

# CAPITOLO 1

## I PRINCIPI GENERALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

**GUIDA** 1. La nozione di procedimento amministrativo. 2. Evoluzione storica. 3. I principi dell'azione amministrativa: profili generali. 4. Il principio di legalità. 5. Il principio di imparzialità. 6. Il principio di buona amministrazione. 7. Il divieto di aggravamento del procedimento. 8. I principi di pubblicità e trasparenza. 8.1. La legge anticorruzione 6 novembre 2012, n.190: nuove misure volte a promuovere la trasparenza dell'attività amministrativa. 9. Il principio della capacità negoziale della p.a.. 9.1. il recesso dai contratti. 10. I principi dell'ordinamento comunitario. 10.1. Il principio di tutela del legittimo affidamento. 10.2. Il principio di proporzionalità. 10.3. I principi in materia di ambiente. 10.4. Il principio di precauzione. 10.5. I principi in materia di contratti pubblici.

### 1. La nozione di procedimento amministrativo.

Fino a epoca piuttosto recente la P.A., nello svolgimento dell'attività amministrativa, ha assunto una posizione preponderante rispetto al privato, il più delle volte costretto al ruolo di mero spettatore privo, in origine, di una qualunque tutela giurisdizionale laddove i propri interessi, coinvolti nell'azione dei pubblici poteri, non assurgevano al grado di diritti soggettivi; la figura dell'interesse legittimo, infatti, è emersa solo successivamente all'istituzione della sez. IV del Consiglio di Stato, avvenuta nel 1889.

La L. 7 agosto 1990, n. 241, nota come **legge sul procedimento amministrativo**, si pone al termine di un percorso evolutivo che, sotto la spinta della dottrina prima, e della giurisprudenza poi, ha mutato i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino a tutto vantaggio di quest'ultimo.

Prima di analizzare le principali fasi di tale percorso evolutivo, va premesso che, secondo un approccio di tipo sistematico, il procedimento può essere analizzato nella sua **suddivisione in fasi**, che non rappresentano "elementi costitutivi" di una struttura complessa, ma "momenti in cui si articolano giuridicamente le relazioni sostanziali tra le varie attività e tra i vari soggetti"<sup>1</sup>. Secondo una differente ottica, inoltre, il momento procedimentale può essere inquadrato nel complesso della **funzione amministrativa**, e in relazione agli interessi a essa correlati: da ciò è conseguita la configurazione del procedi-

---

<sup>1</sup> SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940.

mento come “forma della funzione” (Benvenuti) e luogo deputato alla **ponderazione degli interessi** (Giannini), pubblici e privati, solitamente collegato con il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Come correttamente osservato, ciò che maggiormente rileva, in definitiva, è l’idea che l’interesse pubblico non possa essere compiutamente definito nell’astratta previsione di legge, ma che risulti al contrario determinato nel procedimento come risultato dell’esercizio di un potere “partecipato”, quando non “concordato”, nella logica degli accordi della legge 241. Le riflessioni effettuate saranno sviluppate nella trattazione che segue, onde inquadrare l’analisi della materia e delle teorie fondanti la sistematica del procedimento in un’ottica evolutiva.

## 2. Evoluzione storica.

Prima dell’intervento legislativo n. 241/1990, recante «Norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», mancava nel nostro ordinamento una disciplina di tale tenore; erano, invece, rinvenibili solo normative settoriali (*L. 2359/1865 in tema di procedimento espropriativo; L. 1150/1942 in tema di procedimenti finalizzati al rilascio di concessioni edilizie; ecc.*), con gravi conseguenze sul piano della democraticità e dell’efficacia dell’azione amministrativa.

Si deve alla dottrina il tentativo di estrapolare una disciplina generale del procedimento da un’interpretazione estensiva o analogica del disposto di cui all’art. 3, della Legge Abolitrice del Contenzioso (L.A.C. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), che sancisce per i ricorsi amministrativi il principio del giusto procedimento, in forza del quale la fattispecie procedimentale deve essere strutturata in modo che gli organi amministrativi possano imporre limitazioni a coloro che sono coinvolti nell’azione amministrativa solo dopo aver messo gli stessi in condizione di esporre le proprie ragioni, tanto a tutela dei propri particolari interessi quanto a titolo di collaborazione nella cura dell’interesse pubblico.

Rifiutata dalla giurisprudenza siffatta soluzione dottrinale sull’assunto della impraticabilità di un’opzione volta a estendere a tutti i procedimenti le disposizioni dettate in tema di ricorsi amministrativi, ci si è dovuti accontentare di interventi normativi settoriali e spesso lacunosi. A differenza delle leggi precedenti, **la L. 241/1990 introduce nel nostro ordinamento una normativa di carattere generale** che, pur lasciando un certo margine di elasticità e di discrezionalità alla P.A. nello svolgimento dei propri compiti, mira – in linea con quella consolidata giurisprudenza propensa a rendere maggiormente democratica l’attività amministrativa – a conformare l’azione pubblica ad alcuni canoni rispondenti ai precetti costituzionali, riducendo così il più volte denunciato arbitrio dell’amministrazione. Il procedimento diviene, pertanto, terreno di emersione e strumento di equo contemperamento degli interessi, sia pubblici che privati, coinvolti nell’*age-re* amministrativo; viene colmata, in altre parole, la distanza tra governanti e governati, i quali ultimi divengono titolari di pretese azionabili nei confronti dello Stato-amministrazione.

Tralasciando gli aggiustamenti apportati dalle Leggi Bassanini (nn. 59 e 127 del 1997) e dalla L. 340/2000 una riforma organica è stata apportata all'originario disegno legislativo dalla L. 15/2005, recante «*Modifi che ed integrazioni alla legge 241/90, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*».

*Le Leggi 15 e 80/2005 danno vita alle nuove regole dell'azione amministrativa*

Le nuove norme sono divisibili in due gruppi; un primo gruppo tende al recepimento e alla codificazione di principi giurisprudenziali maturati in sede di applicazione della prima L. 241; un secondo gruppo introduce reali innovazioni procedurali e sostanziali.

Fa poi irruzione nella L. 241 il regime dell'invalidità del provvedimento, che conosce una codificazione per la prima volta organica di tipo legislativo, pur se per molti versi ricognitiva delle coordinate pretorie elaborate dalla giurisprudenza amministrativa di quasi un secolo e mezzo.

L'opera riformatrice è stata coronata, come detto, dal D.L. 35/2005 (convertito dalla L. 80/2005), intervenuto particolarmente sul silenzio della pubblica amministrazione.

Tra le novità più importanti varate dalle leggi del 2005, segnatamente in tema di principi generali e sul regime della patologia del provvedimento, va fatto riferimento, in primo luogo, al dettato dell'art. 1 che è completato infine dal co. 1-ter che contempla l'obbligo per i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative di verificare ed assicurare l'osservanza dei fondamentali principi di cui al detto co. 1. Nella sua vaghezza la disposizione mira a formalizzare ricognitivamente il recepimento della c.d. nozione oggettiva di servizio pubblico, gestito e, anzi, erogato da soggetti gravitanti quanto meno formalmente (*sub specie* di s.p.a.) in una area privatistica.

Più di sostanza è invece la generalizzazione dello strumento dell'accordo sostitutivo, evocativo peraltro non di una preferenza del diritto privato a quello pubblico ma, al contrario, di una logica di consensualità nell'esercizio di quello che rimane un potere pubblico.

*Gli accordi*

Prima di analizzare i principi introdotti dalle riforme menzionate, appare tuttavia utile effettuare qualche riferimento all'evoluzione del pensiero giuridico culminata infine nella **riconfigurazione dei rapporti tra cittadino e amministrazione**: tale evoluzione fonda, invero, le innovazioni legislative citate.

*Evoluzione del pensiero giuridico*

Mentre, fino all'entrata in vigore della legge n. 241/1990, mancava una disciplina generale del procedimento amministrativo, il panorama legislativo internazionale vedeva contrapposti due modelli di procedimento ai quali si ispiravano le numerose normative di settore rinvenibili nel nostro ordinamento:

- il modello processuale, che ricostruendo il procedimento amministrativo sulla falsariga del processo giurisdizionale gli attribuisce la funzione di prevenzione dei conflitti tra P.A. e privati;
- il modello sostanziale che concepisce il procedimento come luogo ideale per una valutazione comparativa degli interessi coinvolti dall'azione dei pubblici poteri e forma della funzione amministrativa<sup>2</sup>.

*Modello processuale*

*Modello sostanziale*

In siffatto contesto la P.A. gestisce il procedimento amministrativo in modo ampiamente discrezionale senza riconoscere al privato interessato alcun diritto di partecipare attivamente allo stesso.

<sup>2</sup> In questi termini, GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994.

a) *Concezione formale.*

*Il procedimento come pluralità di atti diretti all'adozione di un provvedimento finale* È in questa prima fase che si assiste allo sviluppo della c.d. concezione formale (o teleologica) del procedimento amministrativo la quale, prescindendo dalla considerazione dei rapporti che intercorrono tra esercizio del potere pubblicistico e procedimento amministrativo e basandosi sulla semplice descrizione di quest'ultimo, definisce il procedimento amministrativo come l'insieme di una pluralità di atti susseguenti ed eterogenei finalizzati all'adozione di un provvedimento amministrativo<sup>3</sup>.

b) *Concezione funzionale.*

*Il procedimento come forma della funzione amministrativa* È merito della dottrina, e di una parte della giurisprudenza, l'evoluzione in senso democratico dell'azione amministrativa e, conseguentemente, l'elaborazione di una nuova concezione di procedimento amministrativo. L'elaborazione di tale concezione c.d. funzionale, si deve al Benvenuti il quale, ridimensionando l'importanza fino ad allora attribuita al provvedimento amministrativo quale momento fondamentale dell'azione pubblicistica, ha contestualmente evidenziato il ruolo del procedimento amministrativo in termini di modalità di esercizio del potere pubblico, ossia forma della funzione amministrativa. A supporto di tale opzione, l'Autore ha sottolineato come spesso dal provvedimento amministrativo, ed in particolare dalla sua motivazione, non emergono le ragioni che hanno portato l'amministrazione ad intraprendere una determinata scelta, necessitando, a tal fine, una disamina dell'*iter* procedimentale.

È in questo contesto che la giurisprudenza inizia ad esercitare un sindacato più penetrante nei confronti dell'azione amministrativa sminuendo, nell'esercizio del controllo di legittimità dell'atto, l'aspetto squisitamente formale per soffermarsi su una valutazione di congruità dello stesso rispetto al procedimento seguito. Porta d'accesso per un simile sindacato è la c.d. motivazione *per relationem* mediante la quale il giudice amministrativo, analizzando le singole fasi del procedimento nonché gli atti endoprocedimentali (pareri, valutazioni tecniche, ecc.), può valutare se il provvedimento conclusivo sia conseguenza logica e ragionevole dell'*iter* seguito.

c) *Concezione paragiurisdizionale.*

*Il procedimento come strumento di giustizia preventiva* A quella di cui sopra segue la concezione c.d. paragiurisdizionale o partecipativa che porta a termine il cammino intrapreso dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel rivalutare i rapporti tra P.A. e cittadino e nel riconsiderare il ruolo del procedimento amministrativo. Se, infatti, è in quest'ultimo che si radicano i presupposti per la decisione finale, occorre che la P.A. acquisisca tutti gli elementi necessari ad adottare una soluzione che, soddisfacendo l'interesse pubblico, tenga in conto, con pari valore, gli interessi giuridicamente rilevanti dei cittadini, così da consentire a questi ultimi di prendere parte al procedimento con tutte le garanzie tipiche del processo (contraddittorio, diritto di difesa, ecc.). Il procedimento amministrativo si atterrebbe in guisa di strumento di giustizia preventiva attraverso il quale il cittadino fa

<sup>3</sup> Così, VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972.

valere la propria posizione in un momento anteriore all'adozione del provvedimento amministrativo e dunque prima di adire la competente sede giurisdizionale.

Il procedimento amministrativo, quale **manifestazione democratica di sintesi degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'azione amministrativa**, diviene il momento fisiologico nel quale l'interessato fa valere i propri interessi. In tal modo si soddisfano due esigenze: da una parte si ottiene una deflazione del contenzioso in quanto il privato interessato dall'azione amministrativa piuttosto che attendere l'emanazione dell'atto finale ed eventualmente impugnarlo nel caso in cui si manifesti illegittimo può orientare, attraverso il proprio intervento, la scelta della P.A.; dall'altra, la P.A. amplia lo spettro di informazioni in base alle quali adottare la decisione finale che in tal modo sarà maggiormente rispondente all'interesse pubblico perseguito e più rispettosa degli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio della potestà pubblicistica.

d) *Concezione sintetica.*

Infine, giova far menzione della concezione c.d. sintetica, a tenore della quale le teorie innanzi delineate non sono tra loro antitetiche in quanto ciascuna chiarisce e puntualizza un aspetto parziale del procedimento amministrativo. Alla stregua di tale elaborazione, il procedimento assume contemporaneamente a:

- metodo per la formazione di un atto amministrativo attraverso una sequenza di atti teleologicamente orientati (*concezione formale*);
- modo di esercizio dell'autorità della P.A. (*concezione funzionale*);
- strumento tendente a garantire l'imparzialità e l'obiettività dell'azione amministrativa attraverso la partecipazione e la collaborazione dei privati interessati (*concezione paragiurisdizionale*)<sup>4</sup>.

Nel quadro così delineato si inserisce l'intervento del legislatore il quale, per la prima volta, introduce nel nostro ordinamento una legge generale sul procedimento amministrativo superando gli ostacoli e i dubbi sollevati dagli operatori giuridici timorosi che la definizione di una disciplina procedimentale potesse ostacolare la dinamicità dell'azione amministrativa e non rispondere alle diverse esigenze pubblicistiche.

Con la legge n. 241/1990, il legislatore – a differenza della legge federale tedesca del 25 maggio 1976, che rappresenta la codificazione più compiuta del procedimento amministrativo – introduce una **normativa di principio** che si limita a definire i criteri essenziali ai quali deve attenersi la P.A. nell'esplicazione della propria azione pur in presenza di attività relativamente alle quali gode di ampia discrezionalità.

La L. n. 241/1990 si apre, dunque, con la definizione dei principi che regolano l'attività amministrativa (art. 1, comma 1)<sup>5</sup>: tale tappa costituisce un indubbio traguardo rispetto ad un non breve cammino compiuto dagli ordinamenti di *civil law* nel corso del XX secolo.

<sup>4</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a F. CARINGELLA, *Il procedimento amministrativo (Commento organico alla legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1998, 12 ss.

<sup>5</sup> Anche "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa" sono tenuti ad assicurare il rispetto dei criteri e dei principi previsti dall'art. 1, comma 1 della l. n. 241/1990 (comma 1-ter aggiunto dall'art. 1, l. n. 15/2005, poi modificato dall'art. 7 l. n. 69/2009).

In particolare, la separazione netta tra norme giuridiche e regole sociali vacilla nell'elaborazione dottrinale francese degli anni venti del secolo scorso ed i criteri di *bonne administration et de moralité administrative* divengono criteri di valutazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, sino ad essere riassorbiti nel concetto di legalità, la cui violazione si manifesta in un'ipotesi di eccesso di potere.

Nel nostro ordinamento, questa conclusione tarda ad essere raggiunta e, nonostante gli studi sulla discrezionalità amministrativa pongano in luce come l'amministrazione nel suo agire non si conformi soltanto a regole giuridiche, ma, secondo la partizione gianniniana, anche a regole morali, sociali, di buona amministrazione, di correttezza amministrativa e a principi politici, non si giunge alla conclusione che tali regole non giuridiche possano diventare parametri di verifica giurisdizionale dell'attività amministrativa, in considerazione del loro carattere elastico.

Il superamento di questa posizione si avverte nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che indica come l'utilizzazione delle regole tecniche o sociali svolga un ruolo fondamentale nell'applicazione delle regole giuridiche ogni qualvolta le stesse contengano concetti che a queste fanno riferimento. Ma è grazie agli studi di C. MORTATI che, in modo esplicito, vengono indicati, quali limiti della discrezionalità amministrativa, i principi generali dell'ordinamento. L'obiezione che viene portata a questa tesi fa leva sulla difficile individuazione e sull'assenza di stabilità e certezza dei principi, ma la stessa può essere facilmente contrastata sul piano logico.

In primo luogo, si può affermare che **il rispetto dei principi generali assicura la conformità dell'azione amministrativa alle regole sociali o di esperienza**. In secondo luogo, la norma individua in modo puntuale i principi ai quali l'azione amministrativa deve conformarsi, prevedendo un'indicazione tassativa per quelli nazionali ed operando un rinvio recettizio per quelli di derivazione comunitaria, a conferma dell'integrazione che caratterizza i due ordinamenti.

### 3. I principi dell'azione amministrativa: profili generali.

L'ordinamento giuridico è fondato sulla ripartizione delle diverse funzioni tra i vari organi dello Stato e delle specifiche attribuzioni di questi in seno alla sua organizzazione: com'è stato lucidamente osservato, invero, "è ben consono ai principi dello Stato moderno, considerato nella sua essenza di Stato di diritto, il preordinare l'azione della sua complessa macchina alla realizzazione dei propri fini, in quel modo che possa offrire le maggiori possibili garanzie del rispetto della **legalità** e della **convenienza**"<sup>6</sup>.

È proprio in tale osservazione che affonda le radici l'istituto del **procedimento amministrativo**, nel quale confluiscono tutte le valutazioni, i sindacati, i giudizi, compiuti anche da organi diversi, ciascuno dei quali centro di specifici interessi dell'ente. L'istituto procedimentale, infatti, nasce quale *locus dell'esat-*

<sup>6</sup> SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964.

**ta ponderazione degli interessi pubblici** per il loro migliore perseguimento, predominanti rispetto agli interessi del privato, eventualmente incisi.

I rapporti tra cittadini ed istituzioni si sono dunque modificati sotto la spinta di una evoluzione della società civile che tende sempre più ad allontanarsi dal tradizionale modello istituzionale dello Stato. Attualmente, invero, esso si presenta sotto la veste di una comunità unitaria, la c.d. società civile, che tuttavia rischia di "polverizzarsi nella prospettazione e tutela di esigenze particolari di gruppo, se non addirittura individuali"<sup>7</sup>.

La tradizionale concezione di procedimento, rigidamente inteso come istituto posto a garanzia dell'esatto ed integrale soddisfacimento degli interessi pubblici, ha poco alla volta ceduto il passo ad una diversa valutazione dell'istituto, che, nell'ottica di un rapporto tra cittadini ed amministrazione sempre più paritario e partecipato, è divenuto il **luogo di composizione di tutti gli interessi coinvolti nell'azione amministrativa**, di guisa che l'effettivo perseguimento degli interessi pubblici si contemperi con il minor sacrificio dei contrapposti interessi privati. Tale mutata prospettiva, peraltro, ha comportato una sempre maggiore tensione ad **avvicinare il più possibile lo svolgimento del procedimento amministrativo a quello di un processo giudiziario**, in modo da assicurare al cittadino di fronte alla p.a. garanzie non inferiori a quelle che gli vengono accordate in sede contenziosa. Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta, dunque, di tutta evidenza l'indiscussa centralità dell'istituto in esame, al quale, pertanto, si rivolse l'attenzione della dottrina amministrativistica già a partire dagli ultimi decenni del 1800, quando si iniziò a parlare di procedimento amministrativo "per indicare sequenze di atti di autorità amministrative tra loro collegati e tendenti ad un unico scopo"<sup>8</sup>. Tuttavia, il procedimento ha trovato disciplina positiva e completa solo di recente: la **legge 7 agosto 1990, n. 241**, come anticipato, si pone al termine di un percorso evolutivo che, sotto la spinta della dottrina prima, e della giurisprudenza poi, ha mutato i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino a tutto vantaggio di quest'ultimo.

I principi cui si ispira la normativa sul procedimento sono essenzialmente due: il **principio di trasparenza** ed il **principio di efficienza**. Tali principi sono espressione della duplice direzione in cui si è mosso il legislatore: da una parte emerge l'intento di orientare in senso maggiormente **democratico** l'azione amministrativa svelandone i meccanismi e rendendone partecipi i cittadini i quali possono così controllare che il procedimento amministrativo si svolga nel rispetto dei loro interessi ed in ossequio al principio di imparzialità; dall'altra, emerge la volontà di improntare l'azione dei pubblici poteri a regole di carattere imprenditoriale che consentano il raggiungimento dell'obiettivo prefissato attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale.

Quanto premesso ci permette di individuare tra le disposizioni della legge n. 241/1990 due tipologie di norme che riflettono, rispettivamente, il principio

*I principi di trasparenza ed efficienza*

*I riferimenti normativi*

<sup>7</sup> ITALIA - BASSANI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995.

<sup>8</sup> GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, 91.

di trasparenza e il principio di efficienza: soddisfano il primo, l'art. 1, comma 1 (principio di pubblicità), gli artt. 4, 5 e 6 (norme sul responsabile del procedimento), gli artt. 7 ss. (norme sulla partecipazione al procedimento), gli artt. 22 ss. (norme che disciplinano il diritto di accesso agli atti amministrativi); alla realizzazione del secondo sono diretti l'art. 1, comma 1 (che sancisce l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa), l'art. 1, comma 2 (che prevede il principio di non aggravio del procedimento), l'art. 14 (che disciplina l'istituto della conferenza di servizi), l'art. 18 (riguardante l'autocertificazione amministrativa), l'art. 15 (che prevede gli accordi tra pubbliche amministrazioni), l'art. 19 (che prevede l'istituto della denuncia in luogo di autorizzazione), l'art. 20 (sul silenzio assenso).

Dall'analisi di tali norme emerge un potenziale contrasto tra i principi fondamentali sanciti dalla legge n. 241/1990: invero, la trasparenza amministrativa richiede, per il suo soddisfacimento, l'adempimento di alcuni obblighi da parte della P.A. che comportano un naturale rallentamento dell'azione amministrativa che il legislatore ha compensato con le previsioni normative di cui al Capo IV della legge riguardanti gli istituti di semplificazione dell'azione stessa.

*I criteri dell'azione amministrativa enunciati dalla legge sul procedimento*

Alla realizzazione dei principi di trasparenza e di efficienza cui deve essere informata l'azione amministrativa, come anticipato, sono diretti i criteri enunciati nel Capo I (artt. 1-3) della legge n. 241/1990.

Nello specifico:

a) *Criterio di economicità.*

Trattasi di un'articolazione del principio costituzionale di *buon andamento dell'azione amministrativa* che impone alla P.A. il conseguimento degli obiettivi legislativamente statuiti con il minor dispendio di mezzi in accoglimento del concetto squisitamente imprenditoriale dell'*economicità gestionale*.

In buona sostanza, il legislatore ha inteso improntare la gestione della cosa pubblica ai sistemi privatistici di conduzione dell'impresa, imponendo alla P.A. di evitare sprechi nell'utilizzazione dei mezzi a disposizione, di utilizzare in modo razionale le risorse umane e materiali, di ottimizzare i risultati ed i profitti.

b) *Criterio di efficacia.*

Anche tale criterio *costituisce un'articolazione del principio di buona amministrazione* di cui all'art. 97 Cost. ed indica il rapporto tra risultati ottenuti ed obiettivi prestabiliti.

In attuazione dei criteri di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa il comma 2 dell'art. 1, della legge n. 241/1990, fa divieto alla P.A. di aggravare il procedimento, ossia di compiere atti procedurali diversi da quelli legislativamente prescritti e di rinnovare quelli precedentemente compiuti, se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria. Per non vanificare i fini acceleratori perseguiti dal legislatore è necessaria una valutazione particolarmente rigorosa del requisito della straordinarietà dell'esigenza di compiere atti comportanti un aggravamento dell'*iter* procedimentale.

L'inosservanza di tale divieto, alla luce dei principi generali, è destinata a viziare gli atti eventualmente compiuti dall'amministrazione precedente sot-



to il profilo dell'*eccesso di potere per difetto di motivazione*, o *inesatta prospettazione dei presupposti di fatto*.

c) *Criterio di pubblicità*.

È un'articolazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa cui sono da ricondurre:

- l'obbligo di rendere noto il termine entro il quale deve essere concluso il procedimento (art. 2);
- l'obbligo di rendere pubbliche le disposizioni adottate dalle amministrazioni in merito alle determinazioni dell'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale (art. 4);
- l'obbligo di comunicare l'unità organizzativa competente ed il nominativo del responsabile del procedimento (art. 5);
- l'obbligo di consentire agli interessati l'accesso ai documenti amministrativi (art. 22).

Nella prospettiva della piena attuazione del principio di trasparenza, l'art. 2, della legge n. 241/1990, dispone che la P.A. ha il dovere di concludere il procedimento amministrativo mediante l'adozione di un provvedimento espresso che, ove manchi una apposita disposizione legislativa o regolamentare, deve avvenire nel termine stabilito dalle pubbliche amministrazioni o, in mancanza di detta determinazione, nel termine di novanta giorni dall'inizio del procedimento d'ufficio ovvero se il procedimento è ad iniziativa di parte, dalla presentazione della domanda da parte dell'interessato. Costituisce, altresì, un'articolazione del principio di trasparenza la esplicita statuizione normativa che sancisce in via generale l'*obbligo di motivazione* degli atti amministrativi.

All'art. 1, della legge n. 241/1990 è aggiunto dalla legge n. 15/2005 il comma 1-bis, che sancisce il principio generale secondo il quale le amministrazioni pubbliche nell'adozione di atti di natura non autoritativa, possono agire secondo le norme di diritto privato, e, quindi, anche servendosi di moduli negoziali per la realizzazione dei propri compiti istituzionali, con i criteri e le condizioni stabiliti dalla legge e salvo che la legge disponga diversamente.

Collegata al principio secondo il quale, salvo che la legge non disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche possono utilizzare gli strumenti del diritto privato, è la disposizione della legge di riforma della legge n. 241, che, modificando il vigente art. 11 dello stesso impianto normativo, provvede a generalizzare l'uso degli accordi c.d. sostitutivi di provvedimenti sopprimendo la clausola per cui tali accordi possono essere conclusi «solo nei casi previsti dalla legge».

*I principi previsti dalla legge n. 15/2005: l'avvento della privatizzazione e il recepimento dei principi comunitari*

*La generalizzazione dell'uso degli accordi sostitutivi ex art. 11, legge n. 241/1990*

#### 4. Il principio di legalità.

Il principio di legalità risponde all'esigenza che l'azione amministrativa sia assoggettata alla legge, quale espressione massima della volontà popolare. Il principio in commento, dunque, sta ad indicare il primato della legge, a

il procedimento tranne che in ipotesi di straordinarie esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria, le quali, peraltro, devono essere adeguatamente motivate<sup>20</sup>.

In particolare, la sufficienza qualitativa e quantitativa dei mezzi istruttori, infine, vale a fugare l'eccesso di potere o anche il vizio di violazione di legge per contrarietà ai principi di efficienza, divieto di non aggravamento, economicità dei mezzi di cui al primo comma dell'art. 1<sup>21</sup>.

## 8. I principi di pubblicità e trasparenza.

Fino all'emanazione della L. n. 241/1990, la pubblicità dell'azione amministrativa era ritenuta principio di natura squisitamente settoriale, ovvero relativa solo ai procedimenti amministrativi, i quali, in ragione della particolare pervasività nei confronti dei cittadini, erano espressamente assoggettati *ex lege* all'obbligo di rendere conoscibile l'intero *iter* procedimentale.

Con la L. n. 241/1990 il principio in questione viene consacrato a livello generale, quale diretta conseguenza della natura pubblica del potere esercitato dalla p.a..

*Il principio di pubblicità* Esso, come anticipato, è volto a ridefinire in chiave democratica il rapporto tra amministratori ed amministrati, trasformando questi ultimi da spettatori a protagonisti dell'operato dei pubblici poteri. Trattasi, quindi, di un principio che si traduce nell'attribuzione ai cittadini del potere di esercitare un controllo democratico sullo svolgimento dell'attività amministrativa e sulla conformità della stessa agli interessi sociali ed ai principi costituzionali.

*Il principio di trasparenza* Nel tentativo di razionalizzazione dei principi posti a fondamento dell'*age-re* amministrativo, la legge 11 febbraio 2005, n. 15 ha individuato un ulteriore criterio, quello della "trasparenza", nella stesura precedente della L. 241/90 non espressamente menzionato tra i principi generali dell'attività amministrativa. Si attribuisce a tale termine il significato di "conoscibilità esterna" dell'azione amministrativa, assegnando ad esso valore di principio, cui ricondurre gli strumenti pratici per l'esercizio del controllo e per l'accesso da parte dei privati agli atti e ai documenti del procedimento amministrativo<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Ne consegue che "le amministrazioni che bandiscono una gara pubblica devono acquisire d'ufficio i documenti, necessari all'istruttoria, già in loro possesso, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa ed in ossequio al divieto di aggravamento del procedimento" (Cons. St., sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4011). Precipitato di tale principio consiste nella non necessità di rinnovare l'intero procedimento in caso di illegittima esclusione da una gara d'appalto di una ditta, potendo l'amministrazione legittimamente mantenere fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte e disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute (Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43).

<sup>21</sup> Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2847.

<sup>22</sup> La trasparenza dell'azione amministrativa, e quindi l'accessibilità dei relativi documenti, diventa un principio generale della pubblica amministrazione: la L. 15 cit. non ha solo positivizzato il principio di trasparenza ma ha ridisegnato l'istituto del diritto di accesso, che viene considerato il *minimum* indefettibile per assicurare a tutti sull'intero territorio nazionale il godimento del diritto alla trasparenza dell'azione amministrativa.

Le applicazioni dei canoni di pubblicità e trasparenza sono assai numerose. Innanzitutto, esse presidiano l'obbligo di motivazione<sup>23</sup>, l'accesso ai documenti amministrativi, nonché l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento e la seguente partecipazione del privato al procedimento stesso<sup>24</sup>. Ed invero, le finalità delle garanzie procedurali imposte dalla L. 241/1990, e segnatamente della comunicazione dell'avvio del procedimento, vanno individuate nell'esigenza di assicurare piena visibilità all'azione amministrativa al momento stesso del suo esercizio, e di garantire al contempo, per il tramite del principio del contraddittorio, la partecipazione del destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione.

Con riferimento al "rapporto" tra principio di pubblicità e principio di trasparenza, in dottrina si è affermato che l'aver espressamente previsto tale ultimo principio tra i criteri informatori dell'agere pubblico, nulla ha innovato in ordine alla portata della L. 241 cit., che già conteneva precetti mirati alla conoscibilità esterna dell'azione amministrativa da parte degli interessati e dei destinatari degli atti.

*I due principi sono sovrapponibili?*

Secondo altra parte della dottrina, invece, i due principi sono solo parzialmente sovrapponibili. Più precisamente, **la trasparenza, rispetto alla pubblicità evoca anche una dimensione del "render conto"<sup>25</sup> da parte della p.a. nei confronti della collettività** (c.d. *accountability*), che serve a mantenere oneste le organizzazioni e contribuisce a dare fiducia all'opinione pubblica.

Non a caso, la recente riforma della p.a. ha declinato una nuova accezione di trasparenza: il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, recante "Attuazione della

*La c.d. "trasparenza totale"*

<sup>23</sup> Nell'ambito delle procedure concorsuali, è imposto alle commissioni esaminatrici di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio "se non attraverso diffuse esternazioni verbali relative al contenuto delle prove, quantomeno, mediante taluni elementi che concorrano a integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica. Il rispetto dei principi suddetti impone che al punteggio numerico si accompagnino ulteriori elementi sulla scorta dei quali sia consentito ricostruire ab externo la motivazione del giudizio valutativo; tra questi, particolare significato assume la predeterminazione dettagliata e puntuale dei criteri di valutazione" (Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2008, n. 2128).

<sup>24</sup> Nel settore degli appalti, i principi di pubblicità e trasparenza devono considerarsi prevalenti rispetto a quello della conservazione degli effetti giuridici e della tutela dell'affidamento del terzo circa la regolarità delle operazioni di gara. Essi, invero, "non possono evidentemente valere a sacrificare il rispetto di fondamentali adempimenti di natura formale, quali quelli concernenti l'idonea comunicazione, a tutti i concorrenti, delle notizie circa il tempo ed il luogo dello svolgimento delle sedute di gara, destinate ad essere pubbliche" (Tar Campania – Napoli, sez. I, 31 gennaio 2008, n. 448). Nell'ambito di svolgimento di quest'ultima, poi, particolare rilievo assume la seduta della Commissione di gara fissata per l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche dei partecipanti alla gara, onde consentire ai concorrenti l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante. Ne consegue che, anche in assenza di specifiche previsioni della *lex specialis*, la violazione del principio di pubblicità, indotta dalla mancata tardiva comunicazione ad uno o più concorrenti della data di svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte economiche, "costituisce vizio insanabile della procedura, il quale si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti" (Tar Basilicata – Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72).

<sup>25</sup> Le dimensioni del "render conto" sono svariate ed obbligano la p.a. a rispettare non solo il principio di pubblicità, ma anche i principi di completezza di informazione, affidabilità, chiarezza di linguaggio (v., ad esempio, l'art. 53 del D.Lgs. n. 82/2005).

legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni”, al comma 1 dell’art. 11, riprendendo le indicazioni già offerte dai commi 6 e 7 dell’art. 4 della legge delega, definisce la trasparenza come “accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all’utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell’attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità”.

Si tratta di una nozione diversa e più ampia rispetto a quella contenuta negli articoli 22 e ss. della legge n. 241. L’accessibilità totale, a differenza del diritto di accesso, non è qualificata dalla titolarità di un interesse né presuppone dei requisiti particolari, ma, in quanto espressione della libertà di informazione, implica la possibilità per collettività tutta di accedere alle informazioni pubbliche relative ad ogni aspetto dell’organizzazione e dell’attività, in modo che si possa realizzare quel controllo esterno e diffuso di legittimità dell’azione amministrativa, che l’art. 24, comma 3 della legge n. 241, vieta in materia di accesso.

La trasparenza totale assolve ad una finalità ben precisa che è la lotta alla corruzione, ricavabile anche dalla Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003, ratificata dall’Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116, che in molti articoli fa riferimento alla trasparenza (7, 8, 10, 13). Difatti, una società “opaca” “genera il cono d’ombra entro cui possono trovare spazio quei fatti di corruzione o di concussione”<sup>26</sup>, che producono “l’effetto, non voluto, di generare un clima di sospetto, una nebbia mefitica che sembra tutto avvolgere e genera sfiducia da parte dei cittadini”<sup>27</sup>.

*Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83* In ultimo va evidenziato che un’applicazione del principio di trasparenza è stata effettuata con l’adozione del recentissimo D.L. 22 giugno 2012, n.83, convertito, con modificazioni, con L. 7 agosto 2012, n.134. Al titolo II è disposta l’adozione di misure urgenti per l’agenda digitale e la trasparenza nella pubblica amministrazione.

In particolare, al comma 1 è previsto che: “La concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese e l’attribuzione dei corrispettivi e dei compensi a persone, professionisti, imprese ed enti privati e comunque di vantaggi economici di qualunque genere di cui all’articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ad enti pubblici e privati, sono soggetti alla pubblicità sulla rete *internet*, ai sensi del presente articolo e secondo il principio di accessibilità totale di cui all’articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150”.

Al comma 4 è infine specificato che: “Le disposizioni del presente articolo costituiscono diretta attuazione dei principi di legalità, buon andamento e imparzialità sanciti dall’articolo 97 della Costituzione”.

<sup>26</sup> Relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2009 del Presidente della Corte di Conti Tullio Lazzaro - Roma, 11 febbraio 2009, in “Giornale di diritto amministrativo”, 5 (2009), 453.

<sup>27</sup> Relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2009 del Presidente della Corte di Conti Tullio Lazzaro - Roma, 11 febbraio 2009, op. cit.

8.1. *La legge anticorruzione 6 novembre 2012, n.190: nuove misure volte a promuovere la trasparenza dell'attività amministrativa.*

Con l'approvazione della recentissima legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190, il Legislatore ha consegnato all'interprete e agli operatori un testo di riforma estremamente eterogeneo, che ha raccolto grande attenzione con riguardo alle disposizioni di carattere penale, ma che introduce novità sicuramente più rilevanti con riguardo al settore dell'amministrazione pubblica.

La legge anticorruzione si inserisce nel solco tracciato dalle riforme dell'ultimo ventennio che attuano una profonda ristrutturazione del sistema dei controlli, promuovendo un **progressivo passaggio dal controllo sugli atti**, retaggio di moduli organizzativi ormai recessivi, **al controllo di gestione**, finalizzato a raffrontare obiettivi programmati e risultati concretamente raggiunti, in un'ottica collaborativa più che sanzionatoria.

Con la legge anticorruzione si introducono, in particolare, misure incisive, volte a promuovere la **trasparenza** dell'attività amministrativa con lo scopo di **prevenire e reprimere** la corruzione e l'illegalità nella p.a.

Tre i principi cardine che hanno ispirato le disposizioni contenute nel provvedimento: **legalità, trasparenza e meritocrazia**.

Va specificato che, con l'approvazione della legge 6 novembre 2012, n.190, il nostro paese si adegua a due Convenzioni. La prima Convenzione, oggetto di ratifica con la legge 28 giugno 2012, n. 110, è la **Convenzione penale di Strasburgo** del 1999 sulla corruzione che impegna, in particolare, gli Stati a prevedere l'incriminazione di fatti di corruzione attiva e passiva tanto di funzionari nazionali quanto stranieri; di corruzione attiva e passiva nel settore privato; del cosiddetto traffico di influenze; dell'autoriciclaggio. La seconda ratifica riguarda la **Convenzione civile sulla corruzione di Strasburgo** del 1999 (ora legge 28 giugno 2012, n. 112) ed è diretta, in particolare, ad assicurare che negli Stati che la ratificano siano garantiti rimedi giudiziali efficaci in favore delle persone che hanno subito un danno risultante da un atto di corruzione.

I principali punti rispetto ai quali interviene la legge sono i seguenti: è individuata nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (*Civit*) l'**Autorità nazionale anticorruzione** (il ruolo è, attualmente, ricoperto dal Dipartimento della funzione pubblica); sono dettate specifiche misure volte alla **trasparenza dell'attività amministrativa**, compresa l'**attività relativa agli appalti pubblici** e al ricorso ad arbitri, e nell'**attribuzione di posizioni dirigenziali** oltre a **misure per l'assolvimento di obblighi informativi ai cittadini** da parte delle pubbliche amministrazioni; è dettata una più stringente **disciplina delle incompatibilità**, cumulo di impieghi e incarichi di dipendenti pubblici ed è affidata al Governo la definizione di un **codice di comportamento dei pubblici dipendenti**; è delegato il Governo all'adozione di un testo unico in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo a seguito di condanne definitive per delitti non colposi; è prevista la tutela del pubblico dipendente che denuncia o riferisce condotte illecite apprese in ragione del suo rapporto di lavoro; sono

elencate le attività d'impresa particolarmente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa; è ampliato il catalogo dei reati alla cui condanna consegue, per l'appaltatore, la risoluzione del contratto con una pubblica amministrazione; è previsto un obbligo di adeguamento per Regioni ed enti locali; è prevista una più restrittiva disciplina del "fuori ruolo" per i magistrati e gli avvocati dello Stato; è reso più incisivo il giudizio di responsabilità amministrativa nei confronti del dipendente pubblico che ha causato un danno all'immagine della p.a.; sono dettate nuove cause ostative alle candidature negli enti locali e nuovi casi di decadenza o sospensione dalla carica; sono previste misure organizzative da parte delle amministrazioni in caso di rinvio a giudizio di un dipendente per concussione per induzione.

Con riguardo alla **valorizzazione della trasparenza**, numerose sono le disposizioni di interesse. All'art. 1, comma 15, è stabilito che "Ai fini della presente legge, la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce **livello essenziale delle prestazioni** concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, secondo quanto previsto all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150, è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti *web* istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali. Nei siti *web* istituzionali delle amministrazioni pubbliche sono pubblicati anche i relativi bilanci e conti consuntivi, nonché i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini. Le informazioni sui costi sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ne cura altresì la raccolta e la pubblicazione nel proprio sito *web* istituzionale al fine di consentirne una agevole comparazione".

È poi previsto, al comma 16, che: "Fermo restando quanto stabilito nell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come da ultimo modificato dal comma 42 del presente articolo, nell'articolo 54 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, nell'articolo 21 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e successive modificazioni, e nell'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, le pubbliche amministrazioni assicurano i **livelli essenziali** di cui al comma 15 del presente articolo con particolare riferimento ai procedimenti di: a) autorizzazione o concessione; b) **scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi**, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163; c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; d) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'articolo 24 del citato decreto legislativo n.150 del 2009".