

Capitolo I

Il procedimento amministrativo, il termine per provvedere e il silenzio inadempiuto. Le nuove garanzie per il privato in una prospettiva di maggiore parità. Profili teorici e aspetti problematici ai fini dell'adeguata collocazione del fattore "tempo" nella dinamica procedimentale

SOMMARIO: 1. La legge generale sul procedimento e il modello di relazione tra privato e P.A. Una nuova proposta che valorizza il fattore "tempo". – 1.1. Il principio della "buona fede" nella legge generale sul procedimento amministrativo: un cambio di paradigma e le relative conseguenze. – 1.1.1. Il principio della "buona fede" e il ritardo nel provvedere: alcuni utili spunti di riflessione che si ricavano dalla giurisprudenza. – 1.1.2. Il principio della "buona fede" e il ritardo nel provvedere: l'obbligo di *clare loqui* quale indice di un rapporto di parità idoneo a valorizzare il fattore tempo. – 1.1.3. Il principio della "buona fede" e il ritardo nel provvedere: la regola di condotta che valorizza il fattore tempo. Gli utili indirizzi della dottrina civilistica. – 1.1.4. Il principio della "buona fede" e il ritardo nel provvedere: l'affidamento del cittadino. Il fondamentale indirizzo di Merusi. – 2. Il procedimento amministrativo per la cura degli interessi pubblici nell'elaborazione dottrinale. – 3. La partecipazione procedimentale. Le concezioni "formalista" e "sostanzialista" alla luce dei principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea. – 4. La trasparenza nell'azione amministrativa. – 4.1. L'accesso agli atti nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) e la valorizzazione del fattore tempo tra aspetti sostanziali e processuali. – 5. L'inesauribilità del potere amministrativo: ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale su di un tema ancora al centro di conflitti interpretativi. – 5.1. L'inesauribilità del potere amministrativo: le contrapposte visioni di Santi Romano e Giovanni Miele. – 5.2. Il principio del "one shot temperato" e l'affannosa ricerca del punto di equilibrio fra la forza della *res iudicata* e la stessa funzione ed utilità di quest'ultima. La continuità del potere amministrativo *ex art. 97 Cost.* e il principio di ragionevole durata del processo *ex art. 111 Cost.* – 6. L'obbligo di conclusione del procedimento e il danno da ritardo. L'inadempiuto della P.A. alla luce del nuovo rapporto di parità. – 6.1. I casi sottoposti all'attenzione del Giudice Amministrativo sull'obbligo di provvedere. – 6.1.1. Casi significativi. Stipula del contratto e obbligo di provvedere in materia di appalti pubblici. – 6.1.2. Casi significativi. Sull'obbligo di provvedere sull'istanza di riconoscimento del titolo per l'abilitazione all'insegnamento di sostegno. – 6.1.3. Casi significativi. Sull'obbligo di rispondere alla domanda dei proprietari di terreni limitrofi a quello interessato da abuso edilizio. – 6.1.4. Casi significativi. Sull'obbligo di conclusione del procedimento di revoca delle concessioni demaniali marittime anche in caso di conclusione di accordi sostitutivi

del provvedimento. – 6.1.5. Casi significativi. Sull'obbligo di provvedere sull'istanza di rilascio dell'attestazione relativa al perfezionamento del silenzio-assenso sulla domanda di condono edilizio, ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990 e dell'art. 39, l. n. 724/1994. – 6.1.6. Casi significativi. Sull'obbligo di provvedere della Prefettura sull'istanza di revisione dell'interdittiva antimafia nel termine generale sancito dall'art. 2, comma 2, l. n. 241/1990. – 6.1.7. Casi significativi. Sull'obbligo di provvedere a fronte dell'istanza di sdemanializzazione di un bene. – 6.1.8. Casi significativi. Impianti pubblicitari e obbligo di provvedere della P.A. – 6.1.9. Casi significativi. Sull'esperibilità dell'azione avverso il silenzio in caso di assegnazione in proprietà di un lotto non seguita dalla stipula della cessione. – 6.1.10. Casi significativi. Sull'obbligo del Comune di mantenere e mettere in sicurezza la strada degradata e sul relativo "silenzio-inadempimento". – 6.1.11. Casi significativi. Sul "silenzio inadempimento" nell'ipotesi del procedimento disciplinare a carico di un avvocato e la differenza tra istanza e esposto. – 7. Sul regime degli atti tardivi della pubblica amministrazione: il comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990. Una riforma a metà. – 8. Alcune conclusioni: la graduale collocazione della pubblica amministrazione sullo stesso piano del privato e il rafforzamento del fattore tempo.

1. *La legge generale sul procedimento e il modello di relazione tra privato e P.A. Una nuova proposta che valorizza il fattore "tempo"*

La legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) è il principale riferimento normativo da considerare nel momento in cui si indaga sull'esercizio dell'azione amministrativa e, come in questo caso, sul "tempo"¹.

Ciò perché, proprio nell'esercizio dell'azione amministrativa, indipendentemente dall'ambito disciplinare in cui ci si trova ad operare (appalti, urbanistica, pubblico impiego), le pubbliche amministrazioni debbono osservare la richiamata "legge generale" sul procedimento, unitamente alle singole normative di settore.

Essa rappresenta senz'altro una bussola che guida le amministrazioni nella cura dell'interesse pubblico.

L'impostazione che oggi si può senz'altro riconoscere alla legge generale sul procedimento amministrativo è quella di un testo normativo che mira a garantire una forte tutela a tutti gli interessi e i valori che, inevitabilmente, entrano in gioco nel momento in cui una pubblica amministrazione emana un provvedimento. Detta legge è stata ed è molto criticata. Nonostante ciò, a parere di chi scrive costituisce ad oggi un sicuro baluardo a tutela dei diritti (e interessi legittimi) dei privati contro i soprusi della P.A.

Con questo paragrafo, introduttivo del capitolo dedicato al procedimento amministrativo, si proverà a dar conto dell'evoluzione che ha contraddistinto

¹ La "codificazione" del procedimento avviene in Italia solo nel 1990, con la l. n. 241, secondo un modello normativo ben diverso da quello austriaco e tedesco.

nel tempo la legge in argomento. Evoluzione evidentemente influenzata dalla società in cui viviamo.

Nel tentativo di soddisfare l'esigenza ora descritta bisogna partire da un dato chiaro, inequivocabile, che i cultori del diritto amministrativo conoscono bene: la legge in esame non contiene, per gran parte, una disciplina completa ed esauritiva del procedimento amministrativo, limitandosi a specificare alcuni principi e a disciplinare gli istituti più importanti.

La l. n. 241, infatti, è breve e snella, opera essenzialmente per principi e recepisce istituti giurisprudenziali. A ciò si aggiunga che talune fasi endoprocedimentali non sono ivi contemplate. Si pensi – a titolo esemplificativo e non esauritivo – alle deliberazioni collegiali.

D'altra parte – e più in generale – il diritto amministrativo, nella sua parte generale, come disciplina giuridica delle pubbliche amministrazioni come organizzazioni e dell'esercizio della funzione di amministrazione nelle sue varie forme, si fonda in larga misura su principi di formazione giurisprudenziale. Principi che la giurisprudenza del Consiglio di Stato, supportata dalla dottrina, ha elaborato a partire dalla seconda metà dell'800 sulla base dei caratteri fondamentali dello Stato di diritto poi evolutosi in Stato costituzionale.

Nonostante quanto esposto sino a questo momento qui occorre segnalare che la legge sul procedimento, approvata il 7 agosto 1990, era composta da trentuno articoli e novantatré commi. Oggi, la vigente legge, ha abbondantemente superato la soglia dei cinquanta articoli. Dal 1990 ad oggi, infatti, di anno in anno il legislatore è intervenuto sul testo della versione originaria perfezionando, modificando o stravolgendone il contenuto.

La legge sul procedimento è vittima di un singolare paradosso: (i) per un verso, può essere considerata, almeno sul piano sistematico, la più importante tra le tante leggi che regolano l'organizzazione e l'azione amministrativa; (ii) per altro verso ha mutato pelle e vita molte volte nel tempo, diventando sempre più instabile.

Tuttavia, dall'esame degli interventi che di anno in anno il legislatore ha operato sulla legge in esame emerge un dato costante: il "tempo" è stato sempre adeguatamente considerato. Detto in altri termini, la problematica del ritardo nell'esercizio dell'azione amministrativa non è stata mai trascurata. Al contrario, il legislatore ha cercato di ridurre al "minimo sindacale" l'arco temporale riconosciuto alla P.A. per l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

Come segnalato nelle note introduttive del presente lavoro, il procedimento amministrativo è uno dei temi su cui si è cimentata in maniera sistematica la nostra scienza del diritto amministrativo, sempre incline a privilegiare l'aspetto pragmatico su quello dogmatico nello studio dei fenomeni amministrativi².

²Sul tema in dottrina, *ex multis*, si v. E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento, in Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, 211 ss., spec. 237.

Questo modello, coerente con la tradizione amministrativistica italiana, non è sostanzialmente snaturato dagli interventi legislativi del 2005 e del 2009, che pure innovano la l. n. 241/1990 in più parti, risentendo delle profonde trasformazioni che hanno interessato l'amministrazione pubblica, come si evince dall'analisi, esemplificativa, di tre istituti: vizi formali, trasparenza e danno da ritardo.

Da quando è entrata in vigore ad oggi, come anticipato, molto è cambiato: le mutazioni del contesto politico e sociale hanno, infatti, inciso anche sulla legge in esame.

Come attenta e autorevole dottrina ha avuto modo di evidenziare (Lazzara)³ il procedimento amministrativo è diventato per il legislatore strumento importante per incrementare le politiche favorevoli alla libera iniziativa economica, sul presupposto che le verifiche amministrative e i condizionamenti pubblici siano il principale ostacolo al riguardo. Nel rapporto pubblico privato il risultato si realizza con il massiccio ricorso all'autocertificazione e lo spostamento delle responsabilità istruttorie sul privato interessato. Il controllo successivo, d'altra parte, viene circoscritto e condizionato anche per gli aspetti che attengono all'autotutela. Le riforme ripropongono continuamente l'emersione dei profili di rilevanza degli aspetti economici connessi all'azione amministrativa. È questa la principale chiave di lettura delle riforme degli ultimi venti anni, che spiega la complessità del sistema, le contraddizioni e le difficoltà delle politiche pubbliche e che lascia anche prefigurare alcuni scenari futuri.

Ma per comprenderne appieno l'attuale portata ed efficacia si ritiene necessario inquadrare, in via preliminare:

1. l'attuale assetto organizzativo dell'amministrazione;
2. l'evoluzione normativa europea con specifico riguardo al procedimento amministrativo;
3. l'approccio della giurisprudenza.

Detto metodo d'indagine, dal quale non ci si vuole discostare, consente (a parere di chi scrive) di coniugare la *ragion pura* con la *ragion pratica*.

Partendo dunque dal primo dei tre punti sopra elencati si può affermare che lo Stato è divenuto un ente ad amministrazioni disaggregate, ove si sovrappongono una pluralità di organi deputati ad esprimere la volontà amministrativa: organi tecnici, come le autorità indipendenti, e organi rappresentativi di interessi.

Nel contesto attuale deve inoltre segnalarsi come molto più significativo rispetto al passato sia il ruolo dell'amministrazione europea. In numerose politiche di settore, infatti, si registrano raccordi tra l'ordine giuridico europeo e quello nazionale.

³P. LAZZARA, *L'evoluzione del procedimento nell'ultimo decennio*, in *Foro amm.*, 2017, 7-8, 1771-1780.

Nel tempo si sono inoltre moltiplicate le strutture, le funzioni sono diventate eterogenee e i conflitti necessitano di meccanismi di coordinamento. Si sono diffusi nuovi centri di imputazione. L'assetto è divenuto reticolare, articolato su più poli collocati anche in aree diverse, regionali, statali e sovranazionali.

Storicamente è stato ritenuto che la qualifica di ente pubblico fosse uno *status* riguardante il capo generale delle sue azioni e dei suoi comportamenti⁴. Secondo tale ricostruzione, dunque, nel momento in cui un soggetto è inquadrato come ente pubblico deve sempre comportarsi come tale e deve osservare, in tutti gli ambiti, le regole ed i principi che informano l'azione della P.A.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, ad oggi, nonostante l'influenza del diritto europeo, manca una definizione unitaria ed omogenea di ente pubblico.

Di volta in volta, con un approccio concreto, la giurisprudenza attribuisce rilevanza a determinati elementi strutturali con i risvolti che fisiologicamente ne conseguono.

La valorizzazione del profilo funzionale relativo alle finalità perseguite porta ad individuare diverse nozioni di pubblica amministrazione, in ragione degli ambiti generali e settoriali di disciplina che vengono in rilievo e a ravvisare, per ciascuna pubblica amministrazione, una possibile articolazione della natura, pubblica o privata, in ragione della specifica disciplina applicabile.

Le condizioni necessarie per la presenza di un ente pubblico sono di tipo organizzativo e sostanziale.

Il presupposto organizzativo è rappresentato dal rispetto del principio di legalità. La Costituzione impone che deve essere la legge a stabilire quando un soggetto possa qualificarsi come pubblico (art. 97 Cost.). In questi stessi termini la l. 20 marzo 1975, n. 70⁵, in attuazione di tale principio, precisa che “*nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*”.

Il presupposto sostanziale è, invece, costituito dalla presenza di indici idonei a rilevare i connotati pubblicistici dell'ente.

Questo secondo aspetto, come già sottolineato, presenta diversità a seconda del contesto e delle finalità che il sistema impone di perseguire.

A tal riguardo si possono distinguere ambiti generali e settoriali di rilevanza.

L'ambito generale è quello che rileva ai fini dell'individuazione di un ente pubblico nell'ordinamento nazionale.

In questo contesto il criterio sostanziale di identificazione valorizza una serie di indici esteriori sintomatici della pubblicità, rappresentati, in particolare: dall'istituzione per legge; dalla costituzione ad iniziativa pubblica; dal fine di interesse pubblico che deve essere perseguito; dall'attribuzione di poteri pubblici;

⁴ Così è stato rilevato da F. CARINGELLA, in *Corso di diritto amministrativo*, I, VI ed., Milano, 2011, 801 ss.

⁵ Legge contenente le “*Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente*”.

dal rapporto di strumentalità con lo Stato o ente territoriale, che implica l'esercizio di penetranti poteri di indirizzo e controllo; dal finanziamento pubblico. L'esigenza di maggiore certezza ha indotto il legislatore ad affiancare a questo criterio un altro criterio di tipo formale, consistente nell'indicazione dei soggetti che devono ritenersi pubbliche amministrazioni. In questa prospettiva, la norma generale, richiamata da molte leggi di settore per definire il loro ambito applicativo, è costituita dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁶. Tale norma dispone che: "*per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*". L'elencazione, richiamando genericamente anche "*tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali*", non ha una valenza autosufficiente; pertanto si impone che a questo criterio formale se ne affianchi un altro di natura sostanziale.

Il primo ambito settoriale che viene in rilievo, influenzato dal diritto europeo, è quello relativo ai contratti pubblici di lavori e servizi pubblici.

Il legislatore europeo, in ossequio al principio dell'autonomia organizzativa degli Stati membri, demanda ad essi l'individuazione dei soggetti che devono qualificarsi come organizzazioni pubbliche. La deroga a questo principio è stata introdotta per assicurare la tutela della "*concorrenza per il mercato*" nei predetti settori, in particolare mediante l'elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblico. Si intende, così, impedire che, nel riconoscere piena libertà agli ordinamenti nazionali di identificare la nozione di "*amministrazione aggiudicatrice*", si rischi di eludere le norme di garanzia che presiedono alla scelta del contraente attraverso il ricorso a forme organizzative private.

Il secondo ambito settoriale, di ispirazione anch'esso europeo, è costituito dalle regole di disciplina rilevanti ai fini del rispetto del patto di stabilità. In questa prospettiva, la l. n. 196/2009, ha fornito una nozione di pubblica amministrazione di valenza non generale ma limitata all'applicazione della normativa che persegue lo scopo di assicurare il rispetto del predetto patto.

Il legislatore nazionale ha, pertanto, introdotto un sistema di individuazione di tali enti affidato ad un'attività di certificazione dell'Istat, nel rispetto di criteri sostanziali di identificazione mutuati dal diritto europeo.

Per quante perplessità possa suscitare la scelta del legislatore di rimettere tale

⁶ Norma generale sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

attività certificativa al predetto Ente (l'ISTAT, appunto) – giacché esso, istituzionalmente, è strutturato per occuparsi di attività statistica e non certificativa – sta di fatto che alla normativa primaria succitata consegue che un soggetto possa essere qualificato come pubblica amministrazione esclusivamente ai fini dell'applicazione di detta normativa.

La variabilità della nozione di ente pubblico in ragione dell'ambito, generale o settoriale, di intervento si arricchisce di ulteriori diversificazioni interne alla stessa nozione di ente che viene in rilievo nei riferiti ambiti.

Il Giudice amministrativo ha, infatti, già avuto modo di affermare che un soggetto può essere ente pubblico o privato a seconda, da un lato, della disciplina che si applica e, dall'altro, delle finalità perseguite⁷.

In definitiva, l'esigenza di assicurare determinate finalità impone che la definizione della nozione di ente pubblico non sia unica ed immutabile e possa variare sia in relazione ai settori, generali o particolari, che vengono in rilievo, sia in relazione – quando l'ente pubblico è identificato – alla specifica attività che deve svolgere.

Come si è visto, dunque, il diritto comunitario pare aver imposto però la cd. logica delle “geometrie variabili”, alla stregua della quale nei diversi settori disciplinari possono essere individuati enti pubblici settoriali qualificabili come tali solo in precisi ambiti.

La descritta concezione deriverebbe dall'applicazione del principio dell'“effetto utile” di cui all'art. 10 del Trattato CE, ora sostituito dall'art. 4, § 3, TFUE secondo il quale la miglior soluzione del caso concreto è quella che meglio si ataglia al fine che la norma comunitaria vuole perseguire.

In altri termini occorre procedere ad una interpretazione che attribuisca debita importanza alle finalità ed agli obiettivi definiti dalle Istituzioni dell'Unione Europea.

Tale teoria può trovare pratica applicazione nel momento in cui ci si confronta con la problematica della definizione e decodificazione del concetto di pubblica amministrazione ai fini della applicazione delle regole delle gare ad evidenza pubblica per la realizzazione di opere e l'acquisizione di beni, servizi e forniture. Alla base dell'indicata riflessione si colloca, infatti, sia l'esigenza di garantire l'affermazione del principio di libertà di circolazione nonché la massima apertura del mercato dei contratti pubblici, sia l'esigenza di garantire il rispetto della riserva costituzionale prevista dall'art. 41 Cost. in favore delle imprese pubbliche e comunque di quei soggetti pubblici che, seppur in parte, operano in un mercato aperto al libero gioco della concorrenza.

In linea generale, giova ricordare che l'ente pubblico, prima della sottoscrizione del contratto, deve osservare le procedure dell'evidenza pubblica rispetto-

⁷Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; Id., 26 maggio 2015, n. 2660, che valorizzano l'approccio funzionale e non tipologico nell'identificazione dell'ente pubblico, in www.giustizia-amministrativa.it.

se dei principi comunitari in materia di concorrenza⁸ al fine di assicurare non solo la scelta del miglior contraente ma, più di tutto, il libero esplicarsi del gioco della concorrenza nel mercato dei pubblici appalti.

In questo senso, il concetto di pubblica amministrazione si estende tanto da ricomprendere non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli che, pur presentando una veste privatistica, sono sottoposti ad un controllo pubblico⁹. Tale estensione trova giustificazione nella necessità di evitare che, dando rilievo alla veste privatistica, si legittimi l'elaborazione di un "facile congegno elusivo"¹⁰, consistente proprio nella costituzione di soggetti privati controllati da quelli pubblici, con l'obiettivo di liberarsi dal vincolo di rispettare le procedure dell'evidenza pubblica.

⁸ Con riferimento al tema del rapporto tra i principi comunitari e il principio della concorrenza, si rinvia A. CLARIZIA nelle belle pagine di *La Corte suona il de profundis per l'in house*, nota a Corte giust. CE 13 ottobre 2005 (causa C-458/03) in *Giust. amm.*, 2005, 5, 1061-1064. Con l'opera citata l'Autore evidenzia come continui l'involuzione della Corte di Giustizia in tema di *in house*, al fine di ricondurre nell'alveo dei principi comunitari un modulo organizzatorio, sostanzialmente ideato dalla stessa Corte, ma poi "sfuggito di mano", con effetti senz'altro pregiudizievoli per il mercato. Le affermazioni dell'organo di giustizia comunitario, che lasciavano grandi spazi operativi in ragione della ampiezza dei presupposti applicativi introdotti, hanno spinto molte Amministrazioni, soprattutto locali, ad affidare direttamente (in particolare) servizi e/o lavori a soggetti a partecipazione pubblica, eludendo elementari regole di concorrenza. La Corte, una volta resasi conto di tale situazione e delle conseguenze correlate, ha interpretato in maniera sempre più restrittiva i presupposti essenziali dell'istituto, così limitandone al massimo l'operatività. La Corte ha ora dettato ulteriori elementi restrittivi prestando però il fianco, secondo l'Autore, ad evidenti contraddizioni e suscitando perplessità proprio in relazione alla ricostruzione logico-giuridica dell'istituto, che potrebbero aprire la strada ad ulteriori elusioni. In argomento, e rispetto alla tutela della concorrenza nel nostro ordinamento, interessanti spunti si rinvencono in A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; F. SCLAFANI, *Il Tar del Lazio come giudice nazionale della concorrenza*, in *Rass. avv. Stato*, Roma, 1-4, 2000, II, 19.

⁹ Con riferimento ai cd. nuovi "soggetti pubblici", frutto del processo di privatizzazione formale che ha interessato il nostro ordinamento tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo secolo, la giurisprudenza, è andata adottando un orientamento sostanzialista nella qualificazione giuridica delle figure che presentano solo l'involucro formale mantenendo comunque funzioni pubblicistiche. Con riferimento all'impostazione appena riportata in dottrina si v. V.G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss. Per l'impostazione contraria, si vedano, fra gli altri, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 89 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 171 ss. Per i più recenti contributi in tema di società pubbliche si rinvia, fra gli altri, a M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, cit., 130 ss.; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; G. ROSSI, G. CORSO, P. SAVONA, D. VELO, V. VACCARI, L. TORCHIA, E. CARDI, A. BINDI, G.M. CARUSO, *Società in mano pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 2, 185.

¹⁰ Opportuna espressione adottata da F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*

Tale problematica ha portato all'elaborazione della figura di organismo di diritto pubblico.

Ad oggi si può pacificamente affermare che il legislatore europeo (e di conseguenza quello nazionale) è incline ad adottare una nozione di ente pubblico non ontologica ma teleologica, applicata a casi specifici e pertanto ordinata a qualificare un ente come pubblico non per tutte le circostanze ma per scopi peculiari. Il settore in cui si registra la descritta tendenza è proprio quello degli appalti pubblici.

È noto, infatti, che il codice dei contratti pubblici sottopone a regole pubblicistiche una serie di soggetti (organismi, società per azioni miste, soggetti totalmente privati ma sovvenzionati pubblicamente), solo ai fini – per l'appunto – della scelta del soggetto aggiudicatario. In questo ambito anche il relativo contenzioso è attribuito al Giudice amministrativo¹¹.

È tuttavia opportuno aggiungere un'ulteriore considerazione, derivante dalla difficoltà riscontrata nella individuazione della disciplina da applicare ai “nuovi modelli di PP.AA.”¹².

Ad oggi ci confrontiamo con tutta una serie di leggi che mira a “pubblicizzare” l'azione delle organizzazioni pubbliche in forma privatistica. La tendenza è, infatti, quella di assoggettare tali organizzazioni ad istituti di diritto pubblico in tutti gli ambiti¹³. In questo senso, esemplificando, Poste S.p.A. è stata inquadrata come una sorta di Ente pubblico in forma societaria in forza di due dati: il primo rappresentato dal carattere di società interamente posseduta dallo Stato; il secondo, rappresentato dai fini di pubblico interesse che la stessa è chiamata a perseguire. Donde, buona parte degli atti della società sono attratti nel *genus* degli atti amministrativi e sottoposti pertanto alla giurisdizione del Giudice amministrativo¹⁴.

Alla luce delle riportate argomentazioni si può sostenere che soggetti privati (da un punto di vista formale) sono capaci di produrre atti pubblici. Da tale affermazione scaturisce l'ulteriore conclusione secondo la quale la natura del soggetto è indifferente rispetto alla natura degli atti giuridici di sua pertinenza¹⁵.

¹¹ Tanto si giustifica, alla luce dell'art. 103 Cost., nella misura in cui questi soggetti privati sono considerati enti pubblici.

¹² La questione problematica in parola è stata più volte evidenziata da V. CERULLI IRELLI, “*Ente pubblico*”: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, cit., 516.

¹³ Tale tendenza deriverebbe, secondo una giurisprudenza del Consiglio di Stato, dalla necessità di accompagnare all'azione di questi soggetti le garanzie sostanziali che derivano, di fatto, dal rispetto delle norme pubblicistiche. Così Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁴ Così Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a V. CERULLI IRELLI, in *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit.

¹⁵ Tale impostazione appare comunque dirompente rispetto all'impostazione tradizionale del

L'evoluzione della società porta seco l'emersione di interessi nuovi interessi che debbono essere considerati non solo a livello nazionale ma anche a livello europeo. I procedimenti assumono maggiore complessità e occorre garantire l'osservanza di alcuni standard minimi da parte di tutte le amministrazioni coinvolte. Da qui l'avvertita esigenza di disposizioni procedurali, a carattere trasversale, valide per tutti i procedimenti amministrativi europei indipendentemente dalle norme di specie.

Di conseguenza, con riferimento al secondo punto sopra indicato, questa realtà sempre più emergente è dimostrata dai tentativi di codificazione del procedimento amministrativo europeo. In questo senso abbiamo assistito all'iniziativa del Parlamento europeo che, con una risoluzione, ha domandato alla Commissione di presentare una proposta di regolamento in materia.

La frammentarietà e la differenziazione sono amplificate altresì dal diverso ruolo degli interessi dei "terzi", che viene a cambiare la prospettiva del procedimento. Il terzo (che non è chiunque) diviene gradualmente titolare di un interesse qualificato e differenziato – ossia non fa valere una pretesa che si collega all'interesse generale, ma una posizione individuale sua, propria, di colui che è toccato dall'azione amministrativa, pur non essendo il principale destinatario – meritevole di protezione. A questa emersione segue una gamma di aspettative e interessi che sono in grado di sfociare in altrettante pretese soggettive.

Andando dunque al terzo dei punti sopra indicati si può certamente sostenere che da quando è entrata in vigore la l. n. 241/1990 ad oggi la giurisdizione ha mutato totalmente volto. Anche in forza del Codice del processo amministrativo, la tutela giudiziaria è molto più effettiva in qualità e quantità. Con il d.lgs. n. 104/2010 è ritenuto, infatti, acquisito un sistema di tutele effettivo nei confronti dei pubblici poteri. Nella soluzione dei conflitti sono state perfezionate le tecniche di attuazione dei diritti e degli interessi secondo un canone che si avvicina alla piena giurisdizione. Le diverse tipologie di azioni mirano, in modo più incisivo che nel passato, a garantire una risposta definitiva alla domanda del privato mirante ad ottenere l'acquisizione o la conservazione di un determinato "bene della vita". Il processo amministrativo oggi è il presidio dei diritti e il suo baricentro sta più sul rapporto che sull'atto.

A ciò si aggiunga che per ciò che concerne lo stato della legislazione negli ultimi anni si è proceduto ad importanti codificazioni di settore che hanno avuto il pregio di razionalizzare (in parte) la legalità amministrativa. Anche se spesso ciò ha determinato una vera e propria "esondazione legislativa" che ha dato corpo ad una sorta di "amministrazione per legge." Ciò nel tentativo di limitare la discrezionalità delle amministrazioni, a torto o a ragione ritenuta sinonimo di abuso o di arbitrio.

nostro ordinamento, secondo la quale la pubblicità degli atti giuridici è correlata alla pubblicità dei soggetti che li emanano, salvi i limitati casi di *munera*.

Una situazione del genere ha quale effetto concreto quello di intimorire i funzionari sempre più contratti in sede di decisione, anche per il timore dei controlli e del reticolo di responsabilità – civile, penale, amministrativa, contabile – che avvolge l'azione amministrativa.

Le Corti, di conseguenza, hanno avuto un bel da fare nell'opera di cucitura del diritto amministrativo. In questa attività, tuttavia, abbiamo assistito a dei "passi in avanti" da parte della giurisprudenza che, talvolta, hanno messo a dura prova gli schemi concettuali adottati dal legislatore dopo anni e anni di studio e lavoro.

Non si può comunque negare l'impegno della Corte costituzionale nella definizione dei legami tra Costituzione e amministrazione. Così come pure il Consiglio di Stato e i TAR hanno fatto riemergere la logica dei principi per la risoluzione delle controversie. In questo senso ha operato altresì la Corte di giustizia europea, sotto l'influenza tedesca.

La Carta europea ha codificato alcuni principi di buona amministrazione, e ha persino stabilito che da questi deriva un diritto. La legge sul procedimento amministrativo del 1990 ha fatto altrettanto, a livello nazionale. Ciò è ben visibile nel ruolo che i principi rivestono nell'art. 1 l. n. 241/1990, dove oggi si conferma che "*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*". I principi vengono così calati in ogni angolo del diritto amministrativo. Essi, peraltro, costituiscono la naturale esplicitazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.

Certo è che la società continua ad essere antiburocratica e, di conseguenza, l'amministrazione viene ritenuta una "zavorra" per la crescita. È incessante la richiesta di tagli alla burocrazia poiché compromette l'efficienza e rappresenta un freno alla crescita economica e sociale.

La sensazione ingenerata nella comunità è che la frammentazione normativa e amministrativa abbia determinato una carenza di prevedibilità, comprensibilità e fiducia nel procedimento. Si ha l'impressione cioè che la società si sia evoluta più rapidamente dell'amministrazione, nutrendo di conseguenza aspettative molto più alte verso il corpo burocratico.

A parere di chi scrive però l'appena riportata considerazione è un falso mito. E ciò perché l'impianto normativo con cui ci confrontiamo mira a garantire la tutela di tutti i valori che entrano in gioco nel momento in cui l'amministrazione si determina nell'adozione di un provvedimento capace di incidere nella sfera giuridica soggettiva dei privati. Credo sia più corretto rilevare che non sempre alle norme viene data una corretta interpretazione e, troppo spesso, ci confrontiamo con pronunce giurisprudenziali contrastanti che ingenerano confusione. Detto fenomeno che merita di essere segnalato in questa sede, è causa di gravi disfunzioni e ritardi nell'esercizio dell'azione amministrativa.

Tuttavia, deve essere altresì rilevato che la cultura amministrativa ha compiuto progressi importanti. I nuovi compiti e le accresciute dimensioni hanno ri-

chiesto una modernizzazione delle tecniche gestionali, il ricorso alle tecnologie, con un'attenzione maggiore all'analisi economica e ai progressi dell'economia applicati alle amministrazioni. Molto più considerevole è il ruolo dell'amministrazione consensuale. Ha preso piede il *new public management* con il proposito di perseguire una maggiore efficienza.

Si pensi a titolo esemplificativo e non esaustivo al nuovo ruolo conferito alle pubbliche amministrazioni nel settore degli appalti pubblici. Esse, infatti, sono chiamate a muovere tutte le leve incentivanti il mercato al fine di favorire la massima partecipazione delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici. Ciò deriva, in particolare, dalla circostanza che il principio che informa la materia degli appalti pubblici è quello della concorrenza. Per l'effetto, la massima partecipazione alle gare pubbliche è stata elevata a interesse pubblico.

In questo senso, inoltre, istituzioni internazionali, come l'OCSE, dedicano “*un grande impegno alla diffusione di moderni criteri di gestione pubblica*”.

Questo rapido sguardo dimostra come le amministrazioni non siano corpi immobili e le leggi sul procedimento presentino dei veri e propri “cicli vitali”, che andrebbero adattati ai diversi momenti in cui tale tipo di normazione necessita di essere calata nell'azione delle strutture amministrative.

Senza voler a questo punto della trattazione cimentarsi con percorsi storici articolati e complessi, valga in questa sede ricordare che a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta la legge sul procedimento rappresentò una “svolta” vista sotto la luce dei rapporti tra autorità e privati, perché erano tutelati individui, gruppi e imprese. Certo si trattò di un capovolgimento parametrato al contesto di amministrazioni più o meno uniformi, con ridotti meccanismi di imputazione, in un contesto di prevalenza del diritto positivo, con un giudice amministrativo a cui affidare il principale presidio di legittimità ammesso dal sistema. Si trattò di un passo avanti cruciale, ma non di un passo sufficiente a rimediare ad alcune arbitrarie sulle quali la società civile era particolarmente sensibile.

Il cambiamento dell'Amministrazione in questi anni è dovuto, in gran parte, alla legge sul procedimento. A parte la codificazione dello statuto del provvedimento, sono stati numerosissimi gli interventi di modifica, quasi su ogni istituto, al punto che gli ultimi governi hanno voluto tutti lasciare un segno sulla l. n. 241/1990. Vale la pena, allora, interrogarsi se le numerose modifiche a tale legge abbiano seguito il passo con i tempi. L'adozione di regole ben definite, riviste nel tempo, ha fatto chiarezza sui diritti e sugli obblighi delle parti? Ha incrementato la trasparenza e l'efficacia? Ha semplificato l'ordinamento aumentando la certezza del diritto? Il lungo percorso di un trentennio ha dato i suoi frutti ¹⁶?

¹⁶Dando luogo, tra l'altro, a profili di raccordo con la protezione dei dati personali (su cui, da ultimo, F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in *La riforma del lavoro pubblico*, a cura di F. PIZZETTI, A. RUGHETTI, Poggio Torriana, 2010, 29 ss.). Sugli obblighi di trasparenza v. la delibera n. 105/2010 della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, recante le Linee guida per il programma triennale del-

Innanzitutto, la valorizzazione del procedimento non ha seguito solo un percorso legislativo, ma è avvenuta anche, come anticipato, a livello giurisprudenziale. Si è un modello di legalità procedurale, in cui la partecipazione dei privati alla gestione legittima l'esercizio del potere pubblico e incide sulla configurazione dell'interesse collettivo, quale prodotto del confronto procedimentale tra gli interessi coinvolti.

La legge generale oggi si presenta come un documento normativo molto più dettagliato, che si occupa di attività e di decisione, che stabilisce criteri guida che vanno dall'iniziativa alla decisione. In questo senso il compito del legislatore non è stato agevole perché tali leggi non possono essere estese troppo dettagliate, perché – in tal caso – esse finiscono per perdere la loro funzione di regole generali del procedimento amministrativo. Si è invertito il rapporto tra regola ed eccezione. La l. n. 241/1990 ovviamente è una regola generale, che può essere smentita dai regimi speciali dei procedimenti settoriali. Ma accade anche il contrario per alcune fattispecie, giacché è una regola generale in grado di prevalere sulle discipline particolari. Basti pensare agli strumenti di semplificazione, come la scia o il silenzio-assenso.

È mutato, come si è visto, l'ambito di applicazione, mediante l'estensione dell'obbligo di rispetto delle regole procedurali in capo ai privati. Se originariamente la l. n. 241/1990 si applicava solo alle amministrazioni e ai privati gestori di pubblici servizi, oggi tale normativa riguarda sempre di più i poteri privati che esercitano funzioni amministrative. Laddove si colloca l'esercizio di una attività autoritativa, indipendentemente dalla natura del soggetto investito, lì diviene obbligatoria la considerazione della sequenza procedimentale con le sue garanzie e prerogative a favore del privato.

Eppure, le norme sul procedimento non sembrano essere efficaci nel disciplinare oggi la realtà disaggregata delle amministrazioni. Quasi il novanta per cento dell'attività amministrativa si svolge mediante conferenze di servizi, eppure quest'ultima continua a rivelarsi una tecnica farraginosa. L'ambizione delle regole e degli istituti del procedimento è diventata quella di essere una sede di coordinamento tra i poteri. Ma queste ambizioni si scontrano con varie difficoltà, che dipendono da regole eccessivamente minuziose che si traducono più in un eccessivo irrigidimento dell'agire pubblico che non in una rafforzata capacità di raggiungere gli obiettivi. I procedimenti composti e le interrelazioni con l'amministrazione europea non trovano cittadinanza nel testo di legge. La trama rimane costruita su una relazione bilaterale tra cittadino e potere, senza che i terzi siano in grado di riscontrare adeguata protezione all'interno del procedimento.

La tutela processuale ha mutato le proprie forme, ma l'asse con il procedi-

la trasparenza, in *www.civit.it*. Sulla tematica, cfr. per tutti, F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; P. TANDA, voce *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. 3, Torino, 2008, 884 ss.

mento è rimasto identico. Non si è riusciti a dar vita all'idea di una costruzione dell'edificio procedimentale preordinato a tradurre in realtà operative le istanze dei cittadini, è ancora lontana la realizzazione contenziosa del procedimento. È fallita l'idea di contraddittorio, nonché l'obiettivo di trasformare le amministrazioni in organi tesi anche a risolvere controversie. Ciò in prima istanza perché le amministrazioni sono ancora troppo timorose delle conseguenze che possono derivare dall'adozione di soluzioni differenti da quelle che in passato, anche sbagliando, hanno adottato. In seconda istanza perché il numero dei dipendenti pubblici è ancora insufficiente a garantire un giusto confronto in contraddittorio.

Ne consegue che l'amministrazione spesso attende dal giudice la promozione del proprio operato. Il procedimento non sembra apparire come un campo di realizzazione delle legittime aspettative, nel rispetto del criterio di specializzazione delle competenze e della riserva di amministrazione, ma conserva ancora i caratteri del rito bizantino funzionale ad ostacolare, più che agevolare, la soluzione dei problemi della collettività, in attesa magari di un sindacato che dichiari la consumazione del potere amministrativo.

È noto che la legge sul procedimento si allontana dal modello delle grandi codificazioni ottocentesche, rispondendo alla tecnica della codificazione riformatrice. Il "codice" del procedimento contiene molte norme nuove che prima non esistevano, sebbene non sia una disciplina interamente nuova né una normativa che comporti la sostituzione integrale delle regole esistenti. Sono ivi inserite regole a contenuto trasversale in una trama già fitta di disposizioni speciali, legislative e regolamentari. Tali discipline speciali sono in sostanza "doppiate" da una regolazione generale e comune delle sequenze procedimentali e dei relativi diritti dei cittadini.

Premesso ciò, la disciplina procedimentale è stata in questi anni prodotta più dal legislatore che con regolamenti dalle singole amministrazioni.

Qui non può essere sottaciuta la critica invalsa nel tempo secondo cui nell'ultimo trentennio il Parlamento è stato soprattutto una cassa di risonanza di interessi particolari, facendo soprattutto "leggi di spesa o leggi di esenzione o leggi di emergenza o leggi-figurino". Con la conseguente pessima attività legislativa. Infatti, sebbene il legislatore continui a svolgere un ruolo di definizione del livello minimo di garanzia dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni, molte sono le norme-manifesto, le leggi-proclama dettate da spirito demagogico che non tengono conto della realtà amministrativa, e frequente è il ricorso alla tecnica della deroga e dell'eccezione. Il ruolo dei principi si è andato diradando, con la conseguente prevalenza di regole minuziose. Ne scaturisce una disciplina complessa, che rende assai difficoltosa l'attività di coordinamento normativo dell'interprete e finisce per complicare la struttura procedimentale. La conseguenza è una sostanziale delega all'interprete dell'individuazione caso per caso delle norme applicabili secondo il criterio della specialità. E, in questo quadro, occorre qui ricordare che il primo interprete delle contorte e articolate

leggi è il funzionario pubblico, troppo spesso solo e privo dei mezzi necessari per poter far fronte alle istanze del privato¹⁷.

¹⁷ In piena crisi pandemica, al fine di favorire l'immediata aggiudicazione di alcuni appalti e, per gli effetti, il celere intervento della pubblica amministrazione in determinati ambiti merceologici, il legislatore è intervenuto con riguardo agli affidamenti dei contratti di lavori, servizi e forniture prevedendo significative eccezioni alle regole rigide dell'evidenza pubblica. L'intervento del legislatore però, come a breve si dimostrerà, si colloca nel solco di un contesto normativo che già prevedeva significative soluzioni di affidamento dei contratti alternative ai percorsi ordinari.

In questa sede valga anzitutto rilevare che nell'arco di 4 mesi abbiamo assistito ad una plethora alluvionale di norme. Sono stati pubblicati ben 20 interventi ad opera del legislatore e del Governo. Detti interventi sono stati elaborati nonostante, a normativa vigente, – cioè prima che il legislatore si preoccupasse di fronteggiare la crisi derivante dall'emergenza Covid – il Codice degli appalti presentava già numerose chances per ridurre i tempi delle gare. Di seguito si indicheranno alcune ipotesi a titolo esemplificativo e non esaustivo.

In questa prospettiva anzitutto occorre segnalare che con la Comunicazione 2020/C 108 I/01 la Commissione Europea per far fronte all'emergenza sanitaria ha richiamato l'utilizzo di previsioni già presenti nel sistema normativo di riferimento quali: *a*) il ricorso alla riduzione dei termini delle procedure ordinarie di aggiudicazione. L'urgenza legata all'emergenza in corso consente di avvalersi della possibilità di ridurre considerevolmente i termini per accelerare procedure aperte o ristrette; *b*) il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, che consente di negoziare direttamente con i potenziali contraenti; *c*) il ricorso all'affidamento diretto ad un operatore economico preselezionato se risulta essere l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie, nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.

Al tempo stesso in questa sede giova segnalare che si poteva procedere all'affidamento senza preventiva pubblicazione di bando o avviso, non incorrendo in illegittimità della procedura, già prima dell'emergenza sanitaria ricorrendone i seguenti elementi: *a*) necessità di accertare e dichiarare, con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento, che l'omessa pubblicazione del bando o avviso è consentita dal Codice; *b*) rispetto di necessarie forme minime di pubblicità (avviso volontario su GUCE o GURI in ragione dell'importo); *c*) rispetto del termine dilatorio di 10 giorni prima della stipulazione del contratto.

Con riguardo poi all'esecuzione anticipata dei lavori occorre segnalare che a prescindere dalla stipulazione del contratto (e dall'osservanza dello *stand still*) le stazioni appaltanti già potevano dare avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza per ovviare situazioni di pericolo: *a*) per persone, animali o cose; *b*) per l'igiene e la salute pubblica; *c*) per il patrimonio storico, artistico, culturale.

Al tempo stesso le stazioni appaltanti già potevano dare avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione poteva determinare un grave danno all'interesse pubblico, compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Nonostante la chiara disciplina il legislatore nazionale ha ritenuto di dover intervenire nei seguenti ambiti specifici che si indicano a titolo esemplificativo e non esaustivo: *a*) in tema di ripristino della funzionalità delle carceri con il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "cura Italia"), in *Gazz. Uff.* 17 marzo 2020 n. 70 in forza del quale: "*In considerazione della situazione emergenziale e al fine di consentire l'adeguata tempestività degli interventi di cui al comma precedente, fino al 31 dicembre 2020 è autorizzata l'esecuzione dei lavori di somma urgenza con le procedure di cui all'articolo 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti, fatto salvo il limite della soglia europea, e ai termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori*";

b) in tema di anticipazione del prezzo riconoscendola anche in caso di consegna in via d'urgenza. Con il d.l. Cura Italia n. 70/2020, il comma 18 dell'art. 35 del d.lgs. n. 50/2016 (codice appalti) si applica anche ai contratti affidati in via d'urgenza;

c) in tema di affidamento diretto con il c.d. "decreto semplificazione" del 16 luglio 2020, n. 76

è stato stabilito l'affidamento diretto per prestazioni di importo inferiore a 150.000 euro ed una procedura negoziata, senza bando, previa consultazione di un numero di operatori variabile sulla base dell'importo complessivo, per tutte le prestazioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Occorre subito precisare che detta soluzione è transitoria ed avrà durata sino al 31 luglio 2021.

Sempre con il c.d. "decreto semplificazione" è previsto che l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avvenga entro due mesi, aumentati a quattro in specifici casi. Il mancato rispetto di tali termini, i ritardi nella stipulazione del contratto e quelli nell'avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dello stesso dalla procedura o di risoluzione del contratto. Sono state introdotte, inoltre, disposizioni volte ad accelerare i contratti sopra soglia, prevedendo in particolare che l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente debba avvenire entro il termine di sei mesi dall'avvio del procedimento. È stato inoltre previsto che la pendenza di un ricorso giurisdizionale non costituisca giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto e, per le opere di rilevanza nazionale o sopra le soglie comunitarie, le sospensioni nell'esecuzione potranno essere stabilite dalle parti o dalle autorità giudiziarie solo in casi ben specificati. È stata prevista inoltre l'obbligatorietà della costituzione di collegi consultivi tecnici con il compito di risolvere rapidamente le controversie e le dispute tecniche che potrebbero bloccare gli appalti e, per evitare che la mancanza di risorse blocchi i cantieri, viene creato un apposito Fondo, che potrà finanziare temporaneamente le stazioni appaltanti. Infine, si semplificano e si uniformano le procedure di nomina dei Commissari straordinari per le opere di maggiore complessità o più rilevanti per il tessuto economico, sociale e produttivo.

Si ritiene però che detti interventi non sono in grado di incidere nella definizione degli appalti pubblici da aggiudicare in tempi rapidi.

Al contrario, essi, insieme ad altri, non si caratterizzano per avere quella necessaria organicità che si richiede nel caso in cui si deve regolamentare la materia degli appalti.

I casi riportati sono il chiaro esempio di come il legislatore nazionale abbia negli anni interpretato il suo ruolo in detto ambito disciplinare. Ed è proprio come nella favola della rana e dello scorpione ancora una volta il legislatore dimostra di essere prolisso e poco chiaro, con buona pace della certezza del diritto e della stabilità economica.

Come è noto l'art. 1 l. 28 gennaio 2016, n. 11 ha stabilito, tra i criteri e principi direttivi per l'attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche, anche il divieto di "gold plating". Tale norma implica il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee da recepire.

La Commissione europea definisce il recepimento "gold plating" come *"quella tecnica ... che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il gold plating è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati"*.

Dunque, nel recepire le normative UE nella legislazione nazionale, i governi o riproducono fedelmente la sostanza dell'atto o spiegano le ragioni per cui ritengono necessario il "gold plating". In quest'ultima ipotesi, è importante coinvolgere le parti interessate e gli utenti finali sottoponendo la proposta ad una consultazione pubblica aperta e trasparente. Lo stesso va fatto ai livelli amministrativi regionali e locali.

Alla luce della linea tracciata si può senz'altro dire che la disciplina degli appalti pubblici potrebbe essere considerata "gold plating", in quanto va oltre il livello di regolazione definito in sede comunitaria.

Dette conclusioni trovano un conforto nella sentenza pubblicata dal Cons. Stato, atti norm.,

Se questo è vero per un verso, per altro e concorrente verso occorre qui rilevare che le norme sul procedimento sono divenute, nel tempo e sotto la pressione della “rivoluzione dei diritti”, modi per espandere i diritti garantiti dalle costituzioni, rivolgendoli contro le amministrazioni pubbliche e che, per questa ragione, è sempre più difficile l’opera di fare ordine in un diritto ricco di sovrapposizioni e contraddizioni per favorire il buon funzionamento interno.

Sebbene la società civile continui la sua fervida polemica antiburocratica, la trasparenza, la semplificazione e le politiche di liberalizzazione rappresentano allo stato la declinazione in chiave di azione amministrativa di una richiesta (che pare) collettiva di “svuotamento” dei compiti presidiati da enti pubblici, in parallelo con l’idea che lo Stato non serva (contraddetta poi dalla opposta richiesta di uno Stato-assicuratore).

Il testo unico sulla trasparenza e la disciplina dell’accesso civico hanno disegnato un cambio di passo significativo rispetto all’assetto precedente. Si contano allo stato quattro tipologie di accesso agli atti: istruttorio durante il procedimento, documentale, accesso civico semplice e accesso civico generale¹⁸.

27 dicembre 2019, n. 3235 che, seppur con riferimento ad una problematica differente, ha avuto modo di precisare che “*Con riferimento allo specifico quesito relativo all’estensione del regime applicabile alle concessioni di servizi sociali in relazione a quanto previsto dall’articolo 19 della direttiva 2014/23/UE, deve essere rimeditata la soluzione adottata dalla ANAC al paragrafo 1.6 delle linee guida, in base al quale ‘alle concessioni di servizi sociali si applicano le disposizioni indicate all’articolo 164 del codice dei contratti pubblici’, atteso che il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi (c.d. gold plating) esclude l’applicabilità di una disciplina aggravata introdotta attraverso le linee guida; difatti se, per un verso, è vero che si tratta di linee guida non vincolanti, per altro verso, è altrettanto vero che le stesse per essere disattese richiedono che l’amministrazione specificamente motivi la ragione per cui decide di discostarsene, per cui, trattandosi di atti provenienti da un’Autorità particolarmente qualificata, essi devono mantenersi nell’ambito della cornice delineata dalle direttive e dal legislatore*”.

Alla luce di quanto sopra esposto, esemplificando, la previsione contenuta nel d.l. semplificazione secondo cui è stato stabilito “*l’affidamento diretto per prestazioni di importo inferiore a 150.000 euro ed una procedura negoziata, senza bando, previa consultazione di un numero di operatori variabile sulla base dell’importo complessivo, per tutte le prestazioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Occorre subito precisare che detta soluzione è transitoria ed avrà durata sino al 31 luglio 2021*”, anzitutto costituisce una facoltà rispetto alle procedure ordinarie che comunque possono trovare applicazione e, al tempo stesso, il ricorso a detta facoltà onera comunque l’amministrazione a compiere uno sforzo motivazionale impegnativo.

A ciò si aggiunga che la previsione secondo cui la pendenza di un ricorso giurisdizionale non costituisca giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto e, per le opere di rilevanza nazionale o sopra le soglie comunitarie, le sospensioni nell’esecuzione potranno essere stabilite dalle parti o dalle autorità giudiziarie solo in casi ben specificati, oltre a non essere deflattiva del contenzioso si pone in netto contrasto con i principi immanenti nel nostro ordinamento in materia di libero discernimento delle controversie da parte dell’Autorità giurisdizionale.

¹⁸Sul punto, per un corretto esame dell’istituto, qui si richiama una recentissima sentenza del Consiglio di Stato che definisce i presupposti necessari e sufficienti perché possa essere accolta l’istanza di accesso del privato. Per il Consiglio di Stato, infatti, “*l’istanza di accesso ai documenti amministrativi deve riferirsi a ben specifici documenti e non può comportare la necessità di un’at-*

tività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta: l'ostensione degli atti non costituisce uno strumento di controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione nei cui confronti l'accesso viene esercitato, con la conseguenza che l'onere della prova anche dell'esistenza dei documenti, rispetto ai quali si intende esercitare il diritto di accesso, incombe sulla parte che agisce in giudizio.

Tuttavia, una volta indicati puntualmente, per categoria, i documenti rispetto ai quali è formulata la domanda ostensiva e aver dimostrato che detti documenti, in virtù di obiettive ragioni collegate alle competenze dell'amministrazione, costituiscono ordinariamente patrimonio dell'archivio dell'ente (anche con riferimento ad uno specifico procedimento), l'onere della prova può dirsi assolto dalla parte interessata, incumbendo in capo all'amministrazione il dovere (in ragione del principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato ora previsto nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost.) di assumersi la responsabilità di dichiarare la mancata detenzione o custodia dei documenti richiesti (onde evitare che la richiesta di accesso sia formulata inutilmente e 'al buio' da parte dell'accedente, non potendo quest'ultimo, per espresso divieto recato dall'art. 24, comma 3, l. 241/1990, formulare una richiesta meramente perlostrativa e di controllo).

Per l'effetto, specificati i documenti richiesti e la loro correlazione con le competenze istituzionali dell'ente intimato, come avvenuto nel caso di specie, spetta alla parte resistente assumersi la formale responsabilità di dichiarare e così comprovare, al di là di ogni ragionevole dubbio, se le categorie di atti richiesti, ivi compresi documenti ad essi assimilabili, siano presenti o meno nei propri archivi cartacei o digitali nonché se, altrimenti, siano detenuti documenti di tipologia diversa ma recanti i dati di interesse della richiedente.

Qualora la parte resistente, personalmente (e non a mezzo del difensore, di regola non legittimata a compiere atti dispositivi della sfera giuridica sostanziale del proprio cliente), si assuma una tale responsabilità, dichiarando l'impossibilità oggettiva e assoluta dell'accesso per l'inesistenza (originaria o sopravvenuta) di quanto richiesto dall'istante, nonché provveda a specificare puntualmente le ragioni per le quali i documenti richiesti non siano stati mai formati ovvero, se formati, non siano più detenuti, il Giudice procedente deve prendere atto dell'inesistenza materiale dei documenti de quibus e, per l'effetto, rigettare la pretesa ostensiva per carenza del suo oggetto, non potendo ordinarsi l'esibizione, alla luce del principio ad impossibilia nemo tenetur, di documenti non più esistenti o mai formati; ciò sempre che non sussistano elementi probatori contrari, che facciano dubitare della veridicità di quanto dichiarato dalla resistente.

Né potrebbe rimettersi alla fase di ottemperanza la questione riguardante l'inesistenza materiale dei documenti oggetto di istanza ostensiva, discorrendosi di un presupposto sostanziale per l'accoglimento della domanda di parte.

Il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, è rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, si atteggia quale giudizio sul rapporto, come del resto desumibile dall'art. 116, comma 4, c.p.a., secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti. Pertanto, per potere giudicare sulla fondatezza della pretesa sostanziale della parte ricorrente, occorre valutare l'integrazione dei presupposti fondanti il diritto di accesso documentale, in primis, sul piano fattuale, l'esistenza materiale dei documenti richiesti, in assenza dei quali nessuna sentenza di condanna (all'ostensione) potrebbe essere emessa e, dunque, nessuna pronuncia di accoglimento del ricorso potrebbe essere resa; ciò, specie nelle ipotesi, quale quella in esame, in cui è la stessa Amministrazione che, attraverso il rigetto dell'istanza, abbia rappresentato l'inesistenza dei documenti richiesti, in tale modo introducendo una ragione ostativa all'ostensione da delibare in sede di cognizione, atteso l'obbligo per il giudice procedente di valutare la legittimità delle ragioni di diniego opposte in ambito amministrativo con l'atto censurato in giudizio ... omissis ... Come precisato da questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 02 ottobre 2019, n. 6603), tale interesse deve essere:

a) diretto, in quanto ascrivibile in capo alla sfera individuale e personale del soggetto richiedente, dovendosi, con ciò, escludere una legittimazione generale e indifferenziata;

b) concreto, in quanto specificamente finalizzato, in prospettiva conoscitiva, alla acquisizione di documenti suscettibili di produrre effetti giuridici nella sfera giuridica del richiedente, palesandosi immeritevole di tutela un'istanza finalizzata ad un 'controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni' (cfr. art. 24, comma 3, L. n. 241 del 1990 cit.);

c) attuale, in quanto non meramente prospettico od eventuale, avuto riguardo alla attitudine della auspicata acquisizione informativa o conoscitiva ad incidere, anche in termini di concreta potenzialità, sulle personali scelte esistenziali o relazionali e sulla acquisizione, conservazione o gestione di rilevanti beni della vita;

d) strumentale, avuto riguardo, sul piano soggettivo, alla necessaria correlazione con situazioni soggettive meritevoli di protezione alla luce dei vigenti valori ordinamentali; sul piano oggettivo, alla specifica connessione con il documento materialmente idoneo a veicolare le informazioni, non essendo, con ciò, tutelate iniziative, per un verso, ispirate da mero intento emulativo e, per altro verso, finalizzate alla raccolta, elaborazione o trasformazione di dati conoscitivi destrutturati e non incorporati in 'documenti'.

La disciplina dell'accesso agli atti amministrativi non condiziona, in particolare, l'esercizio del relativo diritto alla titolarità di una posizione giuridica tutelata in modo pieno, essendo sufficiente il collegamento con una situazione giuridicamente riconosciuta anche in maniera attenuata, sicché la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti e/o documenti oggetto dell'accesso abbiano cagionato o siano idonei a cagionare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita, rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 marzo 2020, n. 1551).

Con specifico riferimento all'accesso cd. difensivo è stato, inoltre, osservato che la parte istante è tenuta all'adempimento di un onere di allegazione e di prova aggravato, dovendo specificare le finalità dell'accesso nell'istanza di ostensione, nonché dimostrare la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza.

In particolare, [l]a necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica 'finale', nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa.

La corrispondenza e il collegamento fondano, invece, l'interesse legittimante, che scaturisce dalla sussistenza, concreta e attuale, di una crisi di cooperazione, quanto meno da pretesa contestata (in ipotesi suscettibile di sfociare in un'azione di accertamento), che renda la situazione soggettiva 'finale', direttamente riferibile al richiedente, concretamente e obiettivamente incerta e controversa tra le parti, non essendo sufficiente un'incertezza meramente ipotetica e subiettiva.

Ai fini del riconoscimento della situazione legittimante, non è positivamente richiesto il requisito dell'attuale pendenza di un processo in sede giurisdizionale. In altri termini, muovendo dall'assenza di una previsione normativa che ciò stabilisca, è possibile trarre il convincimento che la pendenza di una lite (dinanzi al giudice civile o ad altro giudice) può costituire, tra gli altri, un elemento utile per valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse legittimante all'istanza di accesso, ma non ne rappresenta la precondizione tipica (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 21).

Si è, altresì, chiarito che le finalità dell'accesso devono essere dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), così da permettere all'amministrazione detentriche del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub

L'istituto dell'“accesso agli atti” deve essere inquadrato nel più ampio tema della trasparenza amministrativa consistente nell'assicurare la massima circolazione possibile delle informazioni sia all'interno del sistema amministrativo, sia fra questo ultimo ed il mondo esterno.

In questi termini occorre subito precisare che, affinché il principio della trasparenza possa dirsi effettivamente rispettato, non solo deve essere riconosciuto ai consociati, ricorrendone i presupposti, il diritto di prendere visione degli atti di un procedimento amministrativo, ma occorre anche che l'attività amministrativa si ispiri al principio di trasparenza, inteso come pubblicità dell'azione posta in essere dalla stessa nelle modalità e forme, volta per volta, stabilite dalla legge.

La disciplina dell'accesso agli atti è, in via principale, contenuta negli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990 e, in particolare, negli artt. 22, 23, 24, 25, 26 e 27 del richiamato corpus normativo.

Ma la richiamata l. n. 241/1990 non esaurisce il novero delle disposizioni normative che trattano la materia. Sul tema occorre, infatti, considerare altresì il d.lgs. n. 33/2013 contenente il riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità e trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

Tanto premesso, è opportuno compiere una classificazione in materia di accesso. Nell'ordine possono individuarsi:

1. l'accesso documentale, previsto dalla l. n. 241/1990, che ha una dimensione individuale poiché può essere chiesto da tutti i 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 (art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990);

2. l'accesso civico semplice, che trova fondamento nella circostanza che nel corso degli ultimi anni il legislatore ha previsto una serie di obblighi per le P.A. di pubblicare determinati documenti, dati ed informazioni. Il d.lgs. n. 33/2013, oltre a riordinare tutti gli obblighi già esistenti, ne ha previsti di nuovi, predisponendo al contempo modalità omogenee di pubblicazione. A questo obbligo corrisponde il diritto, secondo l'art. 2, di “chiunque” di accedere ai siti internet contenenti le pubblicazioni, direttamente ed immediatamente, senza necessità cioè di autenticazione ed identificazione;

3. l'accesso civico generalizzato che consiste nel diritto alla richiesta di acces-

specie di astratta pertinenza con la situazione 'finale' controversa' (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4), con la precisazione che deve escludersi la sufficienza di un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa il nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa”, così, recentemente, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 12 settembre 2022, n. 7896, in www.giustizia-amministrativa.it.