità" che si è venuto configurando e instaurando tra amministrazione e cittadini.

Tant'è che tutta la più recente legislazione è in qualche modo percepibile come un'azione di riforma per organizzare e far funzionare l'amministrazione al fine di dare attuazione a tale principio o rapporto di responsabilità sostanziale.

2. Ora, se oggi si pone l'esigenza di dar vita a una disciplina generale nazionale dell'azione amministrativa in concomitanza con il nuovo ordinamento costituzionale, credo non vi possa essere altra prospettiva, lungo la quale muoversi, se non appunto quella segnata dall'individuazione della trama dei "diritti di cittadinanza" comuni a tutti gli interessati, che valgano nei confronti del pluralismo delle amministrazioni ( pur nel rispetto delle competenze legislative e normative delle istituzioni regionali e locali).

Che sia questa la prospettiva da cui mettersi lo confermano anche quelli che sono stati gli interventi significativi più recenti volti allo stesso fine.

Non c'è bisogno di ricordare il tentativo non riuscito della Bicamerale negli anni 1997-98 di costituzionalizzare i principi della legge n.241 in tema di diritti di cittadinanza ( si veda l'art.106 di quel progetto di riforma ).

Oggi si può rilevare come anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ( la Carta di Nizza ) nel Cap.V° ( in particolare all'art. 41 ) individui sotto la specie di un complessivo "diritto ad una buona amministrazione" il medesimo essenziale insieme di principi che la legge n.241 ha introdotto, oltre e accanto al diritto di accesso sancito all'art.42 della stessa Carta.

Ma questa è anche probabilmente la sola prospettiva perseguibile, se si tiene conto del nuovo assetto delle competenze legislative e normative regionali e locali.

E' di questi giorni, come è altrettanto noto, la presentazione di un disegno di legge da parte del Governo ( n.1281, Senato ) recante modifiche e integrazioni alla legge n. 241.

E al riguardo si è posto il problema di definire specificamente quale potesse essere lo spazio consentito sul tema ad una legislazione nazionale, in presenza di competenze legislative regionali e normative locali che, nelle materie e per le funzioni di rispettiva spettanza, indubbiamente investono anche la disciplina dell'organizzazione e dei relativi procedimenti e servizi.

Ora parrebbe proprio che il discrimine fra disciplina nazionale e disciplina regionale e locale passi appunto sulla linea dell'individuazione di quelli che sono i diritti di cittadinanza nei riguardi dell'attività amministrativa.

Dice la nuova formulazione proposta dell'art.29 della legge n.241 ( adottata su indicazione della stessa Conferenza Unificata Stato - Regioni - autonomie locali ) che "le Regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate da (tale) legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa come definite dai principi stabiliti dalla (stessa) legge".

La formulazione non è del tutto perspicua: essa fa riferimento infatti distintamente al sistema costituzionale e alle garanzie del cittadino come definite dai principi stabiliti dalla legge stessa. La formula sembra in qualche modo restare incerta sull'esatto fondamento della legge: se vi sia un fondamento costituzionale generale da ritrovare nell'art.97 e in altri articoli rilevanti della Costituzione ( in specie l'art.3, come ricordato anche da Sorace ) e se vi sia o meno anche un fondamento specifico (e quale) ravvisabile in una delle possibili competenze legislative dello Stato, come in particolare quella prevista dalla lett. m) dell'art.117 2° co. ( in ordine alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ). Tanto da far dubitare, per un accenno che si ritrova nel parere della Conferenza, che le Regioni ritengano i principi della legge vincolanti solo in sede di competenza legislativa concorrente regionale e non in sede di competenza esclusiva.

La formulazione è sicuramente da perfezionare al fine di individuare un unico e preciso fondamento costituzionale, ma è indicativa del fatto che il dato sostanziale e unificante, a cui anch'essa fa riferimento, è quello delle "garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa". Il che peraltro non può che valere per ogni tipo di competenza, sia esclusiva che ripartita.

Ma se questa è la strada da percorrere ciò significa allora ( come ha messo in rilievo anche Sorace nelle sue conclusioni ) che oggi ci si trova di fronte all'esigenza di una sistemazione, oltre che di un completamento, di quanto la legge n. 241 e la legislazione successiva sono venute costruendo, così da offrire un catalogo o uno statuto di garanzie ( di diritti-obblighi) che costituisca il quadro unificante del rapporto di responsabilità fra amministrazione e cittadini ( o interessati ), a cui facciano riferimento anche le competenze regionali e locali.

Si tratta credo di enucleare i principi che costituiscano altrettanti parametri degli obblighi a cui le amministrazioni devono attenersi. E ciò con riguardo non solo all'attività, ma anche all'organizzazione. A cui deve corrispondere poi anche una parallela sistemazione della tutela giurisdizionale.

In altri termini si tratta di proseguire sulla strada inaugurata dalla legge n. 241, ponendosi organicamente nell'orizzonte dall'amministrazione di risultato nella sua globalità. Il che equivale a dar vita a uno "statuto dell'amministrazione" come il riflesso o il risvolto speculare dello "statuto del cittadino", secondo la prospettiva di carattere sostanziale e relazionale che lo caratterizza.

D'altronde, si pensi a come nel sistema costituzionale anche lo statuto della giurisdizione nella sua apicalità si fonda sull'art.24, si regga cioè su un fondamento sostanziale espresso dalle posizioni giuridiche soggettive di cui è garantita la tutela e da cui derivano poi di conseguenza le ulteriori essenziali implicazioni in tema di organizzazione e di procedura.

Analogamente, l'amministrazione è venuta via via ricollegandosi a un suo fondamento sostanziale che, se già implicito nell'art.97, è diventato oggi sempre più manifesto. Ma la disciplina dell'amministrazione sembra avere oggi avere bisogno di una sua ricomposizione, così da definirne i tratti comuni, "trasversali" da valere in un ordinamento pluralistico.

D'altro canto, da sempre si è detto che l'art.97 ha valore di norma trasversale e comune per la "funzione" amministrativa quale che sia l'ente o l'istituzione di riferimento. Oggi non si tratta quindi che proseguire in questa linea nell'ottica di uno statuto che è insieme del cittadino e dell'amministrazione.

Ora, se ci si attiene alla prospettiva delineata, non dovrebbe essere difficile enucleare o selezionare il catalogo di principi, separando ciò che corrisponde ad esigenze e profili di ordine sostanziale da ciò che appartiene all'organizzazione e al funzionamento delle singole amministrazioni ed assicurando, nel contempo, una coerenza interna attorno al principio di responsabilità.

In questa sede si possono solo accennare le esigenze che vengono in rilievo .

Quanto all'organizzazione, viene in rilievo l'esigenza, secondo le regole d'altra parte già affermatesi, dell'autonomia e della responsabilità personale di chi vi opera: non è niente più che l'art.97 2° co. e quant'altro ne è seguito.

Insieme, si pone l'esigenza di assicurare il principio dell'unità dell'amministrazione ovvero dell'unità della decisione o del servizio in relazione al risultato da conseguire ( già introdotto dalla l.n.59/97 ). Il che poi non può non riflettersi sul piano dell'attività imponendo di concentrare funzionalmente gli atti e i provvedimenti ( o le prestazioni ) relativi alla stessa attività o risultato.

E andrebbe inoltre ripreso il principio della sussidiarietà sociale ora enunciato nell'art.118 4° co. ( che ora è possibile solo menzionare ).

In ordine all'attività, vi è un più ampio complesso di esigenze che concorrono peraltro tutte al medesimo obiettivo di assicurare il rapporto di responsabilità: dal principio di informalità, a quello di contrattualità ( ovvero di fungibilità dei poteri di diritto comune rispetto a quelli autoritativi), al principio di tempestività e celerità delle decisioni, a quello di stabilità delle stesse, ai classici obblighi di informazione, partecipazione e motivazione, che devono oggi trovare un'attuazione più organica di quanto la stessa l.n.241 abbia potuto assicurare.

Del pari, per i servizi vanno riconosciuti come altrettanti diritti le esigenze che alcune norme di legge e le Carte dei servizi hanno cominciato a far proprie e che collegano tra loro "qualità" del servizio e responsabilità.

Infine è oggi non meno importante che, in concomitanza, si assicurino forme di tutela adeguate a far valere il principio di responsabilità. Le riforme recenti della giustizia amministrativa si sono certo avviate nel senso di prevedere forme di tutela adempitiva ovvero di una tutela che assicura più diretta e piena protezione nei confronti dell'inadempimento degli obblighi quali si sono venuti individuando dalla l.n.241 in poi: si pensi alla tutela per il diritto di accesso e, oggi, alla tutela in ordine al silenzio e ancora alla previsione, tutta ancora, da esplorare della reintegrazione in forma specifica.

Sono segnali di novità importanti, ma ancora episodici, che devono trovare però una loro compiuta e coerente sistemazione se si vuole disporre di una tutela pensata e calibrata nel suo insieme sull'amministrazione di risultato, senza detrimento delle garanzie del cittadino.

Il che significa non solo unificare la giurisdizione nei confronti dell'amministrazione, ma muoversi in particolare con coerenza verso una tutela che abbia per oggetto la pretesa sostanziale ( come ha detto anche Cerulli nelle sue conclusioni ) e non più soltanto l'atto o il procedimento.

Ora, alla luce di tali pur sommarie considerazioni, non sarebbe ora difficile valutare i pregi e i limiti della recente proposta di legge del Governo.

Lasciando alle successive relazioni l'esame delle singole questioni che essa può sollevare, vorrei solo dire in conclusione che essa appare solo in parte adeguata a costituire quello "statuto del cittadino" e insieme "dell'amministrazione" poggiato coerentemente su una piena affermazione e tutela del rapporto di responsabilità fra amministrazione e cittadini.

Da un lato, infatti, la proposta intende certamente arricchire la legge n.241 nella individuazione dei principi che meglio si confanno ad un'amministrazione di risultato ( si pensi in particolare al principio di fungibilità fra poteri di diritto comune e poteri di diritto pubblico ) e nella disciplina di istituti non toccati dalla l.n.241, in tema di efficacia, esecuzione e riesame degli atti, per quanto lo faccia spesso in senso ricognitivo dell'esistente e non sempre coerente con i principi generali affermati.

D'altro lato, la proposta, nel ridisciplinare le ipotesi di nullità e di annullabilità dei provvedimenti, specie riducendo il sindacato di legittimità con riguardo ai profili di forma e di procedura, senza che ciò si inquadri in una corrispondente trasformazione del modo e delle forme di tutela nei senso ricordato ( o quanto meno senza distinguere tra vizi meramente formali e vizi di forma sostanziale), rischia di determinare, almeno in via immediata, una diminuzione di tutela.

Non ci si può augurare allora che la riflessione possa ancora continuare e che, prendendo occasione dall'attuazione del nuovo ordinamento costituzionale, si arrivi, sia sul piano della disciplina dell'organizzazione e dell'attività sia su quello della tutela, allo statuto dei rapporti fra amministrazione e cittadini che è ancora in cammino.