

GIUSEPPE MONTANA



NOZIONI DI DIRITTO
AMMINISTRATIVO

GIUSEPPE MONTANA

NOZIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO



Copyright

Titolo del libro: Nozioni di Diritto Amministrativo

Autore: Giuseppe Montana

© 2017, Giuseppe Montana

Self publishing

TUTTI I DIRITTI RISERVATI. La riproduzione, anche parziale, di adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo, non è consentita senza la preventiva autorizzazione scritta dell'Autore per tutti i Paesi. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'Autore.

Indice

Capitolo I.

Nozioni preliminari.

1. La funzione dello Stato e dei diversi poteri in cui esso si articola.	7
2. Definizione dell'attività amministrativa e corollari derivanti da tale definizione.	8
2.1. Definizione.	8
2.2. Primo corollario: la pubblica amministrazione può perseguire solo l'interesse pubblico specificamente individuato dalla legge e con il potere attribuitole dalla legge.	9
2.3. Secondo corollario: la titolarità dell'interesse pubblico perseguito dalla pubblica amministrazione appartiene al popolo.	10
3. I principi generali che regolano l'attività della pubblica amministrazione. ...	13

Capitolo II

I principi generali dell'azione amministrativa elaborati dell'ordinamento giuridico nazionale.

1. La norma fondamentale dei principi generali di diritto amministrativo.	15
2. Principio di legalità.	16
2.1. Definizione.	16
2.2. Forza cogente del principio di legalità.	17
2.3. Conseguenze derivanti dal principio di legalità.	19
2.4. Tipicità e nominatività.	20
2.5. Esecutorietà degli atti amministrativi.	22
2.6. Fondamento normativo del principio di legalità.	24
3. Principio di imparzialità.	25
3.1. 3.1. Definizione ed ambito di operatività del principio di imparzialità.	25
3.2. Conseguenze del principio di imparzialità sull'esercizio dell'azione amministrativa.	28
3.3. Fondamento normativo del principio di imparzialità.	29
4. Principio di buon andamento (o di buona amministrazione).	30
4.1. Definizione e criteri di declinazione del paradigma del principio di buon andamento.	31
4.2. Refluenze del principio di buon andamento sul campo della legittimità amministrativa.	31
4.3. Limiti alla refluenza principio di buon andamento nel campo della legittimità amministrativa.	35
4.4. Conclusioni.	36

NOZIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

5.	Principio di ragionevolezza ovvero di coerenza logica.	36
5.1.	Definizione.	36
5.2.	I diversi casi di illogicità.	37
5.3.	Conclusioni.	38
6.	Principio di pubblicità e di trasparenza.	39
6.1.	Definizione.	39
6.2.	Prima fase prelegislativa.	40
6.3.	Seconda fase legislativa, rappresentata dalla l. 241/90.	41
6.4.	Terza fase legislativa, rappresentata dall'art. 10 d.lgs. 267/2000.	47
6.5.	Quarta fase legislativa, rappresentata dal d.lgs. 33/2013.	48
6.6.	Pregi e limiti del principio di pubblicità e di trasparenza.	53

Capitolo I.

Nozioni preliminari.

1. La funzione dello Stato e dei diversi poteri in cui esso si articola.

Lo Stato ha la funzione di perseguire gli interessi generali della collettività.

Questa attività viene perseguita dallo Stato attraverso l'esercizio di diversi poteri, che possono così riassumersi: potere politico (non riconosciuto dall'ordinamento in forma autonoma, ma sotto la specie dei partiti politici), potere legislativo, potere amministrativo e potere giudiziario.

Il potere politico ha la funzione di individuare, tra le tante finalità che potenzialmente sono degne di essere perseguite, quei fini che a suo giudizio ritiene che il potere legislativo potrà prendere in considerazione quali interessi pubblici della collettività.

Il potere legislativo ha pertanto la funzione di esaminare i fini individuati dal potere politico, per verificare se il loro valore sociale sia tale da consentire il loro riconoscimento come interessi pubblici e quindi come appartenenti all'intera collettività statale. In caso positivo, formalizza tali fini, come interessi pubblici, in apposite norme di legge o atti ad essa equiparati.

Il potere amministrativo ha, invece, la funzione di portare a concreta esecuzione i fini individuati dal potere politico e formalizzati dal potere legislativo come interessi generali della collettività.

Infine, il potere giudiziario ha la funzione di tutelare i predetti fini nel caso in cui il potere amministrativo non li persegue, ovvero quando singoli soggetti interni alla stessa P.A. ovvero terzi soggetti esterni alla stessa P.A. non consentano a quest'ultima di perseguirne la loro realizzazione.

2. Definizione dell'attività amministrativa e corollari derivanti da tale definizione.

2.1. Definizione.

Dopo avere verificato la funzione dei vari poteri dello Stato, in questa sede, è opportuno soffermarsi sulla funzione esercitata da uno di questi poteri e precisamente da quello amministrativo. Quest'ultimo, infatti, esercita ciò che comunemente viene definita come "attività amministrativa".

Volendo fornire una definizione dell'attività amministrativa, questa si può qualificare come costituita dal complesso di atti e comportamenti che vengono posti in essere dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della sua funzione amministrativa, cioè per curare quei specifici interessi pubblici la cui tutela (ma non la titolarità) le viene affidata dalla legge, tutela che la P.A. deve esercitare in forza di uno specifico potere di cui la stessa legge gliene attribuisce la titolarità.

Da questa succinta definizione dell'attività amministrativa, sostanzialmente, si possono desumere due distinti corollari, in forza dei quali si può affermare rispettivamente che:

- la pubblica amministrazione può perseguire solo quell'interesse pubblico la cui tutela le viene specificamente affidata dalla legge e può esercitare tale tutela solo in forza di quello specifico potere amministrativo di cui la stessa legge gliene riconosce la titolarità;
- la titolarità di tale interesse pubblico non appartiene alla pubblica amministrazione (che si limita a curarlo), bensì alla collettività dei consociati.

2.2. Primo corollario: la pubblica amministrazione può perseguire solo l'interesse pubblico specificamente individuato dalla legge e con il potere attribuitole dalla legge.

Come appena detto, il primo corollario porta ad affermare che la P.A. può perseguire solo l'interesse pubblico attribuito dalla legge alla sua tutela e lo può perseguire solo con il potere conferitole dalla stessa legge.

In proposito, si rileva che il corollario in esame in verità non è altro che l'anticipazione del principio di legalità (di cui si avrà modo di meglio parlare nel successivo capitolo) e postula che la pubblica amministrazione non può perseguire qualsiasi interesse, anche se riconosciuto di rilevanza collettiva, ma può curare solo quello specifico interesse che la legge riconosce come pubblico e che affida alla sua tutela, unitamente al necessario potere per attendere alla sua cura. Quanto appena detto vale a dire che l'azione amministrativa è legittima solo quando ricorre una norma di legge (intesa in senso lato) che individua lo specifico interesse pubblico che viene affidato alla tutela della pubblica amministrazione e nel contempo attribuisce a quest'ultima l'appropriato potere amministrativo per perseguire tale sua tutela.

Tutto ciò comporta che l'attività della pubblica amministrazione (e quindi del potere amministrativo, che la esercita) non è del tutto libera, perché subisce dei penetranti limiti legislativi sia in ordine all'individuazione del fine da perseguire sia in merito all'attribuzione del potere con cui la P.A. deve perseguire tale fine.

Tuttavia, insieme alla migliore dottrina (Caringella), bisogna riconoscere che proprio questo fine vincolistico imposto all'attività della P.A. riesce a svolgere un duplice importante ruolo. Da un lato, garantisce alla collettività che l'azione amministrativa sia esercitata solo per i fini indicati dalla legge e quindi per quei fini che il legislatore riconosce come propri della generalità dei consociati. Mentre, dall'altro lato, costituisce un valido parametro per misurare la legittimità dell'azione amministrativa, che evidentemente sarà legittima solo nel caso in cui abbia perseguito il fine pubblico affidatole dalla legge.

Sempre per la stessa ragione di sottoposizione alla legge, l'attività amministrativa rivela un ulteriore elemento caratterizzante, individuato nel fatto che essa è meno libera dell'attività del potere politico. Ed invero, il potere politico

nell'individuare i fini da sottoporre al vaglio del potere legislativo risulta vincolato solo dai principi costituzionali, cioè la sua attività risulta solo costituzionalmente orientata senza ulteriori vincoli eteronomi. A fronte di ciò, invece, il potere amministrativo nel dispiegare la propria azione risulta vincolato non solo dai principi della Carta Fondamentale dello Stato e dal diritto comunitario, ma anche da tutte le altre norme di legge ordinarie. Queste ultime addirittura giocano un ruolo insostituibile, perché si configurano come norme attributive di potere, cioè come norme che legittimano la P.A. nella sua azione, nel senso che individuano l'interesse pubblico affidato alla sua cura e le attribuiscono lo specifico potere amministrativo per curarlo.

2.3. Secondo corollario: la titolarità dell'interesse pubblico perseguito dalla pubblica amministrazione appartiene al popolo.

L'altro corollario derivante dalla definizione sopra fornita di attività amministrativa porta ad affermare che la titolarità degli interessi pubblici perseguiti dalla pubblica amministrazione non attiene a quest'ultima, ma spetta alla generalità dei consociati.

Ed infatti, si è già detto sopra che la pubblica amministrazione può perseguire solo gli interessi pubblici che le sono affidati in cura dalla legge e li persegue per mezzo del potere amministrativo che le viene attribuito dalla stessa legge.

Da tale assioma risulta evidente come i dati salienti che caratterizzano la norma attributiva di potere (concetto questo che racchiude l'assioma appena esposto) siano due:

- l'individuazione degli interessi pubblici che vengono "affidati" alla cura della P.A.;
- l'"attribuzione" di potere alla stessa P.A. per perseguire questa tutela di interessi.

Tenuto conto di ciò, ne consegue che la legge si limita ad "affidare" gli interessi pubblici in tutela alla P.A. e non gliene riconosce la titolarità, con la conseguenza che la P.A. non diventa titolare di tali interessi ma semplice affidataria *ope legis*. Viceversa, la situazione cambia con riferimento al potere amministrativo esercitato per

perseguire tali interessi. Infatti, in questo caso la P.A. riceve dalla legge l'“attribuzione” di uno specifico potere per tutelare detti interessi. Trattandosi di un'“attribuzione” di potere e non di mero affidamento dello stesso, ne consegue che la P.A. viene riconosciuta titolare di detto potere e non semplice affidataria (come invece avviene per gli interessi pubblici che le vengono dati solo in cura). La riconferma di quanto appena detto si rinviene nel fatto che il sistema giuridico prevede che l'eventuale esercizio del potere amministrativo da parte di una P.A. diversa da quella specificamente individuata dalla legge determina l'illegittimità dell'azione amministrativa (sotto il profilo della nullità o dell'annullabilità). Ciò dipende proprio dal fatto che la singola P.A. individuata dalla legge risulta titolare e non semplice affidataria dello specifico potere riconosciutole dalla stessa legge.

In definitiva, quindi, si può dire che la pubblica amministrazione è titolare del potere amministrativo riconosciutole dalla legge, ma non è anche titolare dell'interesse pubblico perseguito per il tramite di questo suo potere.

A questo punto, però, ci si chiede a chi appartiene la titolarità di detti interessi pubblici?

Su tale punto non possono sussistere dubbi, perché la Costituzione al suo articolo 1, comma 2, sancisce che *“La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”*. Con questa statuizione costituzionale viene riconosciuto che spetta al popolo la titolarità del supremo potere dello Stato e quindi anche delle finalità (*rectius*: interessi pubblici) che esso persegue.

Tale conclusione viene peraltro avvalorata dall'art. 98, comma 1, Cost., laddove viene stabilito che *“I pubblici impiegati sono a servizio esclusivo della Nazione”*.

Questa norma infatti assume un duplice significato. Innanzitutto, nel suo significato più evidente, afferma che i pubblici impiegati devono rimanere indipendenti da ogni pressione ed intervento eteronomo, dovendo essere sempre al servizio esclusivo della Nazione. Fermo restando tale evidente conclusione, la norma *de qua* esprime anche l'ulteriore significato per il quale l'attività dei pubblici dipendenti non è esercitata nell'interesse dell'organizzazione cui appartengono (cioè la P.A.) o peggio ancora per conto proprio, ma si tratta di un servizio che viene da essi esercitato in nome e per conto della Nazione e quindi del popolo. Ciò equivale a dire

che il risultato di tale servizio (cioè gli interessi pubblici con esso perseguiti) appartiene al popolo.

Le predette argomentazioni dimostrano che la titolarità dell'interesse pubblico rimane sempre in capo alla collettività dei cittadini (intesi *uti universi*) e la pubblica amministrazione si limita solo a curare tale interesse per conto della collettività, utilizzando per ciò stesso il modello classico della democrazia indiretta.

In verità, questo sistema di esercizio indiretto della democrazia non si limita a caratterizzare il solo rapporto tra P.A. e cittadini nel senso appena detto, secondo cui la P.A. cura gli interessi pubblici per conto del popolo, che ne risulta essere il vero titolare. Infatti, tale modello di democrazia indiretta caratterizza anche l'intera filiera che parte dal riconoscimento, ad opera del legislatore, di determinati fini come interessi pubblici della collettività e dal contestuale riconoscimento della loro titolarità in capo al popolo, per arrivare al loro affidamento in cura alla P.A. .

Per meglio capire quanto appena detto, si deve precisare che il popolo, pur essendo titolare degli interessi pubblici perseguiti dalla P.A., non partecipa in via diretta al loro formale riconoscimento nel mondo del diritto, cioè non provvede con proprie determinazioni dirette ed immediate a recepire detti interessi come quelli propri della collettività (come invece avveniva nell'antica Grecia con il modello primordiale della democrazia diretta). Il popolo partecipa solo in via indiretta al loro riconoscimento, attribuendo al legislatore, da esso eletto, il potere di individuazione degli interessi da classificarsi come pubblici. A sua volta, il legislatore, facendo uso di tale potere di rappresentanza conferitogli dal popolo, riconosce la rilevanza pubblica di un dato interesse, riconoscendone (ai sensi degli artt. 1 e 98 Cost.) la titolarità alla collettività statale e non alla P.A., ma nel contempo, però, individua anche l'articolazione della pubblica amministrazione che deve provvedere alla cura di detto interesse pubblico per conto della collettività.

Risulta evidente come la predetta tecnica utilizzata per individuare gli interessi pubblici e per provvedere alla loro tutela si avvale del sistema della rappresentanza indiretta ed è proprio con tale meccanismo tecnico che si fa permanere la titolarità degli interessi pubblici in capo al popolo.

3. I principi generali che regolano l'attività della pubblica amministrazione.

Come già sopra detto, la definizione fornita di attività amministrativa comporta che l'azione della pubblica amministrazione non può essere esercitata liberamente, ma deve essere esercitata nel rispetto della legge.

A questo punto, però, dopo avere dimostrato l'obbligo della sottoposizione dell'attività amministrativa alla legge, occorre precisare che in questo caso il termine legge viene inteso in senso lato, perché viene utilizzato con una sorta di dualismo di significato.

In primo luogo, con esso si fa riferimento alla c.d. norma attributiva di potere, cioè la norma che individua gli interessi pubblici da perseguire, ne affida la tutela alla P.A. e riconosce a quest'ultima il potere amministrativo per curarli. Tale norma può derivare dalla legge in senso formale, dagli atti aventi forza di legge (decreti leggi, decreti legislativi), dalla normazione secondaria e quindi da decreti ministeriali, regolamenti, statuti ecc..

In secondo luogo, con il termine "legge" si fa pure riferimento a quel complesso di principi giuridici che trovano il loro fondamento in espresse norme di legge, ovvero nell'esame logico sistematico di queste ultime, ovvero ancora nell'elaborazione della giurisprudenza nazionale ed europea, che molto spesso non ha fatto altro che recepire le più accreditate istanze dottrinarie. Si fa qui riferimento ai principi generali che disciplinano l'azione amministrativa e che hanno come finalità ultima quella di evitare un esercizio arbitrario, iniquo, illogico, sproporzionato ed opaco dei pubblici poteri, in modo da garantirne invece il loro corretto e prudente esercizio in conformità ai parametri di legittimità amministrativa.

I principi più ricorrenti nella predetta elaborazione dottrina e giurisprudenziale (nazionale ed europea) sono i seguenti:

- principio di legalità;
- principio di imparzialità;
- principio di buona amministrazione;
- principio di ragionevolezza, di logica e coerenza;

- principio di trasparenza e pubblicità;
- principio di proporzionalità;
- principio di certezza dei rapporti giuridici e di legittimo affidamento;
- principio dell'irretroattività degli atti amministrativi;
- principio di precauzione;

Si ritiene opportuno precisare che i predetti principi non costituiscono un *numerus clausus*, cioè non hanno carattere tassativo ben potendo essere ampliati con l'introduzione di nuovi principi.

In un sistema di *civile law*, qual è il nostro ordinamento giuridico, ciò dovrebbe avvenire principalmente ad opera di nuove disposizioni di legge, ma non è escluso che il più delle volte possa avvenire (come molto spesso accade) anche per effetto dell'elaborazione giurisprudenziale. Infatti, spesso gli orientamenti giurisprudenziali in materia giuridica anticipano le previsioni legislative, stante che riescono più facilmente e velocemente a recepire le migliori istanze dottrinarie, ovvero riescono a farsi interpreti in modo più veloce dei continui mutamenti delle istanze sociali e questi mutamenti possono indurre l'elaborazione pretoria ad una nuova e più evoluta interpretazione di norme già esistenti, deducendovi così nuovi valori e principi degni di tutela giuridica.

Capitolo II

I principi generali dell'azione amministrativa elaborati dell'ordinamento giuridico nazionale.

1. La norma fondamentale dei principi generali di diritto amministrativo.

L'esame dei principi generali che disciplinano l'azione amministrativa non può che partire dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo (241/90), che così recita:

“1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge.

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per

straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria." .

Bisogna subito precisare che tale norma costituisce il risultato finale di un lungo travaglio dottrinale e giurisprudenziale, basato fondamentalmente sulla Costituzione e sul diritto comunitario. Quindi, per meglio cogliere il significato più profondo dei principi statuiti nel citato art. 1, bisogna sempre avere presente questa lunga elaborazione giuridica che si configura come la matrice elaborativa di detti principi.

Fatta questa breve premessa, si possono esaminare distintamente i singoli principi generali dell'azione amministrativa.

2. Principio di legalità.

2.1. Definizione

Il principio di legalità richiede che l'azione amministrativa deve essere esercitata nel rispetto della legge.

Più precisamente, il principio di legalità richiede che l'azione amministrativa è legittima solo quando sussiste una norma di legge (c.d. norma attributiva di potere), che attribuisca alla pubblica amministrazione procedente due condizioni legittimanti della sua azione:

- la cura dello specifico interesse pubblico per il quale la stessa pubblica amministrazione sta procedendo; (tale interesse viene definito dal Virga come la causa del potere esercitato il cui travisamento comporta l'illegittimità dell'azione amministrativa);
- la titolarità del potere amministrativo, finalizzato specificamente al perseguimento del predetto interesse pubblico.

In assenza di una sola di queste condizioni legittimanti viene a mancare la c.d. "norma attributiva di potere" e pertanto l'azione della pubblica amministrazione è illegittima.

E' bene subito precisare che la norma di legge attributiva di potere viene qui intesa in senso lato, cioè non si fa riferimento solo alla legge in senso formale (che è

quella approvata dal Parlamento), bensì si fa riferimento anche agli atti aventi forza di legge (decreti leggi, decreti legislativi) ed alla normazione secondaria, quali ad esempio decreti ministeriali, regolamenti, statuti, ecc...

2.2. Forza cogente del principio di legalità.

Avendo fornito la predetta definizione del principio di legalità, bisogna ora vedere qual'è l'intensità con cui detto principio esplica la sua forza cogente sull'esercizio dell'azione amministrativa.

In proposito, si rileva che nel corso del tempo si è ritenuto che il principio di legalità esplicasse sull'attività amministrativa una forza coattiva di diversa intensità.

In origine, si riteneva che per rispettare il principio di legalità fosse sufficiente che l'atto amministrativo non risultasse in contrasto con nessuna norma di legge. Ovviamente tale modo di pensare lasciava alla pubblica amministrazione il più ampio margine di discrezionalità operativa, perché per giustificare la legittimità del suo *agere* le sarebbe bastato dimostrare di non avere violato nessuna norma di legge.

Bisogna dire che, in effetti, ancora oggi nella pratica amministrativa (soprattutto sotto la spinta di alcune istanze politiche poco felici), spesso si intende sostenere che l'azione amministrativa è legittima sol perché non viene violata nessuna norma di legge. In verità, si tratta di istanze politiche (purtroppo non sempre disinteressate!) e che comunque non hanno alcuna valenza giuridica, ma trovano fondamento nel solo maldestro tentativo di coprire atti o comportamenti amministrativi che risultano privi di adeguata copertura da parte di una specifica norma di azione. Si tratta di malcelati tentativi che vorrebbero negare quanto invece risulta ormai assodato sia dalla dottrina che dalla stessa giurisprudenza costituzionale, per come si avrà modo di dimostrare nel proseguo del presente paragrafo.

Ed invero, in seguito alla primordiale interpretazione del principio di legalità già sopra descritta, si è ritenuto che per rispettare tale principio fosse necessario che l'atto amministrativo trovasse il suo fondamento in una specifica norma attributiva di potere. In base a questa consolidata corrente di pensiero, l'atto amministrativo per essere legittimo non è sufficiente che non risulti in contrasto con nessuna norma di legge ma è anche necessario che sussista una specifica norma di legge che attribuisca

alla pubblica amministrazione il potere di emanare quell'atto.

In altre parole, l'atto amministrativo è legittimo solo quando sussiste una norma attributiva di potere che lo sostiene. In sua assenza, verificandosi una carenza di potere della P.A., l'atto amministrativo è illegittimo e tale illegittimità assume la forma della nullità, se non addirittura quella dell'inesistenza dell'atto stesso inesistente (secondo quella parte della dottrina che sostiene la ricorrenza in diritto della categoria giuridica dell'inesistenza dell'atto).

Data per assodata la necessità di una norma attributiva di potere, si è però posto il problema di verificare quale doveva essere il contenuto di detta norma.

In proposito, autorevole dottrina (Casetta) ha precisato che il principio di legalità può essere inteso sia in senso formale che in senso sostanziale.

Inteso in senso formale, è sufficiente che la norma di legge attributiva di potere si limiti ad individuare sia lo specifico interesse pubblico affidato alla tutela della pubblica amministrazione sia il correlativo potere amministrativo finalizzato al perseguimento di detto interesse pubblico.

Inteso, invece, in senso sostanziale non è sufficiente che la norma di legge individui le due predette condizioni legittimanti dell'azione amministrativa (interesse pubblico e potere amministrativo), ma è anche necessario che stabilisca le modalità di esercizio del potere amministrativo ed il contenuto che deve avere l'atto amministrativo, frutto dell'esercizio di detto potere.

La Corte Costituzionale ha ripetutamente precisato che il principio di legalità deve essere inteso in senso sostanziale (cfr. ex plurimis sentenze 307/2003, 32/2009, 115/2011).

Infatti, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale un'interpretazione in senso formale del principio di legalità non sarebbe conforme ad uno Stato di diritto, perché lascerebbe alla pubblica amministrazione un ampio margine di discrezionalità nello stabilire le modalità di esercizio del potere e nella determinazione del contenuto dell'atto. In tal modo, si vanificherebbe la funzione del principio di legalità, perché formalmente sussisterebbe una norma di azione che sostiene l'attività amministrativa, ma di fatto detta attività risulterebbe del tutto affrancata dal predetto principio. Infatti, in questo caso le modalità di esercizio del potere e lo stesso contenuto dell'atto risulterebbero privi di un paradigma legislativo cui uniformarsi e di conseguenza

rimarrebbero nell'esclusiva disponibilità della discrezionalità amministrativa.

Il pericolo di vanificare il principio di legalità viene, invece, meno se si segue la sua interpretazione in senso sostanziale, per come propugnata dalla Corte Costituzionale. In questo caso, infatti, anche le modalità di esercizio del potere amministrativo ed il contenuto dell'atto in cui si concretizza l'esercizio di detto potere, sia pure nelle loro linee essenziali, avranno uno specifico aggancio con la norma attributiva di potere e da ciò ne consegue che l'intera azione amministrativa risulterà fondata sulla legge.

In definitiva, si può dire che il principio di legalità comporta che l'azione amministrativa deve essere esercitata nel rispetto della legge, precisando che tale norma di legge (csd norma attributiva di potere) non si deve limitare a prevedere le due condizioni legittimanti per l'esercizio del potere amministrativo (affidamento dell'interesse pubblico ed attribuzione del potere amministrativo) ma deve anche prevedere le modalità di esercizio di detto potere ed il contenuto dell'atto in cui l'esercizio di tale potere si concretizza.

2.3. Conseguenze derivanti dal principio di legalità.

Dall'assioma appena enunciato nella chiusura del precedente paragrafo, che sintetizza il principio di legalità, derivano tre importanti caratteri degli atti amministrativi:

- la tipicità e la nominatività degli atti amministrativi;
- il carattere eccezionale dell'esecutorietà degli atti amministrativi;
- l'irretroattività degli atti amministrativi.

I primi due caratteri testè indicati vengono subito esaminati in questa stessa sede.

Mentre, quello relativo all'irretroattività degli atti amministrativi sarà esaminato nel successivo capitolo che riguarda i principi di derivazione dal diritto comunitario. Ciò, nella considerazione che il carattere dell'irretroattività degli atti amministrativi presenta specifici punti di contatto con il principio di certezza dei rapporti giuridici, che per l'appunto è anch'esso di origine comunitaria.

2.4. Tipicità e nominatività.

Come più volte detto, in forza del principio di legalità, l'azione amministrativa è legittima solo in presenza di una norma attributiva di potere, che stabilisca l'interesse pubblico da perseguire ed attribuisca alla pubblica amministrazione il potere per perseguirlo.

Da tale fondamentale assioma deriva, come sua conseguenza diretta, che la pubblica amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può creare ed emanare qualunque atto amministrativo, ma si deve limitare ad emanare solo gli atti già previsti dalla stessa norma attributiva di potere.

Tale conclusione deriva dal fatto che l'esercizio del potere amministrativo si concretizza mediante l'emanazione di atti e, per tale ragione, questi atti non possono che trovare fondamento nella stessa norma di legge attributiva di potere. Infatti, diversamente opinando si dovrebbe sostenere che il potere amministrativo risulterebbe fondato su una data norma di legge (norma attributiva di potere), mentre l'atto, che ne costituisce il concreto esercizio, risulterebbe svincolato dalle previsioni di quest'ultima. Ma in questo caso, però, verrebbe violato il principio di legalità inteso in senso sostanziale, per il quale non è sufficiente che la norma di legge attribuisca il potere ma è anche necessario che essa stabilisca, nelle linee essenziali, le modalità del suo esercizio (e quindi pure il tipo di atto da utilizzare) ed addirittura anche il contenuto dell'atto stesso.

In altre parole, si vuole qui dire che la norma di legge, prevedendo l'attribuzione di potere alla P.A., automaticamente prevede anche l'atto amministrativo con cui tale potere deve essere esercitato, stante che esso risulta lo strumento con cui si concretizza l'esercizio del potere stesso. Per tale ragione, si parla di tipicità degli atti amministrativi, perché si tratta di atti che sono previsti (esplicitamente ovvero anche solo implicitamente) dalla stessa norma di legge che attribuisce alla pubblica amministrazione il potere amministrativo per perseguire lo specifico interesse pubblico affidato alla sua tutela.

In definitiva, si può dire che il carattere della tipicità comporta che la P.A. può emanare solo gli atti che sono previsti ovvero tipizzati dalla norma attributiva di potere e non può creare nuove tipologie di atti.

Per la stessa ragione testè precisata, si parla anche di nominatività degli atti amministrativi.

Infatti, come appena detto, per l'esercizio di ogni tipologia di potere amministrativo, la legge (cioè la norma attributiva di potere) prevede un determinato tipo di atto a cui è lo stesso legislatore che attribuisce uno specifico nome. E' proprio tale circostanza che induce a parlare di nominatività degli atti amministrativi.

Per essere più chiari, si può ricorrere ai seguenti esempi di atti nominati, dai quali si evince che:

- con l'atto nominato "concessione" si esercita il potere finalizzato alla costituzione e/o traslazione di diritti in favore dei destinatari del provvedimento;
- con l'atto nominato "autorizzazione" si esercita il potere finalizzato alla rimozione di un limite all'esercizio di un diritto di cui il destinatario del provvedimento è già titolare;
- con l'atto nominato "ordinanza" si esercita il potere finalizzato all'emanazione di ordini e divieti;
- con l'atto nominato "decreto" ovvero "determina" si esercita il potere finalizzato all'esercizio di atti di gestione;
- con l'atto nominato "decisione" si esercita il potere finalizzato a decidere istanze revisionali.

Dagli esempi appena riportati ne deriva che non risulterebbe conforme al principio di legalità (nella sua accezione di nominatività degli atti) utilizzare indifferentemente la concessione ovvero l'autorizzazione per emettere un provvedimento traslativo di diritti, pur essendo entrambi i provvedimenti previsti e tipizzati dalla legge. Ed invero, tale impossibilità deriva dal fatto che in questo caso il potere esercitato attiene al trasferimento di diritti e pertanto, per l'esercizio di tale potere, la legge attributiva di potere parlando di concessione di diritti impone (sia pure implicitamente) l'utilizzo del provvedimento denominato "concessione".

In conclusione, si può dire che la nominatività degli atti amministrativi comporta come sua diretta conseguenza l'impossibilità per la pubblica amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, di emanare un qualsiasi atto amministrativo tra quelli previsti o tipizzati dalla legge, ma deve emanare proprio

quell'atto specificamente previsto e denominato dalla norma attributiva di potere per l'esercizio di detto potere e per la cura dell'interesse pubblico cui il potere stesso è finalizzato (concessione, autorizzazione, ordinanza, decreto, determina, decisione, ecc...).

2.5. Esecutorietà degli atti amministrativi.

Per forza esecutoria degli atti amministrativi si intende il potere della pubblica amministrazione di portare ad esecuzione un atto amministrativo *iure imperii*, cioè facendo uso della propria potestà di imperio (e quindi direttamente con i propri mezzi e la propria organizzazione amministrativa), senza fare ricorso ad alcuna decisione dell'autorità giudiziaria.

Tuttavia, i provvedimenti amministrativi hanno carattere esecutorio solo nei casi espressamente previsti dalla legge e tale ultima circostanza si configura come una conseguenza diretta del principio di legalità.

Infatti, tale principio inteso in senso sostanziale, come più volte detto, richiede la sussistenza di una norma attributiva di potere che disciplini anche le modalità di esercizio del potere.

Ebbene, l'esecuzione dell'atto amministrativo in forma esecutoria (cioè mediante la potestà di imperio della pubblica amministrazione) costituisce per l'appunto manifestazione di una delle modalità di esercizio del potere amministrativo. Per tale ragione, il principio di legalità comporta che la forza esecutoria dell'atto amministrativo non è un principio generale insito nella stessa natura dell'atto amministrativo, cioè non è un carattere ricorrente nell'atto per il solo fatto che esso venga emesso dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della sua funzione amministrativa. Ma la sua forza esecutoria sussiste solo quando gli viene esplicitamente riconosciuta dalla norma attributiva di potere e non può, quindi, essere considerata come conseguenza automatica ed autoreferenziale dell'atto amministrativo.

Questa conclusione, che si desume come conseguenza diretta del principio di legalità, trova il suo espresso riconoscimento normativo nell'art. 21 ter della l. 241/90, secondo cui *“Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche*

amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge”.

E' evidente come il presente dettato legislativo abbia voluto recepire le istanze della giurisprudenza costituzionale, già sopra richiamate, secondo cui il principio di legalità richiede non solo la necessità di una norma di legge che attribuisca il potere di agire alla pubblica amministrazione, ma richiede anche la necessità che tale norma di legge disciplini le “modalità” di esercizio di tale potere. In altre parole, la norma in esame costituisce una conferma indiretta di quanto già detto dalla Corte Costituzionale e cioè che il principio di legalità deve essere inteso in senso sostanziale e non meramente formale.

Dopo avere fatto chiarezza sul carattere eccezionale dell'esecutorietà dell'atto amministrativo, per meglio comprenderne la portata si può fare riferimento ad alcuni esempi concreti in cui l'esecutorietà del provvedimento viene riconosciuta direttamente dalla legge.

In proposito, ci si può riferire al caso in cui la pubblica amministrazione ha il potere ed il dovere di procedere direttamente, quindi con la propria potestà di imperio, allo sgombero della sede stradale occupata abusivamente.

In questo primo caso, infatti, sussiste un'espressa norma di legge che l'abilita all'esercizio di tale suo potere esecutorio. Si fa qui riferimento, per l'appunto, agli artt. 20 e 211 d.lgs. 285/92 ed all'art. 3, comma 16, l. 94/2009, che rispettivamente attribuiscono al prefetto ed al sindaco (quest'ultimo limitatamente alle strade urbane) il potere di ordinare e di far eseguire esecutoriamente (coattivamente) lo sgombero della sede stradale occupata abusivamente.

Ed ancora, altra ipotesi di potere amministrativo esecutorio è quella prevista dagli artt. 31, 34 e 37, comma 6, d.p.r. 380/01, che attribuiscono al Comune il potere di eseguire direttamente le demolizioni degli immobili abusivi nell'ipotesi in cui questi non siano demoliti dagli autori di detti abusi entro il termine indicato nell'ordinanza di demolizione.

2.6. *Fondamento normativo del principio di legalità.*

Sul piano della legislazione ordinaria, il fondamento normativo del principio di legalità si rileva in modo piuttosto agevole nell'art. 1, comma 1, l. 241/90, secondo cui “*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*”.

Meno agevole risulta, invece, individuare il fondamento costituzionale del principio di legalità.

Le difficoltà sono dovute al fatto che, a differenza di quanto avviene nella legislazione ordinaria, la Costituzione invece non prevede una norma che riconosca in modo espresso tale principio. Pertanto, individuarne il suo fondamento costituzionale è stato compito della dottrina, che all'uopo si è ispirata al criterio ermeneutico dell'interpretazione logico-sistematica delle previsioni costituzionali.

In particolare, alcuni autori ritengono di poter individuare il fondamento del principio in esame in tutte quelle norme costituzionali che sanciscono una riserva di legge in favore dell'attività dispiegata dalla pubblica amministrazione nei confronti dei privati. Questa impostazione dottrinale fa riferimento a tutte quelle norme che subordinano l'esercizio del potere amministrativo alla ricorrenza di una norma di legge che abiliti la P.A. ad incidere sulle posizioni giuridiche soggettive attive dei suoi destinatari. Si fa qui riferimento agli artt. 13 e ss. della Costituzione, che, com'è noto, riconoscono e tutelano le c.d. libertà civili, sancendo che queste possono essere ristrette solo nei casi e con le modalità previste dalla legge. Si fa pure riferimento all'art. 23 della stessa Costituzione, che sancisce il divieto per la P.A. di imporre prestazioni personali o patrimoniali senza una disposizione di legge.

Incanalandosi in questa stessa corrente dottrinale, altri autori (Sandulli) individuano il fondamento costituzionale del principio in esame nell'art. 97 Cost., laddove sancisce una riserva di legge per l'organizzazione amministrativa. In proposito, Sandulli fa rilevare che se la riserva di legge vale per l'organizzazione dei pubblici uffici a maggior ragione deve valere per ciò che proviene da detta organizzazione e cioè per l'attività amministrativa.

Il *punctum pruriens* della prefata impostazione dottrinale, che fonda il principio di legalità sulle riserve di legge imposte dalla Costituzione in favore dell'attività amministrativa, si rivela in tutta la sua potenza nel fatto che, seguendo tale

teoria, il principio di legalità troverebbe applicazione nei soli casi in cui la Costituzione prevede una riserva di legge in favore della pubblica amministrazione. Mentre, al di fuori di tali casi, l'attività amministrativa risulterebbe affrancata dalla garanzia del predetto principio, con la possibilità di un libero (se non discrezionale) esercizio dell'azione amministrativa, tutto a discapito del suo corretto esercizio.

Per tale ragione, altri autori (Garofalo) ritengono che il principio di legalità trovi il suo fondamento costituzionale negli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Queste norme, infatti, riconoscono il diritto di ricorrere al Giudice contro ogni atto della pubblica amministrazione. Il Giudice, a sua volta, per decidere tali ricorsi (ai sensi dell'art. 101 Costituzione) è vincolato solo dalla legge, con la conseguenza che cesserà tutti quegli atti amministrativi che risulteranno emessi in contrasto con la legge.

Da tale ultima circostanza, secondo tale ragionamento dottrinale, ne deriva che in forza degli artt. 24 e 113 Cost. gli atti amministrativi non possono essere in contrasto con la legge, ma devono assoggettarsi a quest'ultima. La conseguenza ultima di tale ragionamento porta ad affermare che negli artt. 24 e 113 Cost. si deve rinvenire il fondamento del principio di legalità, sia pure espresso in forma mediata e non diretta.

3. Principio di imparzialità.

3.1.3.1. Definizione ed ambito di operatività del principio di imparzialità.

Il principio di imparzialità richiede che l'attività amministrativa deve essere esercitata in modo equo e giusto, senza perpetrare alcuna discriminazione nei confronti dei suoi destinatari. Ciò significa che l'azione amministrativa per essere legittima non è sufficiente che sia supportata da una norma attributiva di potere (cioè non è sufficiente che sia rispettato il principio di legalità), ma deve anche essere esercitata con equità di comportamento di modo che non risulti discriminatoria e quindi, per ciò stesso, si deve esercitare nel rispetto del principio di imparzialità.

E' opportuno precisare che il principio di imparzialità, intervenendo

sull'esercizio dell'attività amministrativa mediante il parametro dell'equità, viene a disciplinare due distinti rapporti:

- il rapporto tra la pubblica amministrazione agente ed i soggetti, pubblici o privati, con i quali essa entra in contatto con l'esercizio della sua attività amministrativa;
- l'attività del legislatore finalizzata a disegnare la linea di confine tra il potere politico e quello dirigenziale.

Con riferimento al primo dei due rapporti, il principio di imparzialità opera con una sorta di dualismo e cioè si riferisce sia ai rapporti intercorrenti tra gli stessi cittadini venuti a contatto con la pubblica amministrazione, sia ai rapporti che vengono ad instaurarsi tra quest'ultima ed i cittadini.

Ed invero, il principio in esame impone che la pubblica amministrazione non deve attuare alcuna discriminazione tra i soggetti, pubblici e privati, che volutamente o meno rimangono coinvolti nell'esercizio della sua azione, ma rispetto agli stessi deve mantenere una posizione di assoluta equidistanza. Allo stesso modo, il predetto principio di imparzialità richiede che la pubblica amministrazione deve usare la medesima equità nei rapporti che instaura tra essa stessa ed i soggetti con i quali entra in contatto durante la sua attività amministrativa.

Bisogna, però, subito precisare che questo obbligo di equità, nascente per l'appunto dal principio di imparzialità, non trasforma la pubblica amministrazione in soggetto terzo rispetto agli altri soggetti con i quali entra in rapporto dialettico, perché la P.A. non assume la funzione di giudice *super partes*, ma essa stessa è parte in causa nel rapporto giuridico intercorrente con i soggetti destinatari della sua azione.

Infatti, in tale rapporto giuridico la pubblica amministrazione non è priva di interesse, ma è portatrice dell'interesse pubblico per il quale agisce e che viene affidato alla sua cura dalla norma attributiva di potere. Ebbene, può verificarsi (come spesso avviene) che tale interesse risulti in contrasto con gli interessi di altri soggetti pubblici o privati, con i quali si instaura un rapporto giuridico (che si concretizza nel procedimento amministrativo) volto a comporre, per quanto possibile, detti contrasti. Per le ragioni appena espresse, risulta evidente che la pubblica amministrazione non può essere considerata soggetto terzo rispetto ai destinatari (diretti o indiretti) della sua azione, ma essa è parte in causa.

Tuttavia, l'applicazione del principio di imparzialità comporta che la pubblica amministrazione, pur essendo parte in causa, nel dispiegare l'attività di cura di detto suo interesse pubblico deve comunque far ricorso a quella equità necessaria che le permetta di farlo prevalere solo dopo aver individuato tutti gli altri interessi (pubblici o privati) con esso confliggenti ed averli adeguatamente valutati, adottando inoltre l'unica soluzione in grado di determinare il minor sacrificio possibile per tali interessi contrastanti.

Avendo fatto chiarezza sulla prima tipologia di rapporto su cui incide il principio di imparzialità, non resta che esaminare l'altra tipologia di rapporto su cui esso stesso agisce.

In proposito, si è già detto sopra che l'altra attività su cui incide il principio di imparzialità è quella legislativa. Per meglio comprendere la sua dinamica di intervento sull'attività legislativa, in via preliminare, bisogna considerare che il principio di imparzialità richiede che l'azione amministrativa sia esercitata in modo libero da ogni condizionamento eteronomo, perché solo in questo modo si può garantire che venga esercitata secondo equità e nel rispetto della legge.

Ebbene, una delle condizioni in grado di garantire la libertà di azione della pubblica amministrazione si rinviene nella piena differenziazione tra le funzioni di indirizzo e controllo, riservate alla *governance* politica, e le funzioni gestionali-attuative proprie del *management* amministrativo. Infatti, solo con tale separazione di funzioni si potrà avere una organizzazione amministrativa scevra da ogni condizionamento politico e quindi in grado di dispiegare la propria attività con equità operativa ed in piena autonomia ed indipendenza gestionale.

Da tali considerazioni ne consegue che la Corte costituzionale, con la sentenza 81/2013, ha precisato che il legislatore, nel segnare la linea di demarcazione tra le competenze del potere politico e quelle del potere gestionale, non può assumere scelte irrazionali e comunque tali da compromettere l'effettiva separazione di competenze tra questi due poteri. Infatti, una tale evenienza comprometterebbe l'imparzialità dell'organizzazione amministrativa e mediamente a ciò inclinerebbe l'operatività del principio di imparzialità, perché favorirebbe la deriva verso nebulose commistioni tra i due poteri con immancabile nocumento per l'autonomia dell'attività amministrativa ed in definitiva per il suo corretto esercizio secondo equità.

Da quanto appena detto ne consegue che l'attività di produzione legislativa finalizzata a segnare i confini tra *governance* e *management* deve necessariamente informarsi al principio di imparzialità.

3.2. Conseguenze del principio di imparzialità sull'esercizio dell'azione amministrativa.

Dopo avere definito l'essenza ontologica del principio di imparzialità ed il suo ambito di azione, occorre verificare le sue dirette e concrete implicanze sull'esercizio dell'attività amministrativa.

Infatti, costituiscono diretto portato del principio in esame molte previsioni normative, che in origine erano nate come frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e successivamente invece sono state cristallizzate nella legge generale sul procedimento amministrativo (l. 241/90).

In particolare, si fa qui riferimento alle seguenti disposizioni:

- all'obbligo di motivare gli atti amministrativi (art. 3), al fine di rendere manifesto che non è stata perpetrata alcuna discriminazione, ma che si è agito nella piena equità;
- all'obbligo di integrazione del contraddittorio, per garantire pari condizioni di difesa a tutti i soggetti coinvolti nell'azione amministrativa, mettendoli nelle condizioni di esprimere e far valere le rispettive posizioni giuridiche soggettive (artt. 7, 8, 9 e 10);
- all'obbligo di completezza dell'istruttoria procedimentale, in modo da individuare e ponderare tutti gli interessi (pubblici o privati) che confliggono con l'interesse pubblico primario per la cui tutela la pubblica amministrazione procede (artt. 6, 9, 10 e 10 bis); in questo modo si riconosce pari dignità di tutela a tutti gli interessi coinvolti nel procedimento amministrativo;
- all'obbligo per tutti i soggetti pubblici coinvolti nel procedimento di astenersi in caso di conflitto di interessi, onde evitare che l'azione amministrativa possa ritenersi viziata da interessi personali di cui possono essere portatori i rappresentanti dei pubblici poteri (art. 6 bis).

3.3. *Fondamento normativo del principio di imparzialità.*

Il principio di imparzialità trova il suo fondamento normativo sia nella Costituzione che nella legislazione ordinaria.

Per quanto attiene quest'ultima, il principio in questione viene espressamente riconosciuto dall'art. 1, comma 1, l. 241/90 quale criterio generale dell'azione amministrativa. Da tale riconoscimento ne consegue che il legislatore attribuisce carattere immediatamente precettivo a tale principio, considerandolo come uno dei criteri alla stregua del quale bisognerà valutare la legittimità dell'azione amministrativa. In tal senso, la norma in esame ha posto fine a tutte le precedenti dispute dottrinali sul carattere precettivo ovvero meramente programmatico del principio in parola, stante che in precedenza lo si faceva derivare solo dall'art. 97 della Costituzione.

Ed invero, a differenza di quanto avviene per il principio di legalità, che non trova un suo espresso riconoscimento costituzionale, invece il principio di imparzialità trova *expressis verbis* riconoscimento e tutela nel citato art. 97 della Costituzione, ove viene sancito che *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati ... l'imparzialità dell'amministrazione”*.

Si è portati a ritenere che questa norma costituzionale solo a prima vista sembrerebbe riferire il principio di imparzialità alla sola organizzazione amministrativa, mentre, a ben vedere, lo stesso principio si deve ritenere esteso anche all'attività amministrativa. Infatti, se l'organizzazione della pubblica amministrazione deve essere fondata sul parametro dell'imparzialità (che la Corte Costituzionale definisce come valore essenziale - cfr. sent. 34/85 e sent. 333/93-) ne consegue, *ipso facto*, che anche l'attività disimpegnata da questa organizzazione imparziale non può che essere equa e priva di inferenze discriminatorie.

Il principio in esame, oltre a trovare espressa e diretta dignità costituzionale nel citato art. 97, comma 2, Cost., trova altresì riscontro (sia pure indiretto) in altre norme costituzionali.

In primo luogo, il principio di imparzialità trova riconoscimento anche nell'art. 3 Cost., che, sancendo il principio di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, indirettamente impone alla pubblica amministrazione il divieto di discriminazione nei

confronti di coloro con i quali viene in contatto nell'esercizio dei suoi pubblici poteri. Da ciò se ne desume che l'art. 3 Cost. sancisce, sia pure indirettamente, l'obbligo per la pubblica amministrazione di informare la sua azione amministrativa al principio di imparzialità.

Allo stesso modo, il principio di imparzialità trova riscontro indiretto anche in altre norme della Costituzione, la cui finalità ultima è quella di garantire un'organizzazione amministrativa libera da condizionamenti esterni ed auto referenziata per il solo fatto di essere costituita da soggetti dotati della migliore preparazione professionale.

Ed invero, tali requisiti di autonomia operativa e di professionalità costituiscono le due condizioni che meglio rispondono all'esigenza di garantire l'esercizio di un'attività amministrativa equa ed imparziale. Ciò, in quanto se la struttura operativa della pubblica amministrazione viene creata ed organizzata libera da influenze e da condizionamenti eteronomi (rispetto al solo vincolo di sottoposizione alla legge), gioco forza ne consegue che anche il frutto della sua attività non potrà che essere libero ed indipendente, salvo ovviamente le situazioni patologiche dovute a travisamenti personali del singolo dipendente pubblico.

In particolare, le norme qui richiamate, come presidio di autonomia gestionale e di professionalità della pubblica amministrazione, si riscontrano negli artt. 51, 97 e 98 della Costituzione. L'art. 51 Cost. sancisce il diritto per i cittadini di entrambi i sessi di poter accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza. Analogamente l'art. 97, comma 3, e l'art. 98, comma 1, Cost., rispettivamente stabiliscono che agli impieghi pubblici si accede mediante concorsi e che i pubblici impiegati sono a servizio esclusivo della Nazione.

E' evidente che le norme costituzionali testè richiamate sanciscono l'obbligo per lo Stato italiano di dotarsi di una struttura della pubblica amministrazione che deve essere libera da legami esterni e soggetta esclusivamente alla legge, in modo da garantire l'imparzialità del suo operato.

4. Principio di buon andamento (o di buona amministrazione).

4.1. Definizione e criteri di declinazione del paradigma del principio di buon andamento.

L'art. 97 della Costituzione stabilisce che *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento ... dell'amministrazione”*.

Il principio di buon andamento comporta che la pubblica amministrazione deve esercitare la propria attività con modalità idonee ed adeguate affinché l'azione amministrativa risulti efficace, economica, efficiente e celere.

Tenuto conto della definizione appena data, il principio di buon andamento si può ritenere rispettato solo quando l'azione amministrativa soddisfa contemporaneamente tutti i seguenti criteri nei quali si articola il paradigma del predetto principio:

- quando le sue modalità di espletamento sono tali da realizzare i risultati prefissati per il suo esercizio (criterio dell'efficacia);
- quando riesce ad ottimizzare le risorse umane e strumentali di cui dispone, nel senso che riesce a raggiungere i risultati programmati con il minor impiego possibile di tali risorse (criterio dell'economicità);
- quando riesce a far funzionare la sua organizzazione di uomini e mezzi al massimo delle sue potenzialità, soddisfacendo, in modo tendenzialmente esaustivo, le aspettative dei suoi destinatari (principio dell'efficienza);
- quando viene esercitata in modo celere, cioè senza ricorrere ad atti o comportamenti che aggravino (oltre quanto previsto dalla legge) l'espletamento del procedimento amministrativo, prolungandone i tempi di definizione (criterio della celerità).

4.2. Refluenze del principio di buon andamento sul campo della legittimità amministrativa.

In passato, si riteneva che i predetti criteri di efficacia, economicità, efficienza e celerità (che costituiscono il paradigma con il quale si declina il predetto principio di buona amministrazione) attenessero esclusivamente al merito dell'azione

amministrativa e non alla sua legittimità.

Questa opinione dottrinale non aveva solo valore teorico ed accademico, ma era intrisa di importanti conseguenze pratiche, in quanto, sostenendosi che il principio di buona amministrazione atteneva esclusivamente al merito dell'azione amministrativa, in buona sostanza la sua valutazione veniva sottratta al vaglio di legittimità del Giudice amministrativo.

Infatti, com'è noto, il nostro ordinamento giuridico prevede un giudizio amministrativo finalizzato a verificare solo se l'atto amministrativo abbia violato o meno la c.d. la legittimità amministrativa, salvo ovviamente i soli casi in cui la legge riconosce al Giudice Amministrativo la c.d. giurisdizione esclusiva. In altre parole, il Giudice amministrativo non può spingere il suo esame sul merito dell'azione amministrativa (salvo i predetti casi di giurisdizione esclusiva), ma lo deve arrestare sul limite della sua legittimità amministrativa. Tenuto conto di tale importante limite incontrato dal giudicato amministrativo, se ne concludeva che l'azione amministrativa non poteva essere giudicata dal Giudice amministrativo sotto il profilo dell'avvenuto rispetto (o meno) del principio di buona amministrazione, perché si riteneva che i predetti criteri (efficacia, economicità, efficienza e celerità), nei quali si sostanziava tale principio, fossero criteri afferenti all'opportunità ed all'adeguatezza dell'azione amministrativa. Di conseguenza a ciò, si riteneva che qualora al Giudice amministrativo fosse stato consentito di verificare se l'azione amministrativa risultasse o meno conforme al principio di buon andamento, di fatto, gli sarebbe stato consentito di valutare il merito dell'azione amministrativa e non la sua legittimità (il che non era possibile).

Tuttavia, tale impostazione dottrinale aveva già subito un primo importante *vulnus* ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Infatti, con la sentenza 7 marzo 1962, n° 14, la Corte Costituzionale aveva affermato che il principio di buona amministrazione - sancito dall'art. 97 Cost. - ha portata immediatamente precettiva. Inoltre, successivamente, la stessa Corte, con la sentenza 10 marzo 1966, n° 22, aveva precisato che il principio in parola non si riferiva solo all'organizzazione amministrativa, ma anche all'attività amministrativa.

Ed invero, si può dire che con queste due sentenze, già negli anni 60', la Corte Costituzionale aveva aperto un importante varco per riconoscere che il principio di

buona amministrazione aveva una valenza tale da trascendere il merito dell'azione amministrativa per assurgere nel campo della legittimità amministrativa. Infatti, avendo riconosciuto (con le due sentenze sopra indicate) a tale principio il carattere di precettività, riferito non solo all'organizzazione amministrativa ma anche all'attività frutto di quest'ultima, di fatto ne derivava che la P.A. nell'espletamento della sua attività era obbligata ad applicare tale principio e non ne aveva una semplice facoltà. In questo modo, pertanto, si intraprendeva la strada giusta per giungere al futuro riconoscimento del principio di buona amministrazione come afferente al campo della legittimità amministrativa e non a quello del merito. Ciò, in quanto il carattere di obbligatorietà si configura come una caratteristica peculiare della legittimità amministrativa, a fronte invece della facoltà di scelta che tradizionalmente rientra nel campo del merito amministrativo.

In ogni caso, tutti i dubbi interpretativi (sorti sulla possibilità di estensione del giudicato amministrativo al principio di buon andamento) sono venuti meno per espresso intervento del legislatore ordinario, che sostanzialmente ha fatto rientrare tale principio nell'alveo della legittimità amministrativa.

Ed invero, con l'art. 1, commi 1 e 3, della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 241/90) è stato stabilito che l'azione amministrativa è retta dai criteri di efficacia, economicità e divieto di aggravamento e cioè proprio da quei criteri che declinano il principio di buona amministrazione. In altre parole, con tale previsione legislativa si è stabilito che nei predetti criteri si devono rinvenire ulteriori condizioni che consentono di valutare la legittimità dell'azione amministrativa e la cui assenza pertanto porta ad affermarne l'illegittimità. Per ciò stesso, la valutazione di tali criteri rimane soggetta alla valutazione del Giudice amministrativo.

In merito a quanto appena detto, si potrebbe però osservare che la norma in esame (cioè l'art.1, commi 1 e 3) non ha richiamato il criterio dell'efficienza. In conseguenza di ciò, si potrebbe pure ritenere che quest'ultimo criterio esuli dal novero delle condizioni di legittimità dell'azione amministrativa e che quindi si configuri come un mero criterio extragiuridico ed in quanto tale rimane fuori dalla valutazione del Giudice amministrativo.

Tuttavia, un'eventuale impostazione di pensiero di tal sorta verrebbe subito contraddetta da un esame logico-sistematico e teleologico del sopra citato art. 97

Costituzione, letto unitamente all'art. 1 l. 241/90. Infatti, la lettura costituzionalmente orientata di tale art. 1 (in riferimento all'art. 97 Cost.) consente di poter affermare che anche all'efficienza dell'azione amministrativa assume rilievo di legittimità amministrativa.

Ed invero, come già detto sopra, l'art. 97 Cost. richiede che l'esercizio dell'azione amministrativa deve essere informata al principio di buona amministrazione. Ebbene, tale principio, secondo la previsione dell'art. 1 l. 241/90, si declina nei criteri di efficacia, economicità e celerità, che costituiscono per l'appunto i parametri di legittimità dell'azione amministrativa. Si tratta di criteri che se sono pienamente rispettati ed osservati, gioco forza, portano ad un'azione amministrativa il cui un risultato non potrà che essere efficiente. Anzi, si può dire che i predetti criteri di efficacia, economicità e celerità sono per l'appunto strumenti finalizzati ad assicurare l'efficienza del risultato dell'attività amministrativa. Proprio per tale ragione, si deve ritenere che il legislatore, nel citato art. 1, ha ritenuto superfluo effettuare uno specifico richiamo al criterio di efficienza, perché esso rappresenta la finalità ultima cui devono giungere i predetti criteri di efficacia, economicità e celerità.

In definitiva, il ragionamento appena esposto porta a concludere che se i criteri di efficacia, economicità e celerità sono osservati, automaticamente, anche il risultato dell'azione amministrativa risulterà efficiente. Allo stesso modo, però, nel caso in cui l'azione amministrativa si riveli inefficiente, utilizzando il metodo del ragionamento *a contrario*, se ne dovrà desumere che non sono stati osservati i criteri di efficacia, economicità e celerità amministrativa e cioè le condizioni di legittimità dell'attività amministrativa.

In pratica, il risultato efficiente dell'azione amministrativa è un indice di legittimità che permette di verificare se sono stati osservati o meno i predetti criteri di efficacia, economicità e celerità, previsti dall'art. 1 l. 241/90 quali condizioni legittimanti dell'attività amministrativa. Ciò, è sufficiente per dimostrare che l'efficienza è anch'esso un parametro preso in considerazione, sia pure implicitamente, dall'art. 1 l. 241/90 come requisito legittimante dell'azione amministrativa, perché ne consente di verificarne la correttezza, con il predetto sistema del ragionamento *a contrario*.

Ebbene, trattandosi di un criterio attinente alla legittimità amministrativa,

rimane soggetto al giudicato amministrativo.

4.3. Limiti alla refluenza principio di buon andamento nel campo della legittimità amministrativa.

Chiarito quanto appena detto, occorre però precisare che il principio di buona amministrazione non attiene *in toto* al campo della legittimità amministrativa.

Infatti, il principio di buon andamento rientra nel campo della legittimità amministrativa solo per la parte in cui obbliga la pubblica amministrazione a valutare se ognuna delle soluzioni possibili, cioè in grado di far raggiungere il risultato che si prefigge con la sua attività amministrativa, risponda o meno ai criteri di efficacia, economicità, efficienza e celerità. Però, una volta che in forza di questi criteri sono state individuate tutte le soluzioni in grado di portare al risultato prefissato, spetta alla facoltà (*rectius*, alla discrezionalità) della pubblica amministrazione scegliere tra queste soluzioni possibili, tutte egualmente rispondenti al principio di buona amministrazione, quella che intende adottare.

Ciò significa che il principio di buon andamento afferisce al campo della legittimità amministrativa solo limitatamente alla fase in cui la pubblica amministrazione ha valutato se ciascuna delle soluzioni in grado di raggiungere il risultato prefissato sia o meno rispondente al principio di buona amministrazione. Detto principio attiene, invece, al campo del merito amministrativo per quella parte di attività che porta a scegliere quale soluzione adottare tra tutte quelle possibili, che sono risultate egualmente informate al predetto principio.

Per meglio chiarire quanto appena detto, si deve precisare che l'applicazione dei predetti criteri in cui si articola il principio di buon andamento non necessariamente e non sempre porta ad un'unica soluzione in grado di far perseguire l'obiettivo per cui si esercita l'azione amministrativa. Si può anche verificare che porti ad una pluralità di soluzioni, tutte egualmente informate ai criteri di efficacia, economicità, efficienza e celerità. In tale ultimo caso spetta alla P.A. scegliere, tra tutte le soluzioni possibili, quella da adottare per raggiungere l'obiettivo che si è prefissato con l'esercizio della propria azione amministrativa.

Se così non fosse, si azzererebbe il campo del merito amministrativo, perché si

priverebbe la pubblica amministrazione della facoltà di scelta tra tutte le soluzioni egualmente possibili, con la conseguenza di confinare l'intera attività amministrativa nel campo degli atti dovuti, negando, con ciò stesso, la sua tradizionale caratteristica che per l'appunto è quella della discrezionalità.

Questa conclusione porta ad aderire a quell'opinione dottrinale (sostenuta da Falzone e Romano) secondo cui il principio di buona amministrazione si configura come atto dovuto in ordine al risultato che deve conseguire dall'attività amministrativa, mentre si configura come atto discrezionale in ordine ai mezzi che utilizza per raggiungere tale risultato. Infatti, come già detto sopra, il risultato finale dell'azione amministrativa deve essere sempre informato ai criteri di efficacia, economicità, efficienza e celerità, mentre la scelta tra tutte le soluzioni, egualmente in grado di far raggiungere tale risultato, viene lasciata alla discrezionalità della P.A..

4.4. Conclusioni.

In definitiva, l'azione amministrativa per risultare legittima non solo deve essere supportata da una norma attributiva di potere (rispetto del principio di legalità) e deve essere esercitata con equità (rispetto del principio di imparzialità), ma deve essere anche esercitata nel rispetto dei criteri di efficacia, economicità, efficienza e celerità, criteri che nel loro complesso sostanziano il principio di buona amministrazione.

5. Principio di ragionevolezza ovvero di coerenza logica.

5.1. Definizione.

Il principio di ragionevolezza è di elaborazione pretoria, che lo ha derivato in via di deduzione logica dai principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione.

Infatti, secondo l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa, l'azione della pubblica amministrazione per essere legittima deve essere esercitata in modo razionale e coerente, cioè deve essere esente da vizi di logicità. Solo così potrà

rispondere ai requisiti di equità e di buona amministrazione, rispettivamente richiesti dal citato art. 97 della Costituzione. Pertanto, da quanto appena detto ne consegue che il principio di ragionevolezza richiede che il provvedimento amministrativo è legittimo solo quando è logico, cioè quando risulta coerente con le sue stesse premesse, con i risultati dell'istruttoria procedimentale e con la pregressa attività amministrativa.

5.2.1 diversi casi di illogicità.

Più precisamente, volendo sviluppare le considerazioni testè espresse, in primo luogo si deve dire che il provvedimento amministrativo deve essere coerente e consequenziale rispetto ai presupposti di fatto che costituiscono le condizioni essenziali per l'emanazione dello stesso provvedimento e che emergono durante l'espletamento dell'istruttoria procedimentale.

In caso contrario, la ricorrenza di una discrasia tra i presupposti di fatto emersi nell'istruttoria ed il dispositivo del provvedimento renderebbe quest'ultimo irrazionale e privo di alcuna ragionevolezza. Ciò, in quanto sul piano della logica risulta impossibile giustificare un'azione amministrativa che, partendo da determinati presupposti di fatto, invece poi approda a risultati non consequenziali a questi ultimi.

E' ad esempio il caso in cui, a seguito dell'istruttoria procedimentale, risulta che su una determinata strada si registra un tasso di incidentalità veicolare superiore alla media, per l'alta velocità tenuta dai veicoli. Pertanto, volendo essere coerenti e logici rispetto a tali risultanze istruttorie, si potrebbe porre rimedio a tale situazione di pericolo mediante l'istituzione di un limite di velocità. Tuttavia, l'azione amministrativa risulterà irrazionale, se nonostante l'evidente logicità di tale soluzione, la pubblica amministrazione proprietaria della strada decidesse invece di non imporre alcun limite di velocità ed anzi vi confermasse quello già esistente. In tal caso, si sarebbe in presenza di un evidente caso di manifesta illogicità, che renderebbe il provvedimento irrazionale e quindi affetto dal vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Altro caso di irragionevolezza del provvedimento amministrativo si ravvisa nell'ipotesi in cui risulti un evidente contrasto tra la motivazione riportata nel suo preambolo e la decisione assunta con il dispositivo dello stesso. Anche in questo caso

ricorre una evidente mancanza di logicità, con la differenza (rispetto all'ipotesi precedente) che tale vizio di irrazionalità non si rinviene nel contrasto tra la decisione stessa ed i suoi presupposti di fatto, bensì nella discrasia tra la parte motivazionale e quella dispositiva dello stesso provvedimento. Per tale ragione, un siffatto provvedimento presenterà a una contraddizione in termini, che lo renderà incoerente ed irrazionale e per ciò stesso affetto dal vizio di eccesso di potere per contraddittorietà.

Un altro caso ancora di violazione del principio di ragionevolezza si riscontra nell'ipotesi in cui il provvedimento risulti in contrasto con precedenti provvedimenti, emessi dalla stessa pubblica amministrazione procedente nell'esercizio dello stesso potere amministrativo, in presenza delle stesse condizioni di fatto ed avendo avuto come destinatario la medesima persona.

Ed invero, anche in questo caso l'azione amministrativa si rivela irrazionale, perché, pur in presenza della medesima identità di situazione oggettiva e soggettiva e senza la ricorrenza di un'ulteriore giustificazione, la stessa pubblica amministrazione procedente manifesta una volontà diversa da quella precedentemente assunta.

Quest'ultimo è il caso di colui che non riesce ad ottenere dalla pubblica amministrazione il rinnovo annuale del porto d'arma per difesa personale, nonostante che a supporto motivazionale abbia dedotto le stesse ragioni per le quali l'anno precedente ne aveva ottenuto il rilascio.

Si è qui in presenza di un evidente caso di incoerenza logica dovuto al fatto che la pubblica amministrazione, l'anno precedente, aveva considerato dette motivazioni valide per il rilascio del porto d'arma, mentre ora non le considera più tali e quindi respinge la richiesta di rinnovo. In pratica, la nuova decisione amministrativa contraddice e smentisce quella precedente e quindi si rivela incoerente e priva di giustificazione, con la conseguenza che risulta affetta dal vizio di eccesso di potere per contraddittorietà con la precedente manifestazione di volontà proveniente dalla stessa pubblica amministrazione procedente.

5.3. Conclusioni.

Da quanto detto sopra se ne deduce che l'attività amministrativa, per essere

legittima, non solo deve essere esercitata in presenza di una norma attributiva di potere (principio di legalità) e deve essere esercitata con equità (principio di imparzialità), nonché nel rispetto dei criteri di efficacia, economicità, efficienza e celerità (principio di buon andamento), ma deve anche essere esercitata in modo razionale, cioè in modo coerente e consequenziale sia con i dati di fatto e le premesse che ne hanno determinato il suo esercizio sia con la sua precedente attività che ha riguardato il medesimo oggetto su cui essa viene ad incidere (principio di ragionevolezza).

Un'ultima annotazione riguarda la circostanza per cui il principio di ragionevolezza non si deve ritenere violato dalla ricorrenza di un qualsiasi vizio di logicità del provvedimento amministrativo. Ma, l'irrazionalità del provvedimento sussiste solo quando ricorre un vizio di logica che sia in grado di far deviare lo stesso provvedimento dalla causa del potere esercitato. In altre parole, il vizio di logica che determina l'illegittimità del provvedimento è solo quello che non consente al provvedimento di perseguire l'interesse pubblico per cui esso stesso è stato predeterminato dalla norma di legge che attribuisce alla pubblica amministrazione procedente il potere di emetterlo.

6. Principio di pubblicità e di trasparenza.

6.1. Definizione.

Il principio di pubblicità e di trasparenza impone alla pubblica amministrazione di rendere conoscibile all'esterno tutti gli atti che riguardano la propria organizzazione ed attività amministrativa. In tal modo, i soggetti destinatari dell'azione amministrativa, ovvero quelli contro interessati, nonché i portatori di interessi qualificati, ovvero semplicemente chiunque altro consociato sono in grado di controllare l'azione amministrativa per verificare che sia esercitata correttamente e cioè nel rispetto della legge e degli interessi della collettività.

In definitiva, seguendo l'insegnamento dottrinale di Caringella, si può dire che il principio di pubblicità e di trasparenza consente di eseguire un costante controllo democratico sull'azione amministrativa, sottoponendola al vaglio del popolo, Quest'ultimo, infatti, come già detto a proposito del principio di legalità, risulta essere

l'unico titolare degli interessi pubblici perseguiti dalla pubblica amministrazione, la quale pertanto si limita ad occuparsi solo della loro cura e tutela. Ed è proprio tale titolarità di interessi pubblici che attribuisce alla collettività il potere di controllo dell'attività amministrativa.

Bisogna però precisare che la definizione sopra fornita del principio di pubblicità e di trasparenza è il risultato finale di un lungo travaglio legislativo, che si è protratto per decenni e che si può dire che abbia attraversato quattro distinte fasi.

6.2. Prima fase prelegislativa.

Prima dell'emanazione della legge 241/90, non esisteva una norma di portata generale che sancisse tale principio. Infatti, a parte sparse previsioni legislative che si riferivano a specifiche materie, il principio generale era quello della segretezza istruttoria del procedimento amministrativo.

Solo in via indiretta, la ricorrenza di tale principio avrebbe potuto affermarsi facendo riferimento all'art. 97 Costituzione, quale mera espressione del principio di buona amministrazione e di imparzialità. In tal caso, però, non si poteva dire di essere in presenza di un principio dotato di propria autonomia operativa, ma in esso si poteva solo rinvenire un mero corollario dei due predetti principi di buon andamento e imparzialità.

Ed invero, in questa primitiva fase della legislazione, a parte la predetta norma costituzionale (che per l'attività amministrativa si rivela un vera norma *omnibus* da cui è possibile estrarre la qualunque cosa), in realtà non sussisteva una norma generale che imponesse alla P.A. di far conoscere preventivamente ai soggetti interessati il corso istruttorio di un provvedimento amministrativo. Il destinatario dell'atto veniva a conoscenza dell'esercizio dell'azione amministrativa solo a cose fatte, cioè dopo l'emanazione del provvedimento amministrativo con il quale l'amministrazione aveva già emesso la sua decisione. In questo caso, pertanto, il destinatario dell'atto non poteva contribuire alla formazione dello stesso, non potendo manifestare anticipatamente le proprie istanze difensive a tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive, perché non gli veniva consentito di partecipare all'espletamento del procedimento amministrativo.

In buona sostanza, in questa primordiale fase legislativa al destinatario del provvedimento amministrativo non restava altro che ricorrere ai mezzi di impugnazione, in sede amministrativa ovvero giudiziaria, del provvedimento già emesso e portato a sua conoscenza. In pratica, il suo intervento risultava solo successivo all'emanazione del provvedimento, quando già la sua posizione giuridica risultava già pretermessa.

6.3. Seconda fase legislativa, rappresentata dalla l. 241/90.

La situazione sopra descritta subisce una svolta notevole con l'emanazione della legge 241/90 e con la sua successiva modifica intervenuta con la legge 15/2005.

Infatti, l'art. 1 della l. 241/90 riconosce espressamente il principio di pubblicità e di trasparenza (quest'ultimo termine aggiunto con la l. 15/2005), quale principio generale del procedimento amministrativo.

Con questa nuova previsione legislativa il passo segnato dal legislatore è sicuramente di grande importanza, ma risulta ancora incompleto. Infatti, questa legge, pur riconoscendo la valenza del principio in questione come principio che si applica in via generale all'esercizio di ogni attività amministrativa, tuttavia reca insiti in sé due rilevanti limiti, rappresentati rispettivamente:

- dal fatto che tale legge si è limitata a dare concreta attuazione al solo aspetto della trasparenza, tralasciando invece quello della pubblicità;
- dal fatto che anche l'ambito applicativo del predetto aspetto della trasparenza è stato strutturato con ampie restrizioni di carattere soggettivo.

6.3.1. Primo limite al principio di pubblicità e di trasparenza previsto dalla l. 241/90: mancato riconoscimento del principio generalizzato di pubblicazione di tutti gli atti amministrativi.

Con riferimento al primo limite di cui si è fatto appena cenno, si deve rilevare che la legge 241/90 (all'art. 1) enuncia il principio di pubblicità e di trasparenza, però, nel proseguo delle sue norme non dà seguito e concretezza ad entrambi i termini (pubblicità e trasparenza) che nel loro insieme esprimono il principio in esame.

Ed invero, nelle norme successive, la legge conferisce concretezza al principio

in esame solo per la parte relativa alla trasparenza, sia pure con quei limiti soggettivi che si avrà modo di meglio verificare nel successivo paragrafo. Mentre, per la parte relativa alla pubblicità (degli atti amministrativi) la legge 241/90 si limita ad una mera enunciazione di principio, che per l'appunto è quella riportata nel citato art. 1. Ciò viene confermato dal fatto che in tutta la legge non si rinviene alcuna norma che obblighi la pubblica amministrazione a pubblicare i propri atti organizzativi ovvero quelli relativi all'espletamento della propria attività amministrativa. L'unico obbligo di pubblicazione viene sancito dall'art. 26 con riferimento alle relazioni annuali della Commissione per l'accesso agli atti amministrativi, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

In altre parole, il limite cui va incontro la legge 241/90 consiste nella mancata previsione di un obbligo generalizzato di pubblicazione degli atti amministrativi.

Il riscontro a quanto appena detto si desume dalla procedura ideata dal legislatore per consentire ai soggetti interessati la conoscenza degli atti amministrativi. Si fa qui riferimento al c.d. diritto di accesso, che risulta essere l'espressione più evidente e più importante di attuazione del predetto principio di pubblicità e di trasparenza.

Ed invero, il riconoscimento del predetto diritto di accesso sicuramente ha costituito un cambiamento di rotta rispetto alla secolare tradizione della segretezza dell'istruttoria amministrativa. Tuttavia, reca ancora insito in sé le refluenze di tale retaggio storico.

Infatti, secondo l'impianto normativo in esame, il soggetto interessato, che ai sensi dell'art. 22 comma 1, lett. b), legge 241/90 ne risulti anche legittimato, può venire a conoscenza degli atti amministrativi solo a seguito di una sua espressa richiesta motivata e sempre che questa venga accolta dalla P.A. procedente (art. 25). E' evidente che questo impianto normativo, stabilito per l'accesso agli atti amministrativi, non lascia spazio alla sussistenza di alcun obbligo generalizzato di pubblicità degli atti della pubblica amministrazione. Infatti, la previsione di un'espressa richiesta motivata ed il contestuale obbligo di un preventivo esame amministrativo finalizzato ad accogliere o meno l'istanza di accesso, impone che l'accesso non può essere consentito *quisque de populo*, bensì solo a chi riesca a dimostrare una posizione giuridica differenziata e legittimante rispetto a quella della generalità dei consociati.

Qualora, invece, la legge avesse previsto un obbligo generalizzato di pubblicazione ne sarebbe derivato che chiunque (soggetto interessato ovvero chiunque altro) avrebbe potuto avere conoscenza degli atti senza colpo ferire, limitandosi cioè a consultarli *per tabulas* pubblicate ed evitandogli così sia l'onere di doversi attivare in prima persona per conoscerli sia l'onere di doverne motivare la relativa richiesta e di attendere il placet della P.A. che esamina tale richiesta.

6.3.2. Secondo limite al principio di pubblicità e di trasparenza previsto dalla l. 241/90: la trasparenza amministrativa si applica solo a specifiche categorie di soggetti.

Come già detto sopra, la l. 241/90, pur utilizzando i due termini “pubblicità” e “trasparenza”, in realtà ha conferito concretezza di disciplina solo alla trasparenza amministrativa e non anche all'ulteriore aspetto della pubblicazione degli atti.

A quanto appena detto, si deve inoltre aggiungere che la l. 241/90 ha disciplinato gli istituti giuridici nei quali si è concretizzata la trasparenza amministrativa prevedendo notevoli limiti al loro ambito soggettivo di applicazione. Infatti, non ha previsto la loro libera applicabilità nei confronti di tutti i consociati, ma ha limitato tale loro applicabilità a categorie di soggetti specificamente individuati dalla stessa legge 241/90. Ciò, vale a dire che la legge 241/90 non solo non ha dato concreta attuazione al principio di generalizzata pubblicazione degli atti amministrativi ma, per di più, non ha saputo nemmeno riconoscere una generalizzata applicazione del principio di trasparenza amministrativa in modo da poterlo riferire alla generalità dei consociati.

Infatti, secondo l'impostazione della legge in esame, gli istituti giuridici nei quali si sostanzia il prefato principio di trasparenza non trovano applicazione nei confronti di qualsiasi soggetto, bensì solo nei confronti di coloro che si configurano come i diretti destinatari dell'atto, ovvero come contro interessati all'esercizio dell'azione amministrativa, nonché nei confronti degli enti portatori di interessi qualificati e diffusi (art. 9) e nei confronti di quei soggetti che, a mero giudizio dell'amministrazione, possano subire dal provvedimento “*un pregiudizio*”, e purchè si tratti sempre di “*soggetti individuati o facilmente individuabili*” (cfr. art. 7).

Gli istituti giuridici cui si fa riferimento sono quelli che, rispettivamente, disciplinano la partecipazione al procedimento amministrativo e l'accesso agli atti amministrativi.

I primi, cioè gli istituti che attengono alla partecipazione al procedimento amministrativo, sono quelli che disciplinano l'avvio di tale procedimento (art. 7), la possibilità di presentare memorie e documenti (art. 10), il preavviso di rigetto (art. 10 bis) e l'obbligo del provvedimento finale (art. 2). La legge 241/90 prevede che detti istituti si applicano solo ai soggetti già sopra indicati e non a chiunque.

Analoghe considerazioni vanno fatte anche per l'ulteriore istituto dell'accesso agli atti amministrativi (artt. 22 e ss), che solitamente viene considerato come la principale manifestazione della trasparenza amministrativa. Ed invero, come già detto sopra, il diritto di accesso agli atti non viene riconosciuto a chiunque, ma solo a coloro che riescono a dimostrarsi titolari di una posizione differenziata e legittimante rispetto alla generalità dei consociati. In proposito, basti ricordare che l'art. 22, comma 1, lett. b), riconosce il diritto di accesso ai soggetti “... *privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.*”

Com'è evidente, tale norma non consente a chiunque l'accesso agli atti, ma solo a coloro che riescono a provare la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante. Si fa qui riferimento a coloro che sono titolari di un interesse che deve risultare collegato ad una situazione presa in considerazione e tutelata dal nostro ordinamento giuridico e sempre che tale interesse sia collegato con il provvedimento per il quale si esercita il diritto di accesso. In buona sostanza, il diritto di accesso viene riconosciuto solo agli stessi soggetti cui viene riconosciuto il diritto di partecipazione al procedimento amministrativo, attraverso quegli altri istituti giuridici già sopra indicati.

L'ulteriore riprova di quanto appena detto (circa il fatto che l'accesso agli atti - e quindi anche il principio trasparenza - hanno un limitato campo soggettivo di applicazione) si rinviene peraltro nell'art. 25, comma 2, l. 241/90, laddove viene precisato che il soggetto interessato ad accedere agli atti amministrativi deve presentare una richiesta “motivata”.

Tale circostanza, ancora una volta, lascia concludere che il legislatore esclude un accesso agli atti amministrativi generalizzato per chiunque, stante che l'accesso per l'appunto rimane limitato solo a coloro che sono in grado di motivare la loro richiesta. Infatti, ciò implica che anche per questa seconda previsione normativa (come per quella prevista dal sopra citato art. 22, co. 1, lett. b) l'accesso viene consentito solo a coloro che sono in grado di dimostrare di essere titolari di un interesse giuridicamente rilevante e connesso con l'atto amministrativo nei cui confronti si chiede di accedere.

Da quanto sopra detto, si desume che le due categorie di istituti giuridici che nel loro insieme costituiscono ed integrano la c.d. trasparenza amministrativa (partecipazione al procedimento e accesso agli atti) hanno un campo di applicazione soggettivamente limitato a quei soggetti che sono stati sopra analiticamente indicati e che in buona sostanza possono identificarsi nei destinatari diretti ed indiretti dell'azione amministrativa e nei soggetti portatori di interessi diffusi o qualificati.

Ciò, porta a concludere che in realtà dall'ambito soggettivo di applicazione del principio di trasparenza, riconosciuto dalla legge 241/90, rimane fuori la generalità dei consociati. Più precisamente, rimangono esclusi tutti quei soggetti che nel loro complesso costituiscono il popolo.

Tale esclusione, però, appare del tutto non condivisibile, in quanto questi soggetti esclusi, proprio perché costituiscono il popolo, pur non essendo i destinatari diretti ed indiretti dell'azione amministrativa ovvero portatori di interessi qualificati o diffusi, restano pur sempre titolari, *uti universi*, di quell'interesse pubblico che costituisce la causa del potere esercitato dalla P.A. e di cui quest'ultima ne ha semplicemente la cura. Ebbene, il popolo, proprio perché è titolare di tale interesse pubblico, automaticamente è anche titolare dell'ulteriore interesse volto a controllare che l'attività amministrativa venga correttamente esercitata per perseguire la causa del potere esercitato. Infatti, l'esercizio di tale potere di controllo (unitamente a quello del voto) costituisce lo strumento principe di cui dispone il popolo per esercitare sui pubblici poteri le pressioni necessarie atte a garantire che l'azione amministrativa sia finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico fissato dalla norma attributiva di potere e di cui esso è titolare. Solo in tal modo si può realizzare un generalizzato controllo democratico sull'azione amministrativa, per verificarne la sua corrispondenza alle finalità di legge e mediatamente a ciò per rendere pienamente

operativo e concreto il principio dello Stato di diritto, per il quale anche la P.A. rimane soggetta alla legge.

Tuttavia, questa importante esigenza di riconoscere e realizzare un generalizzato controllo democratico sull'attività amministrativa non è stata pienamente colta dal legislatore della citata l. 241/90, che invece ha limitato il campo soggettivo di applicabilità della trasparenza amministrativa nei termini già sopra indicati.

In definitiva, infatti, si può concludere che la legge 241/90 non solo non prevede alcun obbligo generalizzato di pubblicazione degli atti amministrativi, ma addirittura nel prevedere il solo obbligo della trasparenza dell'azione amministrativa conferisce a quest'ultimo un ristretto campo di applicazione soggettiva.

6.3.3. Portata innovativa del principio di trasparenza amministrativa.

Tuttavia, nonostante i limiti sopra indicati, la portata rivoluzionaria della legge 241/90 è innegabile, perché per la prima volta l'attività amministrativa esce dalle "segrete stanze" del "Palazzo" per essere oggetto di controllo preventivo (ma anche successivo con il diritto di accesso) da parte degli interessati.

Ed invero, come già sopra appena accennato, la l. 241/90, pur tralasciando l'introduzione di un obbligo generale di pubblicazione di tutti gli atti amministrativi, tuttavia con riferimento al principio di trasparenza non si è limitata a sancirne una sua mera enunciazione di principio, ma vi ha dato concreta attuazione attraverso specifiche previsioni normative. Si fa qui riferimento agli istituti già sopra indicati del responsabile del procedimento (art. 6), della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo (artt. 7 e 8), dell'obbligo di motivare i provvedimenti (art. 3), del preavviso di rigetto dell'istanza (art. 10 bis), dell'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso (art. 2) e dell'accesso agli atti amministrativi (artt. 22 ss.).

Adirittura, con riferimento a quest'ultimo istituto dell'accesso agli atti, all'art. 22, comma 2, il legislatore riconosce che "*L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale*

dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza". In pratica, con tale previsione normativa, il legislatore fa assurgere l'accesso agli atti amministrativi a dignità di principio autonomo, indicandolo come strumento e mezzo indispensabile per attuare l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa.

Indubbiamente, con tale previsione normativa si è già in presenza di una novità di portata rilevante, perché per la prima volta, superando la storica tendenza a mantenere segreti gli atti con i quali viene esplicata l'azione amministrativa, si riconosce la possibilità di averne conoscenza ed addirittura di acquisirne copia. Tuttavia, tale diritto di accesso, per come ideato dalla l. 241/90, reca ancora quei limiti (soggettivi ed oggettivi) di cui si diceva sopra, stante che con esso non si è ancora pervenuti alla generalizzata pubblicità di tutti gli atti amministrativi e neanche alla possibilità per tutti i consociati di averne possibilità di libera conoscenza.

6.4. Terza fase legislativa, rappresentata dall'art. 10 d.lgs. 267/2000.

Un primo superamento dei predetti limiti, soggettivi ed oggettivi, insiti nella legge 241/90 in materia di pubblicità e trasparenza amministrativa è riscontrabile nell'art. 10 d.lgs. 267/2000 (c.d. T.U.E.L.), secondo cui *"Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ..."*.

Con questa previsione legislativa viene riconosciuto il principio della generalizzata pubblicità di tutti gli atti amministrativi degli enti locali, con la sola esclusione di quelli espressamente previsti per legge, ovvero degli altri atti specificamente individuati dal capo dell'amministrazione dell'ente locale precedente, purchè tale ultima esclusione risulti motivata, temporanea e conforme a quanto previsto dall'apposito regolamento di cui ogni ente locale è obbligato a dotarsi.

Il limite alla portata innovativa di quest'ultimo intervento legislativo si rinviene, però, nel fatto che esso si rivolge solo all'azione amministrativa degli enti locali e non anche in via generalizzata all'*agere* dell'intera pubblica amministrazione.

In pratica, in questa fase legislativa si verifica che nei confronti dell'attività amministrativa degli enti locali è riconosciuto il principio generale della pubblicità di tutti gli atti amministrativi emessi dagli enti locali, estendendo la portata dello stesso

principio sino ad includervi addirittura le informazioni in possesso degli enti locali anche se queste non hanno ancora assunto la forma dell'atto amministrativo (cfr. art. 10 commi 1 e 2 d.lgs. 267/2000). Viceversa, l'attività amministrativa della restante parte della pubblica amministrazione viene disciplinata dal principio di trasparenza di cui all'art. 1 l. 241/90, secondo le modalità applicative concretizzate dalla stessa l. 241/90 e quindi con i limiti soggettivi già sopra meglio enunciati.

Tuttavia, nonostante il ristretto campo di applicazione limitato agli enti locali, la portata innovativa del citato art. 10 d.lgs. 267/2000 è fuor di dubbio, perché per la prima volta si apre (o meglio si spalanca) la porta al riconoscimento di un obbligo generalizzato per la pubblica amministrazione di pubblicare tutti i propri atti amministrativi.

Tale obbligo viene peraltro rafforzato dal diritto di accesso, che è riconosciuto dallo stesso art. 10 con una disciplina veramente innovativa. Infatti, l'accesso viene consentito per tutti gli atti amministrativi emessi dagli enti locali, prevedendo inoltre che a tale accesso hanno diritto tutti cittadini, senza necessità di dover dimostrare la titolarità di una posizione giuridica qualificata e differenziata rispetto ad altri soggetti della collettività (art. 10, comma 2).

In definitiva, si può dire che l'unico limite che stride con la portata innovativa introdotta dall'art. 10 è rappresentato dal suo ambito applicativo funzionale, che come detto sopra rimane limitato agli enti locali e quindi non trova applicazione per tutte le altre articolazioni della pubblica amministrazione.

6.5. Quarta fase legislativa, rappresentata dal d.lgs. 33/2013.

Il completamento del predetto percorso legislativo, che ha dato compimento al principio di pubblicità e di trasparenza, è intervenuto con il d.lgs. 33/2013, quest'ultimo emesso in espletamento della delega legislativa conferita al Governo in forza della l. 190/2012 in tema di anticorruzione.

Ed invero, le istanze anticorruptive, che sorgevano forti ed imperiose dalla società civile, hanno indotto il legislatore a conferire apposita delega al Governo, affinché predisponesse un apposito testo unico in tema di pubblicità e trasparenza, considerandolo strumento necessario ed indispensabile per consentire un controllo

capillare sulla correttezza dell'azione amministrativa ad opera del suo fruitore finale e cioè il popolo. In altre parole, il predetto testo unico sulla trasparenza delle pubbliche amministrazioni si palesava come uno degli strumenti predisposti dal legislatore per concorrere alla lotta contro la corruzione ed il malaffare amministrativo.

Ebbene, con il citato d.lgs. 33/2013 è stato sancito l'obbligo per tutte le articolazioni della pubblica amministrazione (e non solo per gli enti locali) di pubblicare tutti gli atti attinenti la loro organizzazione ed attività amministrativa. Infatti, l'art. 3, comma 1, d.lgs. 33/2013 (nel testo novellato dal recente d.lgs. 97/2016) stabilisce che “... *Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'[articolo 7](#).*”

In altre parole, l'art. 3 ha riconosciuto finalmente per tutte le amministrazioni pubbliche l'obbligo generale di pubblicare tutti gli atti amministrativi, aggiungendovi sinanco l'obbligo di pubblicazione dei “dati” e delle “informazioni”, cioè di quegli elementi che sono già in possesso della P.A. e che però non hanno ancora assunto la forma di provvedimento.

Con tale previsione normativa è stato superato il sopra indicato limite oggettivo insito nel principio di pubblicità e di trasparenza, sancito dalla l. 241/90, limite per il quale non era previsto l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti amministrativi.

Ma vi è anche di più ! Infatti, in correlazione a tale riconoscimento generalizzato del principio di pubblicità degli atti amministrativi (art. 3) è stato pure (e soprattutto) riconosciuto il c.d. accesso civico, cioè il “*diritto di chiunque*” di accedere a tutti gli atti eventualmente non pubblicati dalla pubblica amministrazione (artt. 1 e 5). In tal modo, viene anche superato l'ulteriore limite di estensione soggettiva dell'applicabilità dell'istituto di accesso agli atti amministrativi, per come lo stesso era stato disciplinato dalla l. 241/90 e che già si è avuto modo di meglio esaminare.

Più precisamente, l'art. 5, nel nuovo testo risultante dalla novella apportata dal d.lgs. 97/2016, stabilisce che “*L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.*”

La portata innovativa di tale previsione normativa si completa con quanto previsto dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 33/2013 (anch'esso modificato dal d.lgs. 97/2016), laddove viene stabilito

“La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.”.

In pratica, con le previsioni normative contenute nei sopra citati artt. 1, 3 e 5 d.lgs. 33/2013, si sono superati quei limiti oggettivi e soggettivi che la l. 241/90 frapponeva ad una piena esplicazione del principio di pubblicità e di trasparenza.

Infatti, con questo nuovo impianto normativo, sancito dal d.lgs. 33/2013, viene stabilito sia l'obbligo di pubblicare tutti gli atti amministrativi (superamento del limite oggettivo della l. 241/90) sia il riconoscimento del diritto di accesso di chiunque agli atti amministrativi (superamento del limite soggettivo della l. 241/90). Più precisamente, il d.lgs. 33/2013 comporta il riconoscimento del principio dell'“accessibilità totale” agli atti, dati ed informazioni della pubblica amministrazione, principio che viene garantito a “chiunque”, per il tramite dell'obbligo generalizzato di pubblicazione degli atti (art. 3), ovvero, *ad supplendum*, per il tramite del riconoscimento generalizzato del diritto di accesso agli atti amministrativi (artt. 1 e 5). In particolare, quest'ultimo (cioè il diritto di accesso) assume la funzione di norma di chiusura del sistema, ideata dal d.lgs. 33/2013 per garantire a “chiunque” la pubblicità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

Volendo fare una *reductio ad unum*, si può dire che con le previsioni normative introdotte dal d.lgs. 33/2013 si è portato a compimento il lungo percorso intrapreso dal legislatore, che era partito dalla segretezza istruttoria per arrivare invece all'obbligo generalizzato per la pubblica amministrazione di pubblicare tutti gli atti amministrativi e di consentirne l'accesso *quisque de populo*.

Fermo restando tale importantissima conclusione, si rileva inoltre che con il citato d.lgs. 33/2013 finalmente si è dato senso e significato giuridico ben preciso all'endiadi con cui, in precedenza, l'art. 1 l. 241/90 esprimeva il principio di “pubblicità e di trasparenza”. Infatti, con il citato art. 1 l. 241/90 l'utilizzo dei due

termini (pubblicità e trasparenza) sembrava esprimere un solo concetto, che in buona sostanza veniva a coincidere con quello della trasparenza amministrativa, inducendo così a ritenere che questi due termini in realtà si sovrapponevano tra loro esprimendo lo stesso significato giuridico.

A tale conclusione si veniva indotti dal fatto che nella legge 241/90, da un lato, si riscontrava all'art. 1 l'obbligo di informare l'azione amministrativa ai criteri di pubblicità e di trasparenza, mentre dall'altro lato non si rinveniva nessuna altra norma che sancisse l'obbligo di pubblicare gli atti amministrativi, ma si riscontravano solo norme che davano esclusiva attuazione alla trasparenza amministrativa (con la previsione del responsabile del procedimento, della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, del preavviso di rigetto dell'istanza, dell'obbligo di un provvedimento finale e del diritto di accedere agli atti). Per tale ragione, si era portati a ritenere che il legislatore, utilizzando i due termini di "pubblicità" e di "trasparenza", in realtà, volesse esprimere un identico concetto che, grosso modo, corrispondeva per l'appunto con quello della trasparenza, tralasciando invece quello della pubblicità, stante che la legge non sanciva l'obbligo di pubblicare gli atti amministrativi.

Peraltro, tale impostazione di pensiero veniva pure avvalorata dalla formulazione originaria dell'art. 1 (cioè quella antecedente alla riforma apportata con la l. 15/2005), anche se si limitava ad utilizzare esclusivamente il termine "pubblicità" (e non anche quello di "trasparenza"). Infatti, in questo caso, nonostante l'utilizzo del solo termine "pubblicità" era opinione comunemente accolta che si fosse in presenza della cosiddetta "legge sulla trasparenza amministrativa". Ed ancora una volta, tale conclusione veniva desunta da quanto già sopra argomentato e cioè dal fatto che, a fronte dell'enunciazione del principio di "pubblicità" sancito nella formulazione originaria dell'art. 1, invece gli istituti giuridici disciplinati da tale legge (responsabile del procedimento; comunicazione di avvio del procedimento amministrativo; preavviso di rigetto dell'istanza; emanazione di un provvedimento finale; accesso agli atti) attenevano per l'appunto al solo obbligo di rendere trasparente l'azione amministrativa, senza fare alcun riferimento all'obbligo di pubblicare gli atti amministrativi.

Finalmente, solo con il d.lgs. 33/2013 (letto in combinato disposto con la l. 241/90) si chiarisce che i termini "pubblicità" e "trasparenza" (utilizzati nella

formulazione definitiva dell'art. 1 l. 241/90 e con i quali solitamente viene denominato il principio in esame nel suo complesso) hanno un significato diverso e ben distinto l'uno dall'altro. Più precisamente, ognuno di detti termini esprime un diverso principio regolatore dell'azione amministrativa, sancendo rispettivamente il "principio di pubblicità" ed il "principio di trasparenza".

Ed invero, prevedendo per la prima volta l'obbligo generalizzato di pubblicità per tutti gli atti amministrativi, il d.lgs. 33/2013 dimostra che il termine "pubblicità" non è una mera sovrapposizione rispetto al termine "trasparenza", ma esprime una sua precisa connotazione giuridica che consiste per l'appunto nell'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni di pubblicare tutti i rispettivi atti di organizzazione e di gestione dell'attività amministrativa.

Invece, con il termine "trasparenza" si fa riferimento a tutti gli altri obblighi con i quali si concretizza la partecipazione al procedimento e che prevedono la nomina del responsabile del procedimento, la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, il preavviso di rigetto dell'istanza, l'emanazione di un provvedimento finale e l'accesso agli atti. Si tratta di obblighi che, ai sensi della legge 241/90, gravano sulla pubblica amministrazione procedente per rendere la propria attività trasparente, cioè conoscibile ai suoi diretti destinatari, ai contro interessati, ai soggetti che comunque possono subire un pregiudizio dal suo operato, nonché agli enti portatori di interessi qualificati e diffusi.

In definitiva, si può dire che il d.lgs. 33/2013 non ha sostituito la precedente l. 241/90, ma l'ha completata e portata a compimento, dando sostanza e concretezza al principio di pubblicità, come peraltro aveva già fatto in precedenza la l. 241/90 ma con riferimento al solo principio della "trasparenza".

Tutto ciò porta a concludere che, oggi, il principio di pubblicità e di trasparenza nel suo complesso raccoglie e riunisce in sé un coacervo di elementi, che possono così sintetizzarsi:

- obblighi di trasparenza, sanciti dalla l. 241/90 per tutte le pubbliche amministrazioni;
- obblighi di pubblicità, previsti dall'art. 10 d.lgs. 267/2000 solo per gli enti locali;
- obblighi di pubblicità e di accesso civico, previsti dal d.lgs. 33/2013 per

l'intera pubblica amministrazione.

6.6. Pregi e limiti del principio di pubblicità e di trasparenza.

Come già appena detto, il principio di pubblicità e di trasparenza ha un carattere riepilogativo che gli consente di assommare in sé tutti obblighi sanciti dalle disposizioni di legge sopra esaminate (l. 241/90; art. 10 d.lgs. 267/2000; d.lgs. 33/2013).

Coerentemente a tale carattere riassuntivo, si deve dire che nel suo complesso il predetto principio assolve ad una finalità unica, che è quella di rendere l'attività amministrativa conoscibile *quisque populo*, di modo che ogni consociato possa verificarne in pienezza di conoscenza la sua correttezza rispetto alla legge ed agli interessi della collettività.

Così inteso, il principio di pubblicità e di trasparenza non è solo uno strumento di controllo democratico dell'azione amministrativa, ma diventa anche un formidabile strumento di responsabilizzazione per coloro che gestiscono i pubblici uffici.

Infatti, poiché ogni loro atto rimane oggetto di pubblicazione, ne consegue che non è più possibile farsi schermo della segretezza istruttoria per cercare di nebulizzare e coprire fatti, comportamenti ed atti illegittimi, che spesso sono anche espressione di un'attività informata al malcostume amministrativo o peggio ancora al malaffare ed alla corruzione.

Infatti, la piena attuazione del principio di pubblicità e di trasparenza (che in forza del d.lgs. 33/2013 ha portato all'obbligo generalizzato di pubblicazione degli atti) consente la possibilità di conoscere e di identificare la specifica paternità dei singoli atti e comportamenti amministrativi, ovviando a quell'odioso rimpallo di competenze e di responsabilità cui spesso si assiste nella gestione dei pubblici uffici. Per ciò stesso ne consegue che, avendo certezza della paternità dell'attività amministrativa, si è in grado di ascrivere a soggetti istituzionali ben precisi e determinati (sia politici che manageriali) la responsabilità di eventuali disfunzioni ed inefficienze, con la conseguenza che questi soggetti saranno indotti (o almeno si spera!) ad attivarsi, sempre più e meglio, per un corretto esercizio dell'azione amministrativa.

Tuttavia, a fronte degli innegabili benefici testè indicati, che derivano dall'applicazione del principio di pubblicità e di trasparenza, si deve però precisare che tale principio incontra un suo limite intrinseco nella necessità di tutelare la privacy dei soggetti che rimangono coinvolti nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Ed invero, a tal proposito, le norme di riferimento sono le seguenti:

- l'art. 24, comma 7, 2° periodo, l. 241/90, secondo cui *“Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”*;
- l'art. 5 bis d.lgs. 33/2013, secondo cui *“L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:*
 - a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;*
 - b) la sicurezza nazionale;*
 - c) la difesa e le questioni militari;*
 - d) le relazioni internazionali;*
 - e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;*
 - f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;*
 - g) il regolare svolgimento di attività ispettive.*

2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;*
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;*
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.”*

Dalle norme sopra evidenziate si evince che il principio di pubblicità e di trasparenza, pur essendo caratterizzato come principio generale dell'azione amministrativa, tuttavia cede il passo di fronte ad altri interessi giuridici che il

legislatore considera di pari o addirittura di superiore importanza. Si fa qui riferimento alla necessità di tutelare i cosiddetti dati sensibili (dati giudiziari, dati relativi alla salute ed all'orientamento sessuale) e le libertà costituzionali (come la segretezza della corrispondenza, l'iniziativa economica ed il diritto di impresa), nonché ci si riferisce alla necessità di tutelare interessi superiori dello Stato afferenti a politiche di sicurezza nazionale, militare ed economica.

Dall'impianto normativo appena riportato se ne desume, però, che il principio di pubblicità e di trasparenza recede solo di fronte a quegli interessi che sono espressamente e tassativamente individuati dal legislatore come interessi superiori rispetto alla necessità di tutelare il principio stesso. Ciò significa che, ai fini della tutela della privacy, alla pubblica amministrazione rimane inibita la possibilità di individuare, di propria iniziativa, altri interessi (rispetto a quelli previsti dal legislatore) che a suo giudizio sarebbero in grado di superare il principio di pubblicità e di trasparenza.

Tuttavia, bisogna precisare che, nonostante l'eventuale acclarata ricorrenza dei predetti interessi legislativamente individuati, la P.A. non ha l'obbligo di far prevalere sempre e comunque detti interessi sul principio di pubblicità e di trasparenza, ma lo deve fare solo se a seguito di uno specifico bilanciamento degli interessi in gioco emerge che la conoscenza degli atti, dei dati e delle informazioni in suo possesso possa recare pregiudizio a tali interessi. In pratica, il legislatore non si è limitato a cristallizzare gli interessi con i quali si deve bilanciare il principio di pubblicità e trasparenza, ma si è spinto sino al punto di indicare alla stessa pubblica amministrazione che il metro del "pregiudizio" è quello che deve utilizzare per effettuare tale bilanciamento.

