

STUDI IN MEMORIA DI ANTONIO ROMANO TASSONE

STUDI IN MEMORIA
DI
ANTONIO ROMANO TASSONE

a cura di

F. Astone M. Caldarera
F. Manganaro F. Saitta N. Saitta A. Tigano

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI



Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2017 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-086-6

INDICE

STEFANO AGOSTA Tra scarsa fantasia della politica e non rimosse esigenze di riforma delle autonomie locali siciliane: l'imperdonabile peccato dei liberi consorzi di comuni	1
SERGIO AGROFIGLIO Discussioni e approfondimenti. Una mancata mini riforma della giustizia: i giudici ausiliari di appello	17
SANDRO AMOROSINO Il potere amministrativo di accertamento della "inammissibilità" del dissenso qualificato e-spresso nella conferenza di servizi	27
GAETANO ARMAO Open government in italy and in the sicilian region	41
FRANCESCO ASTONE Le misure di gestione straordinaria delle imprese ex art. 32 d.l. n. 90 del 2014, nel contesto della normativa di contrasto alla corruzione e della disciplina antimafia	69
ANTONIO BARTOLINI Statuto delle città d'arte	107
GIORGETTA BASILICO Il mutamento di rito come rimedio ai mali della giustizia civile	117
NICOLA BASSI I possibili effetti amministrativistici dell'assegnazione della materia energetica alla competenza legislativa esclusiva dello Stato	131
SALVATORE BERLINGÒ Bioetica, biodiritto e il contributo scientificamente legittimato, en juriste, dell'ecclesiasticista	143
VITTORIA BERLINGÒ Attività amministrativa, parametri di valutazione sostanziali-materiali, giudizio di responsabilità amministrativo-contabile. il caso degli atenei	161
ANTONIO BRANCASI L'armonizzazione dei bilanci pubblici a fronte della loro funzione non meramente conoscitiva e della autonomia regionale	197
CARLO BUSACCA <i>Annuam habitationem... remisit</i> . Indebitamento diffuso, crisi abitative e interventi emergenziali da cesare a ottaviano	213
MAURIZIO CAFAGNO Diritto e teoria economica. Due visioni del rapporto tra discipline	237
ADA CALDARERA La tutela cautelare nel codice del processo amministrativo: luci ed ombre della nuova disciplina	247

MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI La funzione di produzione di certezza pubblica nelle riflessioni di Antonio Romano Tassone	303
VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI Tutela amministrativa dell'ambiente e rimedi giustiziali	319
ANDREA CARBONE Azione autonoma di condanna ad un facere provvedimentale e azione di adempimento	351
ENRICO CARLONI L'accertamento dei fatti (complessi) tra amministrazione e giudice: adeguatezza conoscitiva e discrezionalità tecnica	375
MARIA CRISTINA CAVALLARO Il regime della nullità del provvedimento amministrativo e le relative azioni	387
ROBERTO CAVALLO PERIN – GABRIELLA M. RACCA Le modificazioni organizzative negli appalti e servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni e l'ordinamento dell'unione europea	401
CRISTIANO CELONE Il "nuovo" rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione alla luce dell'art. 41 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea	439
PASQUALE CERBO L'organizzazione dei pubblici uffici 'in forma privatistica' a vent'anni dalla privatizzazione	475
VINCENZO CERULLI IRELLI – FABRIZIO LUCIANI Invalidità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi	491
PAOLA CHIRULLI – LUCA DE LUCIA Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee	523
SALVATORE CIMINI Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni amministrative	561
FABIO CINTIOLI La nuova disciplina europea degli affidamenti in house e i dubbi italiani	587
ALESSANDRO CIOFFI Il fattore decisivo del provvedimento e la motivazione	603
GUIDO CLEMENTE DI SAN LUCA Gli strumenti di cui dispongono i controinteressati resistenti nel processo amministrativo	615
MONICA COCCONI La natura non neutrale della valutazione istituzionale dell'attività di ricerca scientifica svolta dalle università	681

LEOPOLDO COEN Partenariato istituzionale e servizi alla persona. A proposito di “le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello” di Antonio Romano Tassone	705
STEFANO COGNETTI Osservazioni sul presunto “superamento” del modello pubblicistico	727
ALFREDO CONTIERI La riforma dei controlli in uno scritto di Antonio Romano Tassone	733
GIOVANNA COPPOLA BISAZZA La tutela dei legittimari nel tardo-antico e suoi riflessi sull’attuale assetto normativo	739
FERDINANDO CROCE L’emergenza quale criterio di legittimazione soggettiva del potere	765
ALESSANDRO CROSETTI La tutela del patrimonio architettonico religioso nel sistema degli accordi tra stato e chiese: profili giuridici e problematici	791
GIANFRANCO D’ALESSIO L’applicazione della normativa su anticorruzione e trasparenza nelle amministrazioni sanitarie	825
GIOVANNI D’AMICO Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)	847
MARIA DE BENEDETTO La motivazione delle regole	905
GABRIELLA DE GIORGI CEZZI Note in tema di parti nel processo amministrativo	937
FAUSTINO DE GREGORIO Idea della sovranità del diritto divino	949
GIAN CANDIDO DE MARTIN Gli enti autonomi territoriali tra integrazione europea e involuzione neocentralistica dell’ordinamento italiano	965
DARIA DE PRETIS La discrezionalità dell’amministrazione nella giurisprudenza della corte costituzionale	975
GIACINTO DELLA CANANEA Diritto, letteratura e filosofia negli scritti di Antonio Romano Tassone	987
GIUSEPPE DI GASPARE Metateoria del positivismo giuridico	999
LIDIA DIMASI Dal diritto di accesso alla documentazione amministrativa al diritto di accesso civico: il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici	1025

LETTERIO DONATO Brevi note sui motivi aggiunti ex art. 43 c.p.a.	1039
VERA FANTI Riparto di giurisdizione ed effettività della tutela: soluzioni (apparentemente) nuove a problemi antichi in tema di atti prodromici e successivi alla sottoscrizione del contratto	1049
RENATO FEDERICI Un passo oltre santi romano. La critica del concetto di diritto bellico	1099
ROSARIO FERRARA L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza	1117
MARIA VITTORIA FERRONI "I principi europei sui metodi alternativi alla sperimentazione animale"	1151
ALFREDO FIORITTO I principi e le regole per una migliore regolazione	1165
SERGIO FLORIO Per una pianificazione unica del territorio	1195
ENRICO FOLLIERI L'adunanza plenaria del consiglio di stato	1215
FABRIZIO FRACCHIA – MASSIMO OCCHIENA Processo amministrativo e contratti pubblici: tra giurisdizione oggettiva e diritto europeo (in ricordo di Antonio Romano Tassone)	1267
FABIO FRANCIOSI L'arbitrato nei contratti di appalto pubblici: ambito ed oggetto	1275
CARLO EMANUELE GALLO Attualità dell'interesse legittimo	1285
WLADIMIRO GASPARRI Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata: verso una nozione di 'suolo-bene comune'	1301
WALTER GIULIETTI Il principio di prevenzione nella disciplina europea sul danno ambientale. Rilievi critici sul recepimento della direttiva 2004/35ce	1347
FRANCESCO GOISIS La concezione del merito amministrativo in Romano Tassone e la full jurisdiction ex art. 6 cedu	1363
GUIDO GRECO Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale	1379
MARIA PAOLA GUERRA Dalla spending review a un "sistema" del public procurement? la qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo 1	415
FABRIZIO GUERRERA Autonomia statutaria e tipologia delle società <i>in house</i>	1453

LUCIO IANNOTTA Principi giuridici e valori nel pensiero di Antonio Romano Tassone	1465
MARIA IMMORDINO – MARCO RAGUSA A proposito dell'atto politico. Brevi riflessioni rileggendo Antonio Romano Tassone	1471
VITTORIO ITALIA Problemi sul significato "proprio" delle parole e sull'interpretazione	1507
SERGIO LARICCIA Diritti degli individui e diritti delle coppie in materia familiare	1513
DARIO LATELLA Trasferimento della sede e abuso del diritto nella riforma del regolamento n. 1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera	1527
PAOLO LAZZARA Contratti pubblici e funzione amministrativa di regolazione	1551
ANNA LAZZARO Trasparenza e amministrazione democratica: dal segreto all'accessibilità totale	1557
SEBASTIANO LICCIARDELLO Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo	1603
FIorenzo LIGUORI I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni	1627
GIUSEPPE MANFREDI I modelli organizzativi nell'amministrazione dei beni culturali tra mito e realtà	1647
FRANCESCO MANGANARO Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento	1659
BARBARA MARCHETTI La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati	1671
FRANCESCO MARTINES La rilevanza degli interessi meta-individuali nel diritto amministrativo (alla luce degli studi di Antonio Romano Tassone sulle situazioni giuridiche soggettive)	1697
DONATANTONIO MASTRANGELO Cenni isagogici sugli atti amministrativi normativi nel sistema delle fonti	1713
ALFONSO MASUCCI La lunga marcia verso la codificazione nel processo amministrativo tedesco del ricorso per revisione	1729
ANTONINO MAZZA LABOCCETTA La giurisdizione debole sugli atti delle autorità am-ministrative indipendenti	1737

MARCO MAZZAMUTO La monetizzazione delle garanzie formali: da Lodovico Mortara ad Antonio Romano Tassone	1773
FABIO MERUSI Dal contenzioso amministrativo di Maria Luigia al codice del processo amministrativo: due secoli per tornare	1797
GIUSEPPE MORBIDELLI Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi	1813
GIULIO NAPOLITANO Modernizzazione dello stato e trasformazioni del diritto amministrativo in Francia	1825
GIORGIO PAGLIARI La c.d. Legge Severino (d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235) alla prova del caso Berlusconi	1835
NINO PAOLANTONIO Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione 1	853
LUCA R. PERFETTI Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone. Osservazioni minime intorno alla relazione tra ordine giuridico dell’autorità ed ordine giuridico della società	1867
EUGENIO PICOZZA Atipicità delle azioni ed effettività della tutela giurisdizionale in particolare il processo amministrativo	1887
ARISTIDE POLICE Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario	1905
VALENTINA PRUDENTE Riflessioni sul principio di separazione tra politica e amministrazione	1943
ANDREA PUBUSA Tutela del potere e garanzie dei privati secondo Antonio Romano Tassone	1965
SALVATORE RAIMONDI Considerazioni sulla disciplina delle specializzazioni forensi	1979
MARGHERITA RAMAJOLI Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici	1987
MAURO RENNA Le misure amministrative di <i>enforcement</i> del principio di precauzione per la tutela dell’ambiente	2007
MARIA PIERA RIZZO L’ammissione in luoghi di rifugio di navi a rischio di inquinamento nel diritto internazionale generale e pattizio	2027
STEFANIA ROCCA Dalla direttiva 2014/23/ue al nuovo codice: una breve disamina della nuova disciplina in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione	2043

ALBERTO ROMANO La nullità del provvedimento amministrativo	2063
ANNA ROMEO Amministrazione democratica e diritti del privato: verso un nuovo modello di cittadinanza	2105
STEFANIA ROMEO Il patto marciano dal diritto romano al decreto banche: storia di una fortunata esegesi	2123
ANTONIO RUGGERI Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi	2139
CARMELA RUSSO RUGGERI Il valore delle etimologie nell'insegnamento degli <i>antecessore</i>	2157
ANTONIO SAITTA Martines e la "specialità" siciliana	2175
FABIO SAITTA La localizzazione dei programmi costruttivi: profili procedurali	2183
NAZARENO SAITTA Il giudizio di incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità e decadenza nelle elezioni amministrative	2199
CARMELA SALAZAR Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: riflessioni su un tema complesso	2251
FILIPPO SALVIA Spunti di riflessione per una teoria sui beni culturali urbanistici	2283
ALDO SANDULLI Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo	2289
MARIA ALESSANDRA SANDULLI Crisi economica e giustizia amministrativa	2303
FRANCO GAETANO SCOCA Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone	2319
FRANCESCO SICILIANO Il conflitto d'interessi di cui all'art. 6- <i>bis</i> l. n. 241/90: osservazioni sulla possibile rilevanza giuridica della <i>ratio</i> "organizzatoria" rispetto agli effetti dell'attività amministrativa	2339
DOMENICO SICLARI Riflessioni sul principio di legalità alla luce degli ordinamenti ultrastatali	2371
ANNA SIMONATI – MARCO CALABRÒ L'accesso dei privati alle informazioni e agli atti amministrativi: la multiforme applicazione del principio di trasparenza	2383

ERNESTO STICCHI DAMIANI Riflessioni sulla revoca a dieci anni dalla sua legificazione	2417
MASSIMO STIPO Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi	2439
STEFANO TARULLO Per un procedimento amministrativo collaborativo	2491
BRUNO TASSONE La perdita di <i>chance</i> fra diritto civile e amministrativo: frammenti di un colloquio e prospettive di un dialogo	2525
ALDO TIGANO Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo comunque di una pronuncia a tutela dell'immagine della p.a.	2567
FABRIZIO TIGANO a chi serve la trasparenza libere riflessioni su un saggio di Antonio Romano	2601
MARTA TIGANO Dalle riflessioni di Antonio Romano Tassone sulla «devianza» del potere alla difficile traslazione del principio di legalità in senso formale in un ordinamento «a misura d'uomo»	2623
MARIO TRIMARCHI La proprietà italo-europea	2649
MICHELE TRIMARCHI Validità e invalidità degli atti giuridici nel pensiero di Antonio Romano Tassone	2661
GIUSEPPE TROPEA Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone	2685
DIEGO VAIANO Ordine di esame dei motivi di ricorso, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo (in margine a Cons. Stato, ad plen., n. 5/2015)	2749
STEFANO VINTI I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione	2777
PIERA MARIA VIPIANA I nodi della democrazia amministrativa	2797

CRISTIANO CELONE

IL “NUOVO” RAPPORTO TRA CITTADINO
E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
ALLA LUCE DELL’ART. 41 DELLA CARTA DEI DIRITTI
FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. La buona amministrazione nell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. – 2. Una visione più democratica del rapporto tra soggetto privato e autorità pubblica. – 3. Il riconoscimento implicito del diritto alla buona amministrazione nella Costituzione italiana. – 4. Le varie espressioni del diritto alla buona amministrazione. – 4.1. Il diritto ad una decisione imparziale ed equa, motivata ed entro un termine ragionevole. – 4.2. Il diritto di essere ascoltato e di accedere ai documenti, di utilizzare la lingua di uno degli Stati membri e di ricevere risposta nella medesima. – 4.3. Il diritto di essere risarcito del danno ingiusto subito dall’amministrazione pubblica. – 5. Le questioni circa l’applicazione dell’art. 41 all’attività amministrativa europea indiretta ed a quella interna. – 6. L’effettività del diritto alla buona amministrazione?

1. La buona amministrazione nell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

Il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione si arricchisce di un nuovo diritto in favore del primo: il “diritto alla buona amministrazione”, introdotto e qualificato, per la prima volta, come diritto fondamentale della persona, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹, ormai dotata, in virtù del Trattato di Lisbona², della medesima forza vincolante e dello stesso valore giuridico dei Trattati europei³.

È un diritto che ha assunto un rilievo crescente nell’Unione europea come principio generale al quale si devono uniformare l’organizzazione ed

¹ La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è stata proclamata, la prima volta, dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, a Nizza, il 7 dicembre 2000. Successivamente, dopo alcune modifiche, è stata proclamata, una seconda volta, a Strasburgo, il 12 dicembre 2007.

² Firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore l’1 dicembre 2009.

³ Come sanciscono l’art. 6 del Trattato sull’Unione europea (TUE) e la Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, allegata all’atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona. L’impatto giuridico sull’ordinamento dell’Unione europea della forza vincolante della Carta dei diritti fondamentali è analizzato, tra gli altri, da G. DI FEDERICO (edited by), *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection After the Lisbon Treaty*, in *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, AA. VV., Dordrech Heidelberg London New York, Springer, 2011, in part. 38 ss.

il funzionamento delle amministrazioni pubbliche e la loro azione nei confronti dei cittadini.

Ha un contenuto, come si vedrà, molto ampio ed elastico, capace di riassumere le acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza intorno alle diverse pretese (ritenute meritevoli di protezione) dei soggetti privati nei confronti dell'amministrazione pubblica, pretese che vengono configurate come altrettanti diritti⁴.

Secondo la definizione datane dall'art. 41 della Carta, al primo comma, trattasi del diritto di ogni persona di avere dalle amministrazioni pubbliche, in merito alle questioni che la riguardano, un trattamento imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole, mentre, ai commi successivi, ne specifica ulteriormente il contenuto, includendovi, attraverso un elenco considerato non tassativo ma esemplificativo, una serie di altri diritti, di tipo procedurale e processuale, quali il diritto di ciascun individuo: di essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento sfavorevole, di accedere al proprio fascicolo, di conoscere i motivi della decisione, di rivolgersi alle istituzioni o agli organi dell'Unione e di ricevere da loro risposta in una delle lingue ufficiali dei Trattati, di essere risarcito per il danno ingiusto subito.

I suoi contenuti sono stati successivamente ripresi, spiegati ed integrati dal Codice europeo di buona condotta amministrativa, approvato nel 2001 dal Parlamento, nonché dai Principi del servizio pubblico, pubblicati nel 2012 dal Mediatore europeo⁵.

La codificazione tra i diritti fondamentali della persona di un diritto a carattere amministrativo⁶, come il diritto ad una buona amministrazione con il suo apparato minimo di garanzie, che si aggiunge al contenuto classico della cittadinanza politica e concorre alla creazione di una cittadinanza amministrativa europea, è stata un'innovazione nel panorama giuridico comunitario. Al pari, del resto, dell'introduzione di una Carta dei diritti in

⁴L. PEGORARO, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, 561-565, il quale osserva altresì come la formula, una volta codificata, in virtù della sua accezione semantica e giuridica molto ampia, sia suscettibile di espandersi, tramite l'opera di interpretazione estensiva o analogica della dottrina e della giurisprudenza, a ulteriori situazioni, non ancora individuate o esemplificate, reputate anch'esse degne di essere protette, dando impulso a nuove forme di tutela delle persone nei confronti della pubblica amministrazione.

⁵Nel giugno del 2012, il Mediatore europeo, che è la figura istituzionalmente chiamata ad indagare sui casi di cattiva amministrazione, allo scopo di integrare le disposizioni contenute nel Codice europeo di buona condotta amministrativa, ha pubblicato, in seguito ad una consultazione pubblica, una sintesi delle norme etiche di alto livello alle quali la pubblica amministrazione dell'Unione aderisce, raccolte in cinque articoli, ove sono individuati i principi che devono ispirare i funzionari comunitari: Impegno verso l'Unione europea e i suoi cittadini; Integrità; Obiettività; Rispetto per gli altri; Trasparenza.

⁶R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, 2001, 285.

sé, la quale, riunendo in un unico documento, una serie di diritti civili, politici, economici, sociali ed amministrativi dei cittadini e delle persone, rappresenta, soprattutto dopo Lisbona, una tappa significativa nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione: è la prima volta che i Trattati riconoscono e proteggono un catalogo di diritti fondamentali rispetto agli atti delle autorità pubbliche, rafforzando così la posizione giuridica degli individui e la loro partecipazione ai processi decisionali⁷.

Ma la buona amministrazione come diritto della persona costituisce una novità anche nel panorama internazionale, perché compare per la prima volta in un catalogo internazionale di diritti fondamentali: finora, non era stato espresso dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (del 1948)⁸ o dalle due Convenzioni successive delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (del 1966)⁹, né dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (del 1950)¹⁰ o dalla Convenzione americana sui diritti dell'uomo (del 1969)¹¹.

Il valore strategico di questo diritto non si arresta, tuttavia, al piano giuridico, ma investe concretamente anche quello economico e sociale. E ciò nella misura in cui lo stesso può certamente contribuire allo sviluppo di un Paese, se è vero che una buona amministrazione con tutte le sue implicazioni, anche in termini di maggiore trasparenza, semplificazione ed efficienza dell'organizzazione e dell'azione degli apparati pubblici, sottopone gli organi amministrativi a forme di controllo diffuso, li induce a porre in essere comportamenti legittimi volti al buon andamento e segnatamente alla gestione efficiente delle risorse, li rende utili strumenti di progresso¹², è di ostacolo a fenomeni di corruzione e, in generale, di *maladministration*¹³,

⁷ S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti, Milano, 2013, 18-19, 23.

⁸ È stata proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

⁹ Sono state approvate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966, ma sono entrate in vigore nel 1976. Non è presente neppure nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sul «diritto allo sviluppo», approvata dall'Assemblea generale il 4 dicembre 1986. Per una visione universale ed interdependente dei diritti umani attraverso la promozione del diritto allo sviluppo, si rinvia a F. PIOVESAN, M. G. FACHIN (a cura di), *Direitos humanos na ordem contemporânea. Proteção nacional, regional e global*, vol. VI, Curitiba, 2015, in part. 21-23.

¹⁰ La CEDU è stata firmata a Roma dagli Stati membri del Consiglio d'Europa il 4 novembre del 1950 ed è entrata in vigore nel 1953.

¹¹ La Convenzione americana sui diritti dell'uomo è stata firmata dall'Organizzazione degli Stati americani in Costa Rica a San José nel 1969 ed è entrata in vigore nel 1978. Per un'analisi comparata della Convenzione americana e della Convenzione europea, C. MERLIN CLÈVE, *Temas de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, 2014, 43 ss.

¹² F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, 561.

¹³ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, 2013, 17-18.

fa crescere l'affidabilità delle istituzioni e la fiducia delle persone nei loro confronti¹⁴, riduce gli oneri amministrativi, ossia i costi degli adempimenti a carico dei cittadini e delle imprese¹⁵, e nel contempo attrae maggiori investimenti nei territori in cui si realizza.

Considerato poi nell'ottica specifica della trasparenza amministrativa - ove intesa anche come condizione idonea a garantire l'esercizio effettivo ed efficace delle libertà e dei diritti, individuali e collettivi, nonché la realizzazione di un'amministrazione aperta ed al servizio degli individui¹⁶ - il diritto ad una buona amministrazione concorre altresì a soddisfare l'esigenza dei soggetti privati di una piena comprensione delle scelte pubbliche e di una partecipazione consapevole alle stesse, nonché, specularmente, il diritto-dovere degli organi tanto politici quanto amministrativi di essere compresi dai propri amministrati e di rendere conto delle ragioni delle proprie azioni od omissioni¹⁷.

¹⁴ M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e brasiliano. Relazione introduttiva*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, 395 ss., in part. 401 ss., e A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, *ivi*, 569, 576.

¹⁵ L'esigenza di ridurre tali costi è avvertita dallo stesso legislatore (F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 357 ss.).

¹⁶ La trasparenza amministrativa, oltre ad essere un principio generale dell'ordinamento giuridico, europeo ed italiano, può essere considerata uno dei principali strumenti di attuazione del diritto alla buona amministrazione. La stessa legislazione anticorruzione italiana, all'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 (che ha inteso riordinare la disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni), recentemente modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, dichiara che la trasparenza, tra le altre cose, «integra il diritto ad una buona amministrazione». La disposizione evidenzia l'importanza strategica della trasparenza, poiché la intende 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», riconoscendone il valore di «principio generale dell'ordinamento», funzionale, a sua volta, alla realizzazione di altri principi fondamentali, quali «il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione»; ma non solo, in quanto la norma afferma altresì che la trasparenza «è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino».

¹⁷ M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Autonomie* n. 1/2015, 65 ss., osserva come la trasparenza amministrativa imponga scelte precise a livello organizzativo e funzionale, ma ancora prima a carattere culturale, che presuppongono, tra l'altro, la loro comprensibilità, la predisposizione di forme di partecipazione a monte delle stesse, la chiarezza, la qualità e la semplicità dell'informazione, la certezza dei tempi, l'effettivo esercizio delle funzioni amministrative con l'abbandono delle diverse forme di silenzio (73-74). La valorizzazione del modello partecipativo differenzia, tra l'altro, secondo l'Autore, l'accezione di trasparenza che emerge dall'art. 1 del d. lgs. n. 33/2013, prima citato, da quella che si ricava dall'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), poiché la norma europea prospetta un

2. Una visione più democratica del rapporto tra soggetto privato e autorità pubblica

La buona amministrazione è stata utilizzata dal giudice comunitario come “principio” fin dai primi anni Ottanta, al fine di tutelare le posizioni giuridiche dei singoli cittadini e degli Stati nei confronti delle istituzioni comunitarie¹⁸.

La novità, adesso, è che nella Carta europea la buona amministrazione viene riconosciuta come “diritto”¹⁹, più precisamente come diritto “fondamentale” della “persona” e non solo del “cittadino”, entrando così a pieno titolo nel novero dei “principi generali del diritto dell’Unione”²⁰.

In quest’ottica la buona amministrazione assume una nuova configurazione: da principio generale dell’ordinamento posto in funzione della legittimazione e conformazione del potere pubblico, dell’efficacia, dell’efficienza e dell’economicità della pubblica amministrazione (*ex parte principis*), diventa adesso anche principio generale del diritto eretto a presidio delle pretese dei cittadini nei confronti del potere (*ex parte civis*)²¹.

Emerge, da quanto detto, il nuovo ruolo della buona amministrazione: non più soltanto principio organizzativo e funzionale cui deve conformarsi il soggetto pubblico, ma anche vera e propria posizione giuridica riconosciuta al soggetto privato e protetta dall’ordinamento.

Non può sfuggire l’intento spiccatamente democratico di siffatta impostazione: tesa, da un lato, a fornire alle persone, non solo diritti politici, ci-

principio fondato più sulla partecipazione che sull’accessibilità, in quanto imperniato sul dialogo e sulla consultazione preventiva, da parte degli organi dell’Unione, delle associazioni rappresentative e della società civile (64). L’esigenza di sviluppare la dimensione partecipativa della trasparenza viene tuttavia avvertita anche dal legislatore italiano, che, nel 2016, con la modifica all’art. 1, comma 1, del predetto decreto, ha voluto precisare come la trasparenza serva anche a promuovere la partecipazione dei soggetti interessati all’attività amministrativa.

¹⁸ A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, 2008, 237 ss.

¹⁹ Sulle implicazioni nell’ordinamento interno della qualificazione in termini di diritto, piuttosto che di interesse legittimo, della situazione giuridica del privato correlata alla buona amministrazione, si rinvia alle considerazioni di: C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 267 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2008.

²⁰ D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna – F. Saitta, 2012, 55 ss. Risale alla nota sentenza *Stauder*, alla fine degli anni Sessanta, l’affermazione della Corte di Giustizia che «i diritti fondamentali della persona ... fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l’osservanza» (Corte di Giustizia, 12.11.1969, 29/69).

²¹ S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla Giornata sul diritto alla buona amministrazione per il 25° anniversario della legge sul Sindic de Greuges della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, 3, 6.

vili e sociali, ma anche diritti e situazioni giuridiche soggettive a carattere amministrativo, in modo da avvicinarle in senso partecipativo ai processi decisionali delle istituzioni e degli organi comunitari e nazionali; protesa, dall'altro, ad affermare un ruolo essenzialmente funzionale e servente degli apparati pubblici dell'Unione europea nei confronti degli individui, le istanze e le necessità dei quali devono essere poste al centro della loro attività²².

L'ingresso, tra i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dall'Unione, anche delle pretese del privato nei confronti del potere pubblico è il segno tangibile del superamento di ogni residua visione autoreferenziale dell'amministrazione e di quell'impostazione che le attribuisce una posizione sempre e comunque di supremazia nei rapporti che instaura con gli amministrati, dell'affrancamento da quella concezione di tipo paternalistico ed autoritario fra istituzione e cittadino, che pure è prevalsa nel nostro ordinamento fino ad anni non molto lontani.

La collocazione di tale diritto nel capo V della Carta, dedicato alla «cittadinanza», e la ricostruzione del rapporto tra singolo e pubblica amministrazione partendo dalle pretese che il primo può vantare nei confronti della seconda, vuol dire riconoscere in modo inequivocabile la centralità dell'individuo rispetto all'apparato pubblico, a tal punto che si può sostenere che è il contenuto delle istanze legittime della persona a dover condizionare le modalità di svolgimento della funzione amministrativa e non il contrario²³.

3. Il riconoscimento implicito del diritto alla buona amministrazione nella Costituzione italiana

Se è vero che nell'articolo 41 della Carta europea dei diritti il rapporto tra potere pubblico e privato è ricostruito modellandolo intorno alle pretese della persona ed assegnando al diritto alla buona amministrazione un ruolo centrale ed una posizione di primato rispetto al potere dell'autorità pubblica, è altrettanto vero che nella Costituzione italiana la buona amministrazione come diritto fondamentale della persona non è espressamente menzionato né tra i principi fondamentali né tra i diritti dei cittadini, mentre, la disciplina della Pubblica Amministrazione è collocata, nei suoi aspetti fondamentali, nel titolo III, sezione II, all'art. 97, che, insieme all'art. 95, si concentra sulla funzione amministrativa, considerata in sé o in

²² F. NICOLETTI, *Il Principio di "buona amministrazione" nell'Unione europea tra garanzia ed efficienza*, 2006, 776-777; S. PUDDU, *Per una buona amministrazione. Note a margine della l. n. 190 del 2012*, in *Riv. giur. sarda*, 2014, fasc. n. 3, 165.

²³ A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 431.

rapporto alla funzione politica del Governo piuttosto che in relazione alle pretese del soggetto privato²⁴.

La nostra Carta costituzionale del 1948 – solo, tuttavia, ove ci si fermi all’esame degli articoli citati – sembrerebbe cioè guardare alla pubblica amministrazione principalmente nella prospettiva dell’esercizio del potere piuttosto che in quella dello svolgimento di un servizio o di una missione in favore del singolo cittadino e della collettività. Gli stessi principi di buon andamento e imparzialità, considerati espressioni del principio di buona amministrazione²⁵, sono infatti configurati, all’art. 97, non come l’esito di una pretesa che il cittadino può vantare nei confronti del potere pubblico, ma come principi ai quali si deve conformare l’organizzazione e l’azione degli apparati pubblici.

È innegabile, però, come è stato chiarito dalla nostra dottrina, da parecchio tempo, che la disciplina della Pubblica Amministrazione non possa certamente ricavarsi soltanto dagli articoli 97 e 95, ma dall’intera Costituzione²⁶, la quale, in virtù del carattere aperto²⁷ ed elastico²⁸ delle sue previsioni, non impedisce certamente di riconoscere l’esistenza, perlomeno im-

²⁴ A. ZITO, *op. cit.*, 431-432.

²⁵ A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, Aa. Vv., a cura di F.G. Scoca, Torino, 2015, 214-215.

²⁶ L’avvertimento che nella nostra Costituzione la disciplina dell’amministrazione pubblica non possa certamente ricavarsi da due soli articoli ma dall’intera Costituzione, sicuramente ricca di tante altre disposizioni che in varia misura si riferiscono all’amministrazione nella sua dimensione organizzativa e funzionale, era già presente, pochi anni dopo l’entrata in vigore della Costituzione, nelle note parole di Carlo Esposito «Chi voglia sapere come è disciplinata l’amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l’intera Costituzione» (*Riforma dell’Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 248), con le quali l’Autore «esprimeva un giudizio che sarebbe divenuto il “programma di lavoro” per l’indagine giuridica sul tema Costituzione repubblicana e pubblica amministrazione» (G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. Scoca – F.A. Roversi Monaco – G. Morbidelli, Torino, 2013, 37).

²⁷ G. PASTORI, *Statuto dell’amministrazione e disciplina legislativa*, in *Annuario 2004*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA), Milano, 2005, 12, sottolinea come non vada dimenticato che «la nostra Costituzione ... è una costituzione aperta, aperta verso l’alto, che fa rinvio a valori e a proposizioni di valore universale (esemplare in tal senso l’art. 2), così da contemperare l’esigenza dello stare al diritto positivo con quella di recepire le istanze di giustizia naturale che emergono e possono emergere. Il che offre la possibilità di far proprie e trasformare in regole di diritto positivo tali istanze, ma nello stesso tempo richiede di sottoporre a giudizio di coerenza costituzionale i principi e le regole che se ne ricavano».

²⁸ L’indeterminatezza e l’elasticità delle disposizioni costituzionali - osserva A. ROMANO TASSONE, *Legislatore e limite dei principi*, in *Annuario 2004*, cit., 220-222 - consente alle stesse di adattarsi alle trasformazioni istituzionali della pubblica amministrazione e di essere riempite di contenuto precettivo diverso in ragione dei diversi modelli di amministrazione che nel tempo si affermano, secondo «un meccanismo integrativo elastico, che apre la Carta alla forza normativa spontanea dell’istituzione (se si vuole: della società in cui l’amministrazione è immersa, e di cui è in larga misura espressione)».

plicità, tra i diritti fondamentali della persona, del diritto alla buona amministrazione²⁹, anche in ragione dello stesso dovere di buona amministrazione che incombe, in base al predetto art. 97, sugli organi amministrativi³⁰.

La Carta costituzionale, d'altra parte, attraverso molti articoli che in varia misura si riferiscono agli apparati pubblici, contiene già tutte le premesse perché il rapporto tra cittadino ed autorità si atteggi e sia ricostruito in modo tale da collocare il primo al centro della scena e la seconda in posizione servente³¹, assegnandole il ruolo di struttura di servizio e non solo di apparato di comando, come fa, per esempio, l'art. 98 della Costituzione, quando impone ai pubblici impiegati di essere «al servizio esclusivo della Nazione», oppure, come si ricava, più in generale, dallo stesso statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica, ricostruito tenendo conto necessariamente dell'insieme delle varie disposizioni che la impegnano a garantire la realizzazione delle libertà e dei diritti fondamentali del cittadino³².

²⁹ Così A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012, 113 ss.

³⁰ Di un diritto dei cittadini alla buona amministrazione in ragione di un dovere giuridico di buona amministrazione incombente, in base all'art. 97 della Costituzione, sugli organi (legislativi ed) amministrativi, già si discuteva, peraltro, negli anni '50 del secolo scorso, come testimonia G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, 139.

³¹ A. ZITO, *op. cit.*, 432.

³² Per G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., 19-21, i principi generali della funzione amministrativa vengono qualificati e tradotti dalla stessa Costituzione in altrettante garanzie costituzionali dei cittadini nei confronti dell'agire amministrativo, e ciò in virtù del carattere aperto della nostra Costituzione capace di recepire gli esiti della più recente evoluzione legislativa e di tradurli in regole che presiedono ai rapporti fra amministrazione e destinatari o beneficiari della stessa. L'Autore dà rilievo, in particolare, al fatto che la legge sul procedimento n. 241/1990 richiami il sistema costituzionale in cui l'amministrazione è calata e stabilisca come scopi dell'amministrazione altrettanti diritti e pretese dei singoli cittadini e interessati: il che comporta che sia lo statuto costituzionale del cittadino a rappresentare quello dell'amministrazione. ID., *L'amministrazione da potere a servizio*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. Spasiano, Napoli, 2012, 48, 54, in cui l'Autore afferma che «il testo costituzionale nel porre al centro una visione obiettivo-funzionale dell'amministrazione lascia intendere, pur senza esplicitarlo (si veda peraltro il 1° comma dell'art. 98: il servizio alla nazione), che vi dovesse essere un vero e proprio rapporto di servizio (anche) nei riguardi dei cittadini singoli e associati. Il che doveva tradursi in particolare nella previsione e nel riconoscimento di posizioni di diritto e di pretesa in condizione non più di soggezione, ma di parità in capo a questi. È quanto è stato colto dai primi e più lungimiranti interpreti (Espósito), ma che però non ha avuto immediato seguito». La visione costituzionale dell'amministrazione trova infatti attuazione – sottolinea l'Autore – con la legge n. 241/1990, che «rappresenta oggi una legge di principi e insieme di diritti (di principi che si sono fatti rispettivamente diritti e obblighi) che presiedono in generale allo svolgimento dell'attività amministrativa secondo la visione costituzionale paritaria dei rapporti amministrazione e cittadini» (p. 56). Nella stessa direzione, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 66, «L'amministrazione pubblica è ... un soggetto particolare, giacché la sua organizzazione e la sua attività non sono autoreferenti, ma sono fun-

In questa direzione, d'altra parte, si è mossa la nostra dottrina amministrativistica e costituzionalistica, giungendo ad esiti ricostruttivi che, riferendosi in particolare alla funzione amministrativa, esaltano la dimensione del servizio e non quella del potere.

Anche il legislatore sembra seguire la stessa rotta, in quanto, sebbene nella legge n. 241/1990, all'art. 2, in riferimento alla conclusione del procedimento con provvedimento espresso ed entro un termine prefissato, parli soltanto di un «dovere» dell'amministrazione, anziché di un «diritto» del privato, tuttavia, ne riconosce, almeno implicitamente, l'esistenza, tant'è che l'inerzia o il ritardo nel decidere espone l'amministrazione ed i funzionari a vari tipi di responsabilità e sanzioni individuate dalla legge³³. All'art. 10, comma 1, del resto, il legislatore qualifica espressamente come diritto di chi partecipa al procedimento quello di accedere agli atti del procedimento (salvo quelli esclusi) o di presentare memorie scritte e documenti, mentre, come obbligo dell'amministrazione procedente quello di valutare tali memorie e documenti se pertinenti all'oggetto della procedura.

zionali ad altri soggetti: ai cittadini. Lo stesso interesse pubblico, prima inteso come interesse dell'amministrazione, quasi in contrapposizione all'interesse degli altri soggetti dell'ordinamento, oggi mantiene il suo originario carattere di socialità: pertanto l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione sono *al servizio* della comunità; non si autogiustificano, ma trovano la ragione della loro esistenza nell'aderenza agli interessi reali, nell'essere rivolte a soddisfare interessi dei cittadini. Contro la separatezza dell'amministrazione depone inoltre il principio generale della partecipazione dei cittadini alla gestione pubblica (art. 3 cpv. Cost.). È, dunque, «nella fedeltà ai bisogni sociali» e nella partecipazione che si rinviene una delle basi di legittimazione dell'amministrazione, colmandosi in questo modo quel *deficit* di democraticità conseguente all'allentarsi nei confronti di essa degli influssi del *continuum* democratico, che trova il proprio fondamento nel corpo elettorale e si trasfonde nell'amministrazione per il tramite della legge e degli altri atti d'indirizzo politico promananti dal parlamento». Anche F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, ed. riv. e agg. a cura di L. Benvenuti, Padova, 1996, 42, osserva come non sia senza significato che nei vari titoli in cui è divisa la prima parte della Costituzione, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, si parli di rapporti civili, etico-sociali, economici, politici, in quanto ciò sta a significare che «i diritti e i doveri dei cittadini vigono nei confronti dello Stato con il quale quindi essi sono in un diretto rapporto». ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, 807, ora in *Feliciano Benvenuti. Scritti giuridici*, vol. IV, Articoli e altri scritti (1970-1983), Milano, 2006, 3223 ss., nelle norme della Costituzione «il cittadino avanza in primo piano ... con la sua posizione di sostanziale diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione e ... per ciò non solo ha diritto alla tutela giurisdizionale ma ha diritto di averla ... più efficace e più piena ... l'art. 2 della Costituzione ... vuole che la Repubblica riconosca e garantisca i diritti inviolabili dell'uomo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ... Sicché, a prescindere da ogni discussione sull'utilità di una distinzione tra diritti ed interessi legittimi, ... da ogni diatriba sulla qualificazione di queste due posizioni, resta che nell'ambito della nostra Costituzione non si può immaginare l'esistenza di un interesse che abbia minor valore di un diritto e cioè l'esistenza di rapporti nei quali il cittadino si trovi rispetto all'amministrazione in posizione di vantaggio a tutela piena e nell'altro in una posizione di vantaggio a tutela semipiena» (3230-3231).

³³ Cfr. art. 2, co. 9, ed art. 2-*bis* (per il quale si rinvia al par. 4.8).

La stessa dottrina, con riferimento all'adozione della decisione entro il termine ultimo previsto dalla legge, ha chiarito, già da tempo, che si tratta di un vero e proprio obbligo del soggetto pubblico³⁴, mentre, la correlata situazione giuridica (di natura procedimentale) del privato, che ne pretende l'adempimento, ha ormai la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo³⁵.

Pertanto, se, alla fine, si valorizza il contenuto innovativo e la forza giuridica vincolante di fonte primaria dell'art. 41 della Carta, ne può derivare una nuova esegesi del rapporto tra individuo ed amministrazione pubblica: se è vero, infatti, che tale relazione è costruita intorno alla centralità della posizione dell'individuo e delle sue pretese, l'interpretazione delle norme, sia europee sia interne, che disciplinano il rapporto tra amministrazioni ed amministrati, non potrebbe risultare sfavorevole per i secondi, in nome di una presunta supremazia delle amministrazioni³⁶, oppure, di un concetto di buona amministrazione inteso in senso oggettivo (dal punto di vista, cioè, dell'esercizio della funzione amministrativa)³⁷.

³⁴ M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, vol. II, Napoli, 2010, 71 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, con il coordinamento di D.U. Galetta – M. Gigante, Milano, 2011, 228.

³⁵ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 152; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 53-56. Anche per A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, agg., II, 1998, 985, la pretesa del privato «di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti» e le altre pretese partecipative (di partecipare al procedimento, di ricevere risposta alla propria richiesta di provvedimento, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di veder prese in esame le osservazioni presentate, di vedere motivata la decisione) costituiscono veri e propri diritti soggettivi, «la cui lesione determina *tout court* un dovere di risarcimento a carico della pubblica amministrazione». Per un'analisi della dottrina appartenente alla corrente di pensiero che ricostruisce le situazioni giuridiche del soggetto privato nel procedimento alla stregua di diritti soggettivi, si rinvia a M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 179 ss. A questo filone interpretativo aderisce anche M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 3/2005, 557 ss.

³⁶ Così A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» ...*, cit., 433. Anche G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Lezioni*, Milano, 2013, 22, sottolinea come l'art. 41, in virtù della sua formulazione, sia diretto a salvaguardare più le posizioni degli amministrati che i poteri delle amministrazioni.

³⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. Chiti e G. Greco, coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta, Parte generale, Tomo I, Seconda edizione, Milano, 2007, 52-53.

4. *Le varie espressioni del diritto alla buona amministrazione*

Buona amministrazione³⁸, così come l'espressione speculare cattiva amministrazione, sono concetti ampi ed indefiniti che vale la pena precisare prima di approfondire i contenuti dell'art. 41.

La prima formula è utilizzata, proprio per la sua indeterminatezza ed onnicomprensività, allo scopo di includere l'insieme dei principi e delle regole, sostanziali e procedurali, non tutte giustiziabili, alle quali si deve conformare l'agire amministrativo in un moderno sistema democratico di diritto³⁹.

La seconda, invece, identifica una serie di condotte ed atteggiamenti devianti dai principi e dalle regole di buona amministrazione, quali, a titolo meramente esemplificativo, il comportamento sleale, la discriminazione, l'abuso di potere, la mancanza di informazioni o il rifiuto di fornirle, i ritardi ingiustificati, le irregolarità amministrative, ove gioca un ruolo fondamentale il Mediatore europeo⁴⁰, al quale compete proprio di indagare sui casi di cattiva amministrazione, che riguardano non sempre e non solo comportamenti illegittimi suscettibili di sanzione giudiziaria⁴¹.

L'art. 41, invece, come si è visto, definisce il diritto alla buona amministrazione come il diritto di ciascuna persona ad avere dagli organi pubblici una decisione che sia imparziale, equa e sollecita. Il che presuppone e sottintende il riconoscimento ad ogni individuo di una serie di altri diritti a carattere procedurale e processuale, che la norma individua nel diritto di essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento pregiudizievole, di accedere al proprio fascicolo nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale, di conoscere i motivi della decisione, di rivolgersi e di ricevere risposta dagli organi dell'Unione in una delle lingue dei Trattati, di essere risarcito dall'Unione per i danni causati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro fun-

³⁸ Sulla delimitazione della nozione di buona amministrazione, si v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009, 163 ss. Per la letteratura d'oltralpe, si rinvia a: L. AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in *Droit administratif européen*, a cura di J.-B. Auby, J. Dutheil De La Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2007; B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, 2004.

³⁹ Così V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004, 14.

⁴⁰ Il Mediatore europeo, previsto dal Trattato di Maastricht (1992), è stato eletto dal Parlamento europeo, la prima volta, nel 1995.

⁴¹ Così S. VILLAMENA, *Mediatore e «buona amministrazione» (Profili ricostruttivi della tutela del Mediatore europeo attraverso la buona amministrazione comunitaria)*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 265, il quale sottolinea come la sfera della cattiva amministrazione risulti essere più ampia di quella dell'illegittimità, poiché la comprende al suo interno ma non si esaurisce in essa, ragion per cui non sempre la implica.

zioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

La disposizione predetermina, in questo modo, significative garanzie sostanziali, procedurali e processuali per i soggetti amministrati, alcune delle quali già da tempo consacrate dal giudice comunitario, altre, invece, come il trattamento equo, nuove.

Ma i singoli diritti (di natura sostanziale, procedimentale e processuale), individuati dall'art. 41, non devono intendersi – anche in virtù della intensa portata programmatica, evocativa e valoriale connaturata a tale disposizione – come esaustivi di tutto ciò che il diritto alla buona amministrazione quale principio generale del diritto è in grado di ricomprendere, rappresentando piuttosto una concretizzazione esemplificativa dello standard minimo di garanzie che l'ordinamento europeo esige che sia assicurato agli amministrati nei confronti delle amministrazioni⁴².

Il diritto alla buona amministrazione proclamato dalla norma in commento ha, pertanto, una portata più limitata rispetto al principio di buona amministrazione⁴³, così come ricostruito dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Si pensi, al riguardo, a quei principi ed a quelle regole di comportamento che fanno parte della nozione di buona amministrazione, come il principio di sana gestione finanziaria delle risorse, contenuto nei Trattati europei⁴⁴, oppure, le regole etiche di comprensione e rispetto delle ragioni dei privati, di educazione, cortesia, disponibilità, attenzione, sollecitudine, chiarezza e semplicità del linguaggio, oggi menzionate nel Codice europeo di buona condotta amministrativa, nei Principi del servizio pubblico che devono ispirare i funzionari dell'Unione e nel nostro Codice nazionale di comportamento dei dipendenti pubblici⁴⁵.

4.1. *Il diritto ad una decisione imparziale ed equa, motivata ed entro un termine ragionevole*

Il diritto di ogni persona di pretendere dagli organi pubblici un trattamento imparziale sulle questioni che la riguardano è riconosciuto e tutelato dal giudice comunitario da molto tempo⁴⁶.

Esso impone all'amministrazione, anche al fine di garantire il corretto esercizio dei diritti di partecipazione, contraddittorio e difesa dei soggetti coinvolti nel procedimento, tanto l'obbligo di fornire, in modo completo ed esauriente, tutte le informazioni rilevanti in suo possesso, in ossequio ai

⁴² D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 823.

⁴³ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 51.

⁴⁴ Cfr.: artt. 287, par. 2, 310, par. 5, 317, TFUE.

⁴⁵ Art. 12 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

⁴⁶ Si v., per esempio, Corte di giustizia, 21 novembre 1991, n. 269.

principi di completezza ed esaustività dell'istruttoria, quanto l'obbligo di esaminare, in modo diligente, accurato ed imparziale, tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti nel caso di specie⁴⁷, soprattutto in quei procedimenti amministrativi nei quali gli apparati pubblici godono di ampia discrezionalità⁴⁸ nella valutazione e ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti.

Il diritto ad una decisione imparziale, così come interpretato dalla dottrina ed applicato dalla giurisprudenza, esige, altresì, il rispetto, da parte dell'amministrazione, non solo del principio di imparzialità, ma anche dei principi, strettamente connessi e talora sovrapponibili tra loro, di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione⁴⁹, i quali richiedono che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e situazioni diverse non siano trattate in modo uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato⁵⁰ e sia adeguatamente evidenziato nella motivazione dell'atto⁵¹.

Il diritto ad un trattamento equo rappresenta, invece, una pretesa di nuovo conio sulla quale riflettere, considerato che tale principio non ha finora trovato menzione espressa nella Costituzione o nella legge italiana sul procedimento amministrativo e viene richiamato sporadicamente ed in termini poco significativi nelle decisioni del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia europea, in cui è considerato sostanzialmente come sinonimo di buona amministrazione⁵².

Il riferimento all'equità, sia come oggetto di una pretesa del cittadino nei confronti del potere pubblico, sia come principio generale del diritto che governa l'amministrazione, appare particolarmente fecondo, se è vero che l'equità quale concetto giuridico indeterminato si presta a ricomprendere le garanzie ed i diritti della persona, di natura sostanziale, procedimentale e processuale, così da essere concepita tanto come equità proporzionale⁵³ quanto come equità procedurale, sebbene in quest'ultima dimensione l'equità sia già garantita da quelle previsioni contenute nei paragrafi 2 e 4 dell'art. 41, che riconoscono al privato il diritto al contraddittorio, anche nella propria lingua.

L'equità proporzionale, in particolare, richiama i concetti di giustizia, adeguatezza e misura della decisione e riconosce al privato il diritto ad avere una decisione idonea, necessaria ed adeguata rispetto alle esigenze di cura dell'interesse pubblico perseguito e tale da assicurare, nel contempo, il

⁴⁷ *Ex multis*, Corte di giustizia, sez. V, 5 novembre 2014, n. 166.

⁴⁸ D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali ...*, cit., 826.

⁴⁹ Tra le tante, Corte di giustizia, sez. I, 6 aprile 2006, n. 410.

⁵⁰ In questi termini, Corte di giustizia, sez. IV, 7 giugno 2007, n. 76.

⁵¹ A. SIMONATI, *op. cit.*, p. 218-221, 235-238.

⁵² Così, A. SIMONATI, *ibidem*, 294.

⁵³ A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» ...*, cit., 435.

minor sacrificio possibile del proprio interesse individuale. Un'equità, questa, che esplicita, quindi, quel principio di proporzionalità dell'azione amministrativa - previsto nell'art. 5, del Trattato UE, ed elaborato ed ampliato nella sua portata applicativa dal giudice comunitario - che costituisce, è noto, un principio generale del diritto europeo ed interno (in virtù del richiamo ai principi comunitari contenuto nell'art. 1 della legge italiana sul procedimento amministrativo).

Ma il diritto ad una decisione equa sottintende anche l'obbligo degli apparati pubblici di osservare ed applicare quelle regole di formazione sociale, non create dall'autorità, che trovano il loro fondamento costituzionale nella sovranità appartenente al popolo e nel dovere della Repubblica di riconoscere i diritti e le libertà fondamentali ed inviolabili della persona⁵⁴.

Riguardo al diritto ad una decisione motivata, questo, sebbene espresso dall'art. 41 nella forma dell'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni, deriva dall'art. 253 del Trattato CE⁵⁵, oggi, art. 296 del TFUE, ove viene sancito in modo onnicomprensivo l'obbligo di motivazione di tutti gli atti giuridici delle istituzioni comunitarie.

I contenuti concreti di questo diritto sono stati specificati dal giudice comunitario⁵⁶, che ha sottolineato come dalla motivazione debbano risultare in modo chiaro ed inequivocabile l'iter logico seguito dall'autorità e quindi gli accertamenti di fatto e le valutazioni giuridiche su cui le decisioni poggiano, in modo da consentire, per un verso, ai destinatari dell'atto di conoscere le ragioni del provvedimento adottato per la migliore difesa delle loro posizioni giuridiche, per altro verso, al giudice di esercitare il proprio sindacato.

L'ampiezza della motivazione dipende, invece, dalle peculiarità del singolo caso, in cui gioca, comunque, un ruolo determinante la natura giuridica dell'atto da adottare⁵⁷, ma anche la complessità della materia cui si riferisce l'atto ed il contesto in cui lo stesso è adottato⁵⁸.

La violazione dell'obbligo di motivazione sussiste non soltanto nell'ipotesi in cui manchi del tutto la motivazione, ma anche nell'ipotesi in cui questa sia carente o insufficiente, sotto il profilo quantitativo o qualitativo, oppure, incongrua, contraddittoria o erronea.

⁵⁴ In questo senso, L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, 819 ss., al quale si rinvia per approfondimenti sul tema della formazione sociale della regola giuridica dell'equità.

⁵⁵ Ancor prima, l'obbligo di motivazione degli atti della Commissione e del Consiglio era previsto dall'art. 190 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea.

⁵⁶ Cfr. Corte di giustizia, gr. sez., 2 dicembre 2009, n. 89. In senso conforme: Corte di giustizia, gr. sez., 22 dicembre 2008, n. 333; Id., sez. I, 1 febbraio 2007, n. 266. Si v. pure Corte di giustizia, 21 marzo 1991, n. 303.

⁵⁷ Cfr. Corte di giustizia, 30 novembre 1978, Soc. Welding e altro c. Hauptzollamt Hamburg Waltershof.

⁵⁸ Cfr. Corte di giustizia, sez. VI, 7 marzo 2002, n. 310.

Allo stesso modo della violazione del diritto di essere ascoltati, la violazione dell'obbligo di motivazione, rientra, secondo il giudice comunitario, nell'inosservanza delle «forme sostanziali» e costituisce un motivo di ordine pubblico, che può, anzi deve, essere sollevato d'ufficio dal giudice⁵⁹, attraverso un sindacato di carattere puramente esterno, che comporta di regola l'annullamento dell'atto, sicuramente nel caso in cui l'amministrazione eserciti un potere discrezionale, non essendo considerata ammissibile l'integrazione in giudizio della motivazione⁶⁰.

La dottrina e la giurisprudenza amministrativa italiana sono al riguardo attestata su posizioni non dissimili, in quanto - anche dopo l'innesto, nel 2005, nel corpo della legge generale sul procedimento, del discusso regime giuridico che sacrifica i vizi formali e procedurali⁶¹, prevedendo la non annullabilità degli atti che ne siano affetti, allorché ricorrano le altre condizioni individuate dall'art. 21-*octies*, comma 2⁶² - continuano a ribadire, per

⁵⁹ Corte di giustizia, 10 luglio 2008, n. 413; Id., sez. V, 30 marzo 2000, n. 265; Id., 2 aprile 1998, n. 367.

⁶⁰ In questi termini, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015, 35-37. Per la giurisprudenza comunitaria, si v.: Trib. di I grado, sez. V, 22 ottobre 2008, n. 309, «La motivazione degli atti deve essere comunicata all'interessato contemporaneamente alla decisione che gli arreca pregiudizio. La mancanza di motivazione non può essere sanata dal fatto che l'interessato venga a conoscenza dei motivi della decisione nel corso del procedimento dinanzi al giudice comunitario; quest'ultimo deve perciò limitarsi ad un controllo di legittimità dell'atto impugnato senza possibilità di porre rimedio all'eventuale assenza di motivazione della Commissione, integrandola aggiungendo o sostituendo elementi che non derivano dalla stessa decisione impugnata».

⁶¹ A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 4/2003, in part. 789 ss., esprime forti dubbi circa la necessità e l'utilità di un intervento legislativo che sacrifichi l'effettività delle regole e garanzie procedurali in nome della «teorica del risultato» a fronte della consistente trasformazione, ormai intervenuta, della funzione e dei poteri del giudice amministrativo. Tale trasformazione, infatti, consentirebbe comunque «il raggiungimento del medesimo obiettivo in termini di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (di risultato), senza scardinare le basi su cui si fonda l'effettività e concreta vigenza delle norme procedurali» (p. 790). Il giudice amministrativo, d'altra parte - osserva l'Autore - avrebbe già intrapreso da tempo questa strada, allorché distingue tra forme essenziali e mere forme (ritenendo queste ultime inidonee ad essere causa di annullamento degli atti amministrativi), oppure, laddove ammette la possibilità di procedere a sanatoria, convalida o integrazione del provvedimento nel corso del giudizio. Senza considerare che «il giudice amministrativo ben potrebbe contemperare le esigenze di flessibilità dell'azione amministrativa (protesa al raggiungimento del risultato) con quelle di legalità delle norme sul procedimento e di effettività della tutela giurisdizionale ... facendo valere, in modo diverso e più pieno, il presupposto processuale dell'interesse a ricorrere. Svolgendo un sindacato pieno sulla sussistenza di un interesse a ricorrere collegato al conseguimento finale del bene, della pretesa sostanziale» (p. 796).

⁶² Anche M. MAZZAMUTO, *Dalla dequotazione dei vizi «formali» alla dequotazione dei vizi «sostanziali», ovvero della dequotazione tout court della tutela costitutiva (a proposito di una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria)*, in *www.giustamm.it*, 2015, 1,

i provvedimenti di natura discrezionale in cui la motivazione sia assente o insufficiente, il divieto di integrazione della stessa in via postuma o successiva, ossia nel corso del processo⁶³, e ciò, verosimilmente, in virtù del valore sostanziale (e non solo formale) della motivazione⁶⁴. Essa, infatti, come si ricava anche dalla definizione contenuta all'art. 3 della legge n. 241/1990⁶⁵, rappresenta un elemento costitutivo del contenuto della decisione amministrativa, che deve logicamente precedere e non seguire il provvedimento, essendo posta a tutela del principio del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario, del principio del giusto processo e del diritto di difesa. Viceversa, il difetto di motivazione integra, non semplicemente un vizio formale, ma un vero e proprio vizio della funzione amministrativa (sostanziale quindi)⁶⁶, o, in altri termini, un'alterazione fun-

critica la cosiddetta dequotazione dei vizi riguardanti la forma degli atti o le altre regole del procedimento, perché, non solo determina la conseguente dequotazione della tutela costitutiva, ma rischia anche di conquistare l'intero universo provvedimentale, qualora negli atti vincolati si volessero far rientrare pure gli atti astrattamente discrezionali ma vincolati in concreto, ovvero se la natura vincolata fosse valutata in concreto piuttosto che in astratto. A. ROMANO TASSONE, *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario 2002*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA), Milano, 2003, 106, d'altra parte, sostiene che «la natura discrezionale o vincolata del potere amministrativo va' valutata in concreto ed alla fine del procedimento, perché è in quest'ultimo che la discrezionalità si esercita e assai frequentemente si consuma».

⁶³ Già A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 395, 397, aveva decisamente negato l'ammissibilità «della formale enunciazione, in sede di giudizio [...], di un dato motivante necessario e carente (oppure insufficientemente articolato)», anche perché – sostiene l'Autore – «altrimenti opinando, non solo la motivazione difettosa, ma anche la motivazione palesemente erronea od incongrua potrebbe essere rettificata successivamente all'impugnazione». A sostegno della tesi della non integrabilità della motivazione in giudizio l'Autore richiama pure l'opera di Franco Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, in particolare le osservazioni di Levi sull'oggetto del sindacato giurisdizionale indiretto, oggetto che consiste - afferma Romano Tassone - nelle «argomentazioni dell'autorità quali si sono (o meglio, nella specie, quali *non si sono*) manifestate. Ove, pertanto, né nel provvedimento, né nei singoli atti procedurali a ciò idonei, sia dato riscontrare la motivazione necessaria e sufficiente, quest'ultima non potrà essere tardivamente espressa, una volta avanzata l'impugnazione». Per la giurisprudenza, si v.: Consiglio di Stato, sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4993; Id., 12 novembre 2009, n. 6997; TAR Trieste, sez. I, 11 maggio 2015, n. 212; TAR Catanzaro, sez. II, 12 gennaio 2016, n. 46.

⁶⁴ Anche A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pub.*, app., 1997, 684, sebbene affermi che la motivazione dei provvedimenti amministrativi, ai fini dell'art. 3 della legge n. 241/1990, debba intendersi in senso formale, dovendo consistere in un'espressione linguistica volta ad esternare i motivi della decisione, tuttavia, ha cura di precisare che, ad altri fini, assuma rilievo anche un concetto sostanziale di motivazione.

⁶⁵ V. nota 83.

⁶⁶ G. MORBIDELLI, *Invalidità ed irregolarità*, in *Annuario 2002*, cit., 97, distingue a seconda che la motivazione inerisca ad atti vincolati o discrezionali ed afferma che «la carenza di motivazione può essere considerata un difetto di forma ... solo per i provvedimenti vincolati, rispetto a cui l'assenza di motivazione si può configurare come un difetto di esterna-

zionale dell'esercizio del potere pubblico, tutte le volte in cui non consenta un'adeguata rappresentazione e comprensione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche sottese alla statuizione⁶⁷. Sicché, il giudice amministrativo consente all'amministrazione di integrare nel processo la motivazione del provvedimento, soltanto quando la sua omissione non abbia leso, in realtà, il diritto di difesa dell'interessato, come nel caso degli atti di natura vincolata, per i quali l'amministrazione può anche dimostrare successivamente in giudizio l'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto⁶⁸, oppure, qualora le ragioni del provvedimento siano implicitamente, purché inequivocamente, desumibili dagli atti del procedimento⁶⁹, oppure, ove l'integrazione (della motivazione) sia effettuata mediante una nuova istruttoria in cui l'amministrazione rivaluti gli atti del procedimento ed adotti un provvedimento di convalida⁷⁰.

Con riferimento, infine, ma non ultimo, al diritto di ogni persona interessata di pretendere dall'autorità pubblica una decisione entro un tempo ragionevole, questo è espressione del principio, ben noto all'ordinamento comunitario ed interno, che impone all'amministrazione di concludere il procedimento tempestivamente e comunque entro un termine ragionevole, nella consapevolezza, per un verso, che l'inerzia della pubblica amministrazione e l'incertezza dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi comportano un elevato costo sociale ed economico per i cittadini e per le imprese⁷¹ e ne scoraggiano gli investimenti, per altro verso, che la sem-

zione di un accertamento *aliunde* effettuabile, sempre che porti alla conferma della correttezza dello stesso. ... Riguardo ai provvedimenti discrezionali, di contro, la motivazione è davvero sostanza e come tale infungibile. Consente infatti di poter sindacare il percorso logico seguito dall'amministrazione e come si è svolta la selezione degli interessi: è dunque una componente ineliminabile della tutela giurisdizionale».

⁶⁷ Così, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 360, per il quale «i margini di integrazione della motivazione carente, o la degradazione del vizio a mera irregolarità, devono esser ridotti esclusivamente a quei casi in cui, non controverso né controvertibile il fatto, le ragioni giuridiche sono inequivocamente desumibili dal contenuto precettivo del provvedimento (vincolato nell'*an* e nel *quid*), ancorché in esso non correttamente e compiutamente esplicitate: con esclusione quindi di casi in cui si deducono nuovi presupposti di fatto, elementi sottratti alla partecipazione procedimentale, ragionamenti diretti all'interpretazione di norme giuridiche mai ostesi, confutazione di elementi dedotti dal partecipante non contemplati nel corpo dell'atto, che rappresentano garanzie sostanziali il cui pieno esplicarsi è riservato alla dinamica procedimentale e non a quella irredimibile del processo». Anche I. M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, n. 1/2003, 351, considera la motivazione dell'atto amministrativo componente sostanziale ed essenziale della funzione amministrativa e del procedimento.

⁶⁸ TAR Salerno, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23.

⁶⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 651; TAR Catanzaro, sez. II, 11 novembre 2015, n. 1639.

⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 790; TAR Palermo, sez. III, 10 dicembre 2015, n. 3226.

⁷¹ M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse*

plificazione procedimentale e la certezza temporale sono elementi fondanti di un differente e moderno sistema burocratico, di sostegno e non di ostacolo per le attività sociali e produttive ed al servizio della collettività per favorirne lo sviluppo⁷².

Tale diritto fondamentale, che è anche un principio generale dell'ordinamento, obbliga in particolare l'amministrazione ad evitare ritardi ingiustificati, i quali, sebbene, per un verso, possono dar luogo ad una sentenza di condanna al risarcimento del danno determinato dall'eccessiva durata del procedimento, come stabilisce oggi l'art. 2-bis della legge n. 241/1990⁷³, per altro verso, non viciano la decisione finale e non sono pertanto sufficienti a giustificare una sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo⁷⁴, sempre che la durata eccessiva del procedimento non abbia compromesso il diritto di difesa, non abbia influito sullo svolgi-

pubblico tra politica e amministrazione, cit., 59.

⁷² M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in *Annuario 2014. L'incertezza delle regole*, Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA), Napoli, 2015, 102.

⁷³ Ai sensi della disposizione succitata, le pubbliche amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Questo significa che l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, in quanto il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante). In questi termini si esprime il Consiglio di Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1584, che, in relazione alla colpa, afferma che la sua sussistenza non può essere dichiarata in base al solo dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento adottato o dell'illegittimo ed ingiustificato procrastinarsi dell'adozione del provvedimento finale, essendo necessaria anche la dimostrazione che l'amministrazione abbia agito con dolo o «colpa grave», di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente o ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Pertanto, ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria deve in concreto accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia la conseguenza di un comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione, ovvero se, per converso, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto. Il tema del risarcimento del danno sarà comunque ripreso nel par. 4.8.

⁷⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 18 maggio 2016, n. 2019, per il quale il superamento del termine massimo di durata di un procedimento avviato ad istanza di parte comporta le conseguenze previste dagli artt. 2 e 2 bis, della legge n. 241/1990, ma di per sé non incide sulla legittimità del provvedimento conclusivo del procedimento.

mento dell'iter deliberativo ovvero sul contenuto della decisione, oppure, non abbia ingenerato un affidamento legittimo in un diverso contenuto della decisione⁷⁵.

A differenza, però, del nostro diritto interno, che, in questo momento, con la legge n. 241/1990, all'art. 2, impone in generale alle amministrazioni di fissare termini di conclusione dei procedimenti non superiori a novanta giorni, oppure, se ricorrono le condizioni indicate dalla norma⁷⁶, centottanta giorni, nel diritto europeo non esiste un'analogia disposizione di carattere generale che stabilisca esattamente un termine massimo entro il quale i procedimenti amministrativi comunitari devono concludersi.

Soltanto alcune disposizioni normative settoriali, in materia di aiuti di stato⁷⁷, per esempio, oppure, il Codice europeo di buona condotta amministrativa⁷⁸, che, allo stato, però, non è vincolante, indicano un termine di conclusione del procedimento di due mesi, anche in questi casi prorogabile al ricorrere di talune condizioni, senza tuttavia predeterminarne la durata massima.

In assenza di riferimenti normativi generali per determinare della ragionevole durata del procedimento, questa viene perciò valutata dalla giurisprudenza comunitaria in concreto, caso per caso, in relazione alla complessità della singola fattispecie ed alla condotta tenuta dalle parti nel corso del procedimento⁷⁹.

⁷⁵ Così: D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali ...*, cit., 827-829; F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 55, 73; A. SIMONATI, *op. cit.*, 239 ss., in part. 253 ss.

⁷⁶ Il comma 4 dell'art. 2 fa riferimento all'insostenibilità di un termine di conclusione del procedimento di 90 giorni per ragioni collegate all'assetto organizzativo dell'amministrazione, alla natura degli interessi pubblici tutelati ed alla particolare complessità del procedimento. Sono esclusi dall'applicazione del limite massimo di 180 giorni soltanto i procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e quelli riguardanti l'immigrazione.

⁷⁷ Cfr. art. 4 del regolamento (CE) n. 659/1999, oggi sostituito dal regolamento (UE) del Consiglio del 13 luglio 2015, n. 1589. Il termine di due mesi può essere prorogato con il consenso della Commissione e dello Stato membro interessato.

⁷⁸ All'art. 17. Il termine di due mesi per l'adozione della decisione può essere superato soltanto se le questioni sollevate siano complesse ed il soggetto interessato sia informato tempestivamente.

⁷⁹ In questi termini, Corte di giustizia, 15 ottobre 2002, n. 238, in particolare punti 187-192, ove si afferma che il carattere ragionevole di un termine non può essere valutato facendo riferimento ad un limite massimo preciso, determinato astrattamente, bensì deve essere valutato di volta in volta alla luce delle circostanze proprie di ciascun caso di specie e, in particolare, «alla luce della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità del caso in esame, nonché del comportamento del ricorrente e di quello delle autorità competenti». Tuttavia precisa la Corte «... l'elencazione di tali criteri non è esaustiva e la valutazione del carattere ragionevole del termine non richiede un esame sistematico delle circostanze del caso di cui trattasi alla luce di ciascuno dei detti criteri quando la durata del procedimento appaia giustificata alla luce di uno solo di essi. La funzione di tali criteri è quella di stabilire se il tempo impiegato per definire una pratica sia o no giustificato. Pertanto, la complessità del caso ovvero un comportamento dilatorio del ricorrente può essere conside-

4.2. *Il diritto di essere ascoltato e di accedere ai documenti, di utilizzare la lingua di uno degli Stati membri e di ricevere risposta nella medesima*

Il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento pregiudizievole, già riconosciuto come principio fondamentale del diritto comunitario dalla Corte di Lussemburgo alla fine degli anni Settanta⁸⁰, garantisce la partecipazione in contraddittorio nei procedimenti amministrativi, tanto in quelli avviati d'ufficio quanto in quelli ad istanza di parte.

Si tratta di un principio che era stato già introdotto da alcune norme comunitarie in settori specifici come la concorrenza⁸¹ e che la giurisprudenza ha interpretato estensivamente, riconoscendolo anche in altre materie.

Per il rispetto di tale principio è necessario, secondo la Corte di giustizia⁸², che il destinatario di una decisione sia messo in condizione di far conoscere utilmente la propria opinione su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione (anche quando la normativa applicabile non lo preveda espressamente): il che presuppone il diritto del destinatario di essere informato dell'avvio del procedimento ed il dovere dell'amministrazione di tenere conto soltanto di quegli elementi sui quali sia stato possibile per l'interessato esprimere il proprio punto di vista, in quanto nessuna decisione può fondarsi su elementi che non abbiano formato oggetto di dibattito procedimentale⁸³.

Parte della dottrina⁸⁴ osserva, però, come l'ambito di applicazione di tale diritto non sia sempre uguale nella giurisprudenza comunitaria, in quanto questa tende a garantirlo maggiormente nei procedimenti in cui l'amministrazione dispone di un ampio margine di discrezionalità⁸⁵. Ma è

rato valida giustificazione di un termine a prima vista troppo lungo. Per contro, un termine può ritenersi eccedere i limiti della ragionevolezza anche alla luce di un solo criterio, in particolare qualora la sua durata derivi dal comportamento delle autorità competenti».

⁸⁰ Cfr. Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche c. Commissione.

⁸¹ Per es., art. 36 del Trattato CECA (giunto a scadenza nel 2002).

⁸² Corte di giustizia, sez. V, 5 novembre 2014, n. 166, cit.; Id., sez. V, 11 dicembre 2014, n. 249.

⁸³ In questi termini si esprime A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, cit., 686, a proposito di quella che considera la maggior novità introdotta dall'art. 3 della legge n. 241/1990, che non riguarderebbe la motivazione dei provvedimenti in sé e per sé, quanto piuttosto, per suo tramite, le regole della decisione amministrativa, che vengono poste dalla norma per la prima volta: non solo la regola espressa che ogni decisione debba indicare i «presupposti di fatto e le ragioni di diritto» che l'hanno determinata e che ogni decisione debba essere assunta sulla base delle «risultanze dell'istruttoria», ma anche, ciò che ancor più conta, la regola, implicita eppure chiara, che nessuna decisione possa fondarsi su elementi che non abbiano formato oggetto di dibattito procedimentale.

⁸⁴ D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali ...*, cit., 831-833.

⁸⁵ Si v. Corte di giustizia, 21 novembre 1991, n. 269.

anche l’impatto concreto del provvedimento sulle posizioni giuridiche del destinatario a giocare – secondo questa dottrina – un ruolo centrale, poiché il diritto di essere ascoltati potrebbe essere sacrificato a fronte di provvedimenti con scarsa incidenza sulle situazioni soggettive. Così come tale diritto potrebbe essere pretermesso quando la partecipazione dell’interessato è tale da compromettere la finalità stessa del procedimento o esigenze di efficacia ed efficienza dell’amministrazione: ad esempio, nei procedimenti di controllo, laddove è necessario evitare il rischio di distruzione o occultamento di documenti indispensabili per l’espletamento dell’indagine stessa, oppure, nell’ipotesi di provvedimento prorogabile, o nel caso in cui l’interessato sia o si renda irraggiungibile.

Al di là di questi casi limite, il mancato rispetto da parte dell’organo amministrativo del diritto di cui si discorre integra - ai sensi e per gli effetti (ieri, dell’art. 230 del Trattato CE, oggi) dell’art. 263 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) - una «violazione delle forme sostanziali», in ragione della notevole rilevanza attribuita alle garanzie procedurali nel diritto dell’Unione, ove la forma è anche sostanza e non tollera una regolamentazione che rischi di sacrificarne l’effettività⁸⁶. Sicché il vizio in questione è rilevato d’ufficio dal giudice e comporta di regola l’annullamento della decisione impugnata, tranne nel caso in cui il privato abbia comunque avuto modo di far valere efficacemente il proprio punto di vista prima che venisse adottato l’atto, oppure, il risultato del procedimento non sarebbe potuto essere diverso per la natura vincolata del potere o per altre ragioni⁸⁷.

Nell’ordinamento italiano, la partecipazione assicurata in generale dalla legge n. 241/1990 non presenta il carattere dell’oralità e non si svolge in contraddittorio, per cui il diritto di essere ascoltato prima dell’adozione di un provvedimento sfavorevole viene garantito in misura minore rispetto al diritto europeo.

Certo, anche da noi sono presenti leggi di settore che prevedono il contraddittorio orale in taluni tipi di procedimenti; resta però il fatto che si

⁸⁶ Così, F. FRACCHIA, *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, a cura di G. Falcon, Padova, 2008, 261, il quale non esclude che la ragione della notevole rilevanza attribuita alle garanzie procedurali nel diritto europeo sia da individuarsi probabilmente nella visione maggiormente liberale che caratterizza, quantomeno alle origini, tale ordinamento, ove il rispetto delle regole del gioco e quindi delle norme procedurali è un tassello essenziale del rapporto autorità-cittadini. I vizi del procedimento, d’altra parte – osserva A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di V. Cerrulli Irelli, Napoli, 2007, 233 – «ben lungi dall’aver portata necessariamente «formale» ... non hanno, in quanto tali, né carattere «formale» né carattere «sostanziale», ma possono assumere ora l’una ora l’altra veste, e questo tanto in astratto, che ... in concreto».

⁸⁷ Così, Corte di giustizia, sez. V, 3 luglio 2014, n. 129; Id., sez. V, 5 marzo 2015, n. 93; Id., sez. II, 29 giugno 2006, n. 289.

tratta di eccezioni, laddove, invece, la disposizione contenuta nella Carta ha un'innegabile portata generale, non suscettibile facilmente di deroghe.

Nonostante l'assenza di un'espressa disposizione sul punto, si può, tuttavia, legittimamente procedere, in virtù del principio del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione, ad un'interpretazione conforme (al diritto europeo) del diritto nazionale, proprio al fine di garantire che la norma contenuta nell'art. 41 possa esplicare pienamente i propri effetti anche al di là degli ambiti di competenza ad essa attribuiti: non solo, cioè, nei procedimenti di rilevanza comunitaria (diretta o indiretta), ma anche in quelli di rilievo domestico, riconoscendo al soggetto destinatario di un provvedimento amministrativo sfavorevole il diritto al contraddittorio anche in forma orale⁸⁸.

Un'interpretazione conforme, che è richiesta, a ben vedere, in ragione dello stesso diritto interno, se si considera che l'attività amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della legge sul procedimento, è retta (pure) dai principi comunitari, di cui il diritto di essere ascoltato è senz'altro espressione, così come la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, secondo l'art. 117, comma 1, della Costituzione, è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti (altresì) dall'ordinamento europeo.

Complementare al diritto di essere ascoltato è sicuramente il diritto di ogni persona di accedere al proprio fascicolo⁸⁹, che, nell'ordinamento italiano, com'è noto, è previsto e disciplinato, dall'articolo 10 e dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, ove si riserva alle parti necessarie o eventuali del procedimento il diritto di prendere visione o estrarre copia degli atti istruttori e dei documenti rilevanti per la decisione.

Rappresenta un corollario dei principi di partecipazione, trasparenza⁹⁰ e imparzialità dell'azione amministrativa, tant'è che la norma interna qualifica tale diritto di accesso, per le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, come principio generale dell'attività amministrativa, volto ad assicurarne l'imparzialità e la trasparenza ed a favorire la partecipazione dei soggetti interessati⁹¹. Ha, d'altra parte, una funzione strumentale alla conoscenza

⁸⁸ Cfr. D. SORACE, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, 215.

⁸⁹ In termini non dissimili, P. PROVENZANO, *L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la "costituzionalizzazione" delle garanzie procedurali*, in *Diritto amministrativo nell'Unione europea*, a cura di D.U. Galetta, Torino, 2014, 341.

⁹⁰ Anche per J. SCHWARZE, *Access to documents under European Union Law*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, n. 2/2015, 335 ss., «The right to access to documents is part of the overall requirements of transparency which the EU is obliged to fulfill ... [and] must be regarded as a principle of a constitutional nature, being enshrined in the Treaties and the Charter of Fundamental Rights of the Union and being concretized in various rules of secondary Law» (336); mentre, *the right of access to his or her file, guaranteed by article 41, par. 2 b*, «is conceived as a supplementary right of a person or undertaking, claiming his or her right to be heard already before the administration» (338).

⁹¹ Art. 22, comma 2, legge n. 241/1990.

degli atti istruttori ed alla presentazione di osservazioni, memorie e documenti, essendo preordinato ad assicurare la pienezza del contraddittorio e la soddisfazione delle situazioni soggettive che trovano spazio nel procedimento. Non può essere escluso, infatti, per il solo fatto che il procedimento non si sia concluso o i documenti non risultino ancora recepiti in atti aventi rilevanza esterna.

Incontra, tuttavia, ai sensi dell'art. 41, il limite del rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale⁹², che, secondo la giurisprudenza, vanno in ogni caso temperati con il diritto di difesa⁹³, dovendo l'amministrazione procedente effettuare, di volta in volta, un bilanciamento tra le suddette contrapposte situazioni, in modo da consentire, se del caso ed in ossequio al principio di proporzionalità, un accesso parziale ai documenti⁹⁴, attraverso, per esempio, la segretazione di quelle parti che contengono dati sensibili.

Ulteriori limitazioni possono essere apposte per tutelare esigenze di efficienza dell'amministrazione (come si è visto a proposito del diritto di essere ascoltato), allorché l'accesso, per esempio, possa nuocere alle indagini in corso⁹⁵.

Accanto a questa forma di accesso, che può essere definito endoprocedimentale⁹⁶, proprio perché riservato soltanto ai soggetti che sono legitti-

⁹² In linea con quanto stabilisce sul punto l'art. 339 TFUE, che impone ai membri delle istituzioni dell'Unione e dei comitati e parimenti ai funzionari ed agli agenti dell'Unione, anche dopo la cessazione dalle loro funzioni, di non divulgare le informazioni che per loro natura siano protette dal segreto professionale e in particolare quelle relative alle imprese e riguardanti i loro rapporti commerciali ovvero gli elementi dei loro costi.

⁹³ In questo senso, Corte di giustizia, sez. I, 6 giugno 2013, n. 536, ove, con riferimento a norme nazionali relative al diritto di accedere ai documenti di procedimenti nazionali anti-trust da parte di coloro che si ritengono danneggiati da un'intesa, afferma che un diniego assoluto di accesso al fascicolo osta al diritto dell'Unione nel caso in cui i terzi non dispongano di nessun'altra possibilità di procurarsi tali elementi di prova, e ciò in quanto il diniego di accesso al fascicolo che viene loro opposto rende privo di qualsiasi effetto utile il diritto al risarcimento loro riconosciuto direttamente dal diritto dell'Unione.

⁹⁴ Così, Corte di giustizia, sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 353; Id., 6 dicembre 2001, n. 353.

⁹⁵ D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali* ..., cit., 836. La Corte di giustizia, sez. III, 27 febbraio 2014, n. 365, afferma che la Commissione ha il diritto di presumere che la divulgazione di documenti che contengono informazioni commerciali pregiudica, in linea di principio, la tutela degli interessi delle imprese coinvolte in tali procedimenti, nonché la tutela degli obiettivi delle attività di indagine relative a siffatti procedimenti, ai sensi dell'art. 4, par. 2, primo e terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001. Si v. pure Corte di giustizia, gr. sez., 29 giugno 2010, n. 139, ove si afferma che «In base al regolamento n. 659/1999, gli interessati, eccettuato lo Stato membro responsabile della concessione dell'aiuto, non hanno il diritto di consultare i documenti del fascicolo amministrativo della Commissione nell'ambito del procedimento di controllo».

⁹⁶ P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, cit., 535-536.

mati a partecipare al procedimento ed hanno interesse a conoscere i documenti contenuti nel fascicolo che li riguarda, la Carta proclama pure, al successivo art. 42⁹⁷, il diritto spettante, questa volta, ad ogni cittadino europeo ed a qualsiasi persona fisica o giuridica, che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, di accedere ai documenti delle istituzioni e di qualunque altro organo dell'Unione, indipendentemente dalla forma in cui sono prodotti, senza essere tenuto, tra l'altro, a motivare la richiesta, come stabilisce l'art. 6, par. 1, del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, n. 1049, che ne detta i principi, le condizioni ed i limiti.

A differenza, quindi, dell'accesso endoprocedimentale, circoscritto ai soli soggetti legittimati a partecipare al procedimento, l'accesso esoprocedimentale è invece aperto al *quivis de populo*, allo scopo di garantire la libertà di accesso alle informazioni pubbliche, di promuovere la conoscenza diffusa dei processi decisionali, di rafforzare il principio di democrazia nell'Unione⁹⁸.

Anche l'accesso del semplice cittadino alla documentazione pubblica incontra, tuttavia, delle limitazioni, che il regolamento n. 1049/2001 formula, per la verità, in termini piuttosto ampi e generici⁹⁹. Le istituzioni possono, infatti, rifiutare l'accesso, quando la divulgazione del documento possa arrecare pregiudizio: alla sicurezza pubblica, alla difesa, alle relazioni internazionali, alla politica finanziaria, monetaria o economica dell'Unione o di un Paese membro; alla vita privata e all'integrità di un individuo; agli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica; alle procedure giurisdizionali e alla consulenza legale; agli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile. Le istituzioni europee possono inoltre rifiutare di esibire il documento richiesto in ragione di un interesse pubblico prevalente, oppure, qualora sussista il rischio che la divulgazione del do-

⁹⁷ Analoga disposizione è contenuta nell'articolo 15, par. 3, del TFUE (ex art. 255, TCE).

⁹⁸ In questi termini, J. SCHWARZE, *op. cit.*, 340, «Whereas the right of access to files in an ongoing procedure requires a subjective right or interest of the claimant, serving his or her legal protection, the general right of access to documents of the institutions is open for «*quivis ex populo*» in the Union which is meant to strengthen in particular the principle of democracy in the Union».

⁹⁹ Tanto è vero che la Corte di giustizia, sez. IV, 31 gennaio 2008, n. 380, ha sentito la necessità di precisare che le deroghe all'accesso ai documenti devono essere interpretate ed applicate restrittivamente, in modo da non vanificare l'applicazione del principio generale consistente nel fornire al pubblico il più ampio accesso possibile ai documenti di cui dispongono le istituzioni. Queste, infatti, hanno l'obbligo di procedere ad una valutazione concreta del rischio che la divulgazione dei documenti possa procurare all'interesse pubblico. Spetta all'istituzione verificare, in primo luogo, se il documento per il quale è stato richiesto l'accesso rientra in una delle eccezioni di cui all'art. 4 del regolamento n. 1049/2001, in secondo luogo, se la divulgazione di tale documento procurerebbe concretamente ed effettivamente una lesione dell'interesse protetto e, infine, se il bisogno di protezione riguarda il documento integralmente.

cumento possa pregiudicare seriamente il processo decisionale, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

Le restrizioni stabilite dalla normativa europea all'esercizio del diritto di accesso, in particolare a quello cosiddetto endoprocedimentale, sono in ogni caso minori di quelle che lo stesso istituto incontra nella legge n. 241/1990. Se si guarda, per esempio, alla platea dei soggetti legittimati ad accedere, questa risulta più ampia nell'ordinamento europeo, considerato che l'articolo 22 della legge statale consente l'accesso ai soggetti privati¹⁰⁰, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, ma solo a condizione che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento che si vuole conoscere. Mentre, per quanto riguarda le modalità di esercizio del diritto di accesso, l'articolo 25, al comma 2, impone al richiedente di motivare la domanda¹⁰¹.

È pur vero, però, che anche nel nostro ordinamento convivono con il tradizionale accesso disciplinato dalla legge sul procedimento altre figure di accesso, che non sono sottoposte alle limitazioni anzidette, in quanto la legittimazione attiva è estesa a chiunque, l'istante non è tenuto a dimostrare un proprio interesse qualificato e non sussiste l'obbligo di motivare la domanda.

Si pensi, per esempio, al diritto di accesso alle informazioni ambientali, introdotto nel 2005 in attuazione di una direttiva europea, che obbliga le autorità pubbliche che le detengono a renderle disponibili a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse¹⁰².

¹⁰⁰ Mentre, l'accesso (esoprocedimentale) ai documenti amministrativi da parte dei soggetti pubblici è retto, come precisa il comma 5, dal principio di leale cooperazione istituzionale, in linea con quel dovere di informazione reciproca tra i soggetti operanti all'interno della compagine amministrativa e con quei criteri di celerità, economicità ed efficienza della loro attività, che impongono di avvalersi di strumenti più flessibili della sola disciplina sull'accesso, quali, per esempio, meccanismi di coordinamento, vigilanza, direzione o semplice collaborazione tra uffici (in questo senso, A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1011, la quale sottolinea, però, la necessità di garantire un adeguato livello di protezione delle posizioni dell'amministrazione istante e dei controinteressati all'accesso).

¹⁰¹ Sebbene, in talune circostanze, la giurisprudenza amministrativa (osserva A. SIMONATI, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, a cura di A. Simonati e M. Calabrò, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1128) ritenga che le ragioni a fondamento della domanda di accesso, anche se non enunciate espressamente dall'interessato, possano emergere dai rapporti intercorsi o intercorrenti tra costui e l'amministrazione, come, per esempio, nei casi in cui l'istante sia destinatario di un provvedimento sfavorevole ed intenda accedere agli atti del relativo procedimento.

¹⁰² Art. 3, d.lgs. n. 195/2005. Sull'accesso alle informazioni ambientali tra diritto internazionale, europeo ed interno, si rinvia a: A. CONTIERI e G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali (d.lg. 19 agosto 2005 n. 195)*, S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1067 ss., 1321 ss.

Anche l'accesso agli atti degli enti locali, previsto dall'art. 10, del decreto legislativo 18

Ma, soprattutto, si guardi al nuovo «accesso civico», introdotto dal d.lgs. n. 33/2013, che, adesso, nella sua versione ampliata, in seguito alle modifiche apportate recentemente dal decreto legislativo n. 97/2016¹⁰³ - sull'esempio di analoghi diritti di trasparenza previsti dai cd. *Freedom of Information Acts (FOIA)*, introdotti in diversi Paesi¹⁰⁴ - legittima ognuno, senza richiedere alcuna motivazione, ad accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, anche «ulteriori» rispetto a quelli che le stesse hanno l'obbligo di pubblicare, e ciò allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la libertà di informazione e la partecipazione dei soggetti interessati all'attività amministrativa ed al dibattito pubblico, favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche¹⁰⁵.

Anche questa figura, però - che, si è visto, è del tutto indipendente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e concerne anche quei dati e quei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni per i quali non esiste un obbligo di pubblicazione - incontra, similmente a quanto accade per l'accesso civico disciplinato dal diritto europeo, tutta una serie di limiti relativi alla tutela di interessi, pubblici e privati, giuridicamente rilevanti, che sono sì indicati nello stesso decreto, all'art. 5-bis, ma, anche qui, in modo, per la verità, poco puntuale (com'era già stato sottolineato da più parti con riferimento allo schema del decreto¹⁰⁶), tanto da poter nuocere alla concreta efficacia dell'istituto, qualora le amministrazioni interpretino estensivamente gli ambiti non aperti alla trasparenza e sempre che non intervengano prima, sul punto, com'è auspicabile, precise «linee guida» da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione, competente a dettarle, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata.

L'esercizio del diritto di essere ascoltato e di accedere ai documenti,

agosto 2000, n. 267, presenta una situazione legittimante più ampia di quella prevista dalla legge generale sul procedimento, essendo vigente il principio generale della pubblicità degli atti degli enti locali (salvo talune limitate eccezioni) ed essendo la legittimazione all'accesso prevista *uti cives* e nei confronti sia di atti sia di informazioni in possesso degli enti locali (come sottolinea F. MANGANARO, *L'accesso agli atti ed alle informazioni degli enti locali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1081-1083).

¹⁰³ Il decreto legislativo n. 97/2016 modifica le disposizioni della legge n. 190/2012 e del decreto n. 33/2013, in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza. È il primo dei decreti attuativi dell'ennesima riforma della pubblica amministrazione introdotta dalla legge del 7 agosto 2015, n. 124.

¹⁰⁴ Si v. sul punto M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 8-9/2013, in part. 795-796.

¹⁰⁵ Cfr. artt. 1, 2 e 5, d.lgs. n. 33/2013, come mod. dal d.lgs. n. 97/2016.

¹⁰⁶ Parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, adunanza del 18 febbraio 2016. Atto di segnalazione dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) n. 1 del 2 marzo 2016, p. 5. Per la dottrina, si v., tra le prime, D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *www.federalismi.it*, 2 marzo 2016, 10.

così come l'esercizio del diritto di conoscere i motivi della decisione o di domandare il risarcimento dei danni, è reso effettivo ed efficace dall'art. 41 anche attraverso la previsione del diritto di ogni persona di rivolgersi alle istituzioni ed agli organi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere risposta nella stessa lingua¹⁰⁷.

La garanzia linguistica nei rapporti fra cittadini ed organi dell'Unione costituisce, d'altra parte, un necessario corollario del principio del multilinguismo¹⁰⁸, che connota l'esperienza comunitaria fin dalle sue origini e giustifica quell'insieme di prassi e disposizioni che permettono il funzionamento degli organismi comunitari in più lingue nelle relazioni interne ed esterne.

Risale, in particolare, al 1958, il regolamento del Consiglio CEE, n. 1, che pone le basi del multilinguismo ed introduce un simile diritto, configurato via via in termini più ampi dal Trattato di Amsterdam (1997) e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹⁰⁹.

Il riconoscimento, ad opera della Carta di Nizza, del diritto di ogni cittadino comunitario di rivolgersi alle istituzioni ed agli organi dell'Unione nella propria lingua e di ricevere risposta nella medesima assume inoltre un significato ed un ruolo ancor più esteso e rilevante, se visto nella prospettiva dell'integrazione di popoli diversi in una Comunità, del rafforzamento del sentimento identitario dei cittadini nei confronti dell'Unione europea, della promozione di una cittadinanza attiva e del progressivo avvicinamento tra soggetti pubblici e privati tramite una migliore partecipazione ai processi decisionali comunitari.

4.3. *Il diritto di essere risarcito del danno ingiusto subito dall'amministrazione pubblica*

La Carta europea, infine, inserisce tra i corollari del diritto alla buona amministrazione anche una pretesa di natura processuale, qual è il diritto di ogni persona di essere risarcita per il danno ingiusto subito dall'amministrazione pubblica.

¹⁰⁷ I Trattati europei, ad oggi, sono ufficialmente redatti in 24 lingue, ma possono essere parimenti tradotti in un'altra lingua che, in base all'ordinamento costituzionale di uno Stato membro, sia lingua ufficiale in tutto il suo territorio o in parte di esso (art. 55 TUE).

¹⁰⁸ In questo senso, E. CHITI e R. GUALDO (a cura di), *Il regime linguistico dei sistemi comuni europei. L'Unione tra multilinguismo e monolinguisimo*, Quaderno n. 5, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 5. Sul tema si veda pure D.-U. GALETTA e J. ZILLER, *Il regime linguistico della Comunità*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, II ed., Milano, 2007, pt. gen., vol. II, 1067 ss., in part. 1091 ss., ai quali si rinvia anche per l'analisi di alcuni problemi di traduzione derivanti dal multilinguismo comunitario, con particolare riferimento al diritto alla buona amministrazione (1099 ss.); nonché, D.-U. GALETTA, «Garanzia linguistica» e diritto amministrativo europeo: fra diritto ad una buona amministrazione e problemi di «cattiva traduzione», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 345 ss.

¹⁰⁹ Art. 20, par. 2, lett. d), ed art. 24, co. 4, TFUE.

L'art. 41, paragrafo 3, della Carta, recita¹¹⁰ sul punto: «Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri».

Anche le lesioni (ingiuste) ai diritti di natura procedimentale (menzionati dalla disposizione in esame) non restano, pertanto, senza conseguenze: gli organi dell'Unione e degli Stati membri che le hanno provocate ne sono responsabili, essendo tenuti a risarcire il danno (subito dai privati), sia in forza del primato e dell'effetto utile del diritto europeo, sia in virtù del richiamo ai principi comunitari contenuto nell'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990. Legge, questa, che, in ogni caso, a partire dal 2009¹¹¹, con l'inserimento dell'art. 2-bis, al comma 1, contempla, seppure implicitamente, un analogo diritto al risarcimento del danno determinato dal ritardo procedimentale¹¹², essendo imposto all'Amministrazione l'obbligo di risarcire il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento¹¹³, a fronte di un'azione di condanna al risarcimento, che nel processo amministrativo è prevista e disciplinata dall'art. 30 del relativo codice¹¹⁴.

A questa forma di responsabilità (da lesione dei diritti procedimentali) si possono applicare le regole generali elaborate dalla Corte di giustizia in tema di responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai soggetti dell'ordinamento in seguito alle violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili. Regole, tuttavia, che, a fronte di un potere discrezionale, non riconoscono un risarcimento, se la violazione del diritto in cui è incorsa l'amministrazione non risulti «grave e manifesta»¹¹⁵. Ad eccezione della

¹¹⁰ Sulla falsariga dell'art. 288, co. 2, Trattato CE, oggi, art. 340, co. 2, TFUE.

¹¹¹ In seguito alla legge 18 giugno 2009, n. 69.

¹¹² Mentre, al comma 1-*bis*, introdotto dall'art. 28 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, riconosce il «diritto all'indennizzo per il mero ritardo» alle condizioni e con le modalità stabilite dalla norma, che sembra confermare (insieme alla disposizione del comma 1) come il rispetto del termine di conclusione del procedimento sia di per sé un bene della vita protetto in via autonoma rispetto al contenuto del provvedimento, sebbene la relativa disciplina limiti l'ambito di applicazione di tale diritto e ne penalizzi oltremodo l'esercizio (come ha già osservato E. FOLLIERI, *La penalità di mora nell'azione amministrativa (art. 28 D.L. n. 69/2013)*, in *www.consiglionazionaleforense.it*, 2014), confermandone, per un verso, l'inadeguatezza come strumento di tutela dell'interesse privato e pubblico, per altro verso, il carattere mediatico in risposta alle continue proteste sui ritardi dell'amministrazione provenienti dal mondo imprenditoriale e civile ed alle critiche mosse al nostro Paese a livello internazionale (S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2015, 425-426).

¹¹³ V. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5600, ove il giudice condanna l'amministrazione al risarcimento del danno da ritardo per aver concluso una procedura concorsuale dopo undici anni.

¹¹⁴ Approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

¹¹⁵ La Corte di giustizia ha sempre riconosciuto un diritto al risarcimento ai soggetti

materia degli appalti pubblici, in cui, invece, la giurisprudenza europea¹¹⁶, seguita dalla nostra giurisprudenza amministrativa¹¹⁷, sostiene che la normativa vigente, ai fini dell'accoglimento dell'azione di condanna al risarcimento del danno, non esige la dimostrazione, neppure in via presuntiva, da parte dell'impresa ricorrente, del comportamento (quantomeno) colpevole della stazione appaltante, introducendo al riguardo una forma di responsabilità oggettiva a carico del soggetto pubblico, sottratta a qualunque esimente, verosimilmente allo scopo di garantire, attraverso un sistema di rimedi giurisdizionali rapidi ed efficaci, da un lato, piena ed effettiva tutela agli interessi delle imprese, dall'altro, maggiore concorrenza, stabilità e trasparenza al mercato degli appalti.

Al di fuori del settore degli appalti, dunque, il sindacato del giudice comunitario (nel giudizio di responsabilità) si incentra sul carattere grave e manifesto della violazione della norma, attraverso una valutazione che tiene conto del grado di chiarezza e precisione della disposizione violata, della complessità della situazione da disciplinare, delle difficoltà di interpreta-

singoli lesi da uno Stato membro che nell'esercizio delle sue funzioni abbia violato il diritto comunitario, purché siano soddisfatte tre condizioni: 1) che la norma comunitaria violata sia preordinata a conferire loro diritti; 2) che la violazione di tale norma sia manifesta e grave; 3) che esista un nesso causale diretto tra la violazione e il danno subito dai soggetti (*ex multis*, Corte di giustizia, 19 novembre 1991, n. 6; Id., 5 marzo 1996, n. 46; Id., 23 maggio 1996, n. 5; Id., 8 ottobre 1996, n. 178; Id., 10 dicembre 2002, n. 312; Id., sez. II, 19 aprile 2007, n. 282; Id., sez. III, 24 novembre 2011, n. 379).

¹¹⁶ In materia di appalti pubblici la Corte di Lussemburgo ha configurato in modo marcato «oggettivo» la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, in quanto ha affermato che il riconoscimento del diritto dell'offerente pregiudicato al risarcimento del danno non può e non deve essere subordinato alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole dell'amministrazione aggiudicatrice. In questi termini si è espressa la Corte di giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, n. 314; nonché, tra le altre: Corte di giustizia sez. I, 10 gennaio 2008, n. 70, che, sul punto, richiama e ribadisce principi già affermati dalla medesima Corte con la sentenza del 14 ottobre 2004, nella causa Commissione/Portogallo (C-275/03).

¹¹⁷ Sulla scia della giurisprudenza europea anche il giudice interno accoglie, in tema di appalti, un modello di responsabilità di tipo oggettivo. Ritiene, cioè, che nel settore dei contratti pubblici non gravi sul ricorrente danneggiato l'onere di provare che il danno derivante dal provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza di un comportamento doloso o colposo dell'Amministrazione, con la conseguenza che questa non può sottrarsi all'obbligo di risarcire i danni cagionati dal suo provvedimento illegittimo adducendo l'inesistenza di dolo o colpa da parte sua. *Ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115; Id., sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839; Id., sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450; Id., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5115; Id., sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1478; Id., sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1669; Id., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966; Id., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 240; Id., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686; TAR Milano, sez. IV, 15 febbraio 2016, n. 315; T.A.R. Palermo, sez. III, 16 gennaio 2015, n. 119; TAR Latina, sez. I, 12 gennaio 2015, n. 23; TAR Roma, sez. I, 9 gennaio 2014, n. 255; TAR Roma, sez. II, 11 settembre 2013, n. 8208; TAR L'Aquila, sez. I, 8 giugno 2013, n. 542; TAR, Cagliari, sez. I, 23 marzo 2012, n. 317.

zione ed applicazione del testo, dell'ampiezza del potere discrezionale dell'amministrazione.

Circostanze, queste, non dissimili, in fondo, da quelle che la giurisprudenza interna individua come idonee a dimostrare un «errore scusabile», che esclude la responsabilità dell'amministrazione nel caso di violazione delle pretese procedurali o partecipative dei soggetti privati. Il giudice italiano, infatti, anch'esso al di fuori della materia degli appalti, tende a non ritenere imputabile il danno al soggetto pubblico, anche a fronte dell'acclarata illegittimità e dell'annullamento del provvedimento, quando l'errore in cui è incorsa l'amministrazione sia conseguente all'oscurità oggettiva del quadro normativo, ovvero, alla formulazione incerta della norma applicata, oppure, ove l'errore sia dovuto alla rilevante complessità del fatto, o all'influenza determinante dei comportamenti di altri soggetti, o all'illegittimità (del provvedimento) derivante dalla successiva pronuncia di incostituzionalità della norma applicata¹¹⁸. A maggior ragione, la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione per lesione dei diritti procedurali risulta in concreto difficilmente ipotizzabile, soprattutto nel caso in cui sia stato leso il diritto di essere ascoltato o di accedere al fascicolo o di conoscere i motivi della decisione, se la violazione di tali diritti non abbia influito sul contenuto della decisione perché vincolata e sia, pertanto, priva di effetti sul piano della validità dell'atto, che, si è visto, non viene annullato.

Maggiori probabilità che la lesione di un diritto procedimentale sia causa di danno risarcibile si hanno, invece, quando il diritto leso sia quello di ottenere una decisione entro un termine ragionevole, stante, oggi, nel nostro ordinamento, la disposizione (prima citata) di cui all'art. 2-bis, sebbene la prova dell'elemento soggettivo e del danno, in questo caso, sia meno agevole rispetto all'ipotesi in cui siano violate le prescrizioni sulla lingua della procedura laddove il danno sia riferito alle spese sostenute per la traduzione degli atti e dei documenti¹¹⁹.

¹¹⁸ *Ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2016, n. 125; Id., sez. III, 28 luglio 2015, n. 3707; Id., sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258; Id., sez. III, 1 aprile 2015, n. 1717; Id., sez. III, 11 marzo 2015, n. 1272; Id., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1099; Id., sez. V, 8 aprile 2014, n. 1644; Id., sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5935; Id., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822; Id., sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 5091; Id., sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452; Id., sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 483; TAR Lecce, sez. I, 14 gennaio 2016, n. 94; TAR Roma, sez. III, 8 gennaio 2016, n. 213; TAR Napoli, sez. V, 7 gennaio 2016, n. 11; TAR Lecce, sez. II, 15 ottobre 2015, n. 2951; TAR Napoli, sez. I, 1 ottobre 2015, n. 4656; si veda pure Cassazione civile, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 4903.

¹¹⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 82-83.

5. *Le questioni circa l'applicazione dell'art. 41 all'attività amministrativa europea indiretta ed a quella interna*

Una volta proclamato il diritto alla buona amministrazione nelle sue diverse espressioni, la dottrina e la giurisprudenza si sono confrontate sull'ambito di applicazione dello stesso: se rilevante solo per le amministrazioni europee, oppure anche per quelle nazionali, e, in quest'ultimo caso, se applicabile solo alle amministrazioni domestiche tenute ad attuare il diritto europeo, oppure anche quando le stesse danno esecuzione soltanto al diritto interno.

In proposito, nonostante la formulazione letterale dell'art. 41, comma 1, faccia riferimento solo alle «istituzioni ed agli organi dell'Unione», tuttavia, deve ragionevolmente ritenersi che l'ambito di applicazione della norma sia necessariamente quello definito, in termini generali, per tutte le disposizioni della Carta, dall'art. 51 della stessa¹²⁰, estendendosi quindi anche agli Stati membri, sebbene «esclusivamente» nelle ipotesi in cui tali Nazioni siano chiamate a dare attuazione al diritto dell'Unione.

A sostegno di questa interpretazione si possono anche richiamare le «Spiegazioni relative alla Carta»¹²¹, che testualmente ne rappresentano un prezioso strumento interpretativo, destinato a chiarire i contenuti delle sue disposizioni. Queste, infatti, per un verso, nulla dicono in merito ad un'eventuale asimmetria tra il campo di applicazione dell'art. 41 e quello dell'art. 51: per cui, se i destinatari dell'art. 41 e quelli di ogni altra disposizione della Carta non fossero stati pienamente sovrapponibili, pare verosimile ritenere che un'eccezione talmente rilevante rispetto alla regola generale sarebbe stata posta in evidenza. Per altro verso, chiariscono puntualmente che la buona amministrazione con i suoi corollari è stata da tempo consacrata dalla giurisprudenza comunitaria come principio generale del diritto, la cui operatività, al pari di quella di tutti gli altri principi generali, non è limitata - com'è noto - all'amministrazione comunitaria, ma si estende anche a quella degli Stati membri.

Pertanto, ove si ritenesse che l'art. 41 non si applichi in quanto tale ai Paesi membri, si dovrebbe, però, necessariamente riconoscere che il suo contenuto, riflettendo quelli che sono anzitutto principi generali del diritto europeo, sia pienamente vincolante anche nelle ipotesi di amministrazione comunitaria indiretta.

D'altra parte, ogni contraria e diversa tesi ricostruttiva, da un lato, non si concilierebbe con l'art. 53 della medesima Carta, che vieta in ogni caso di interpretare le disposizioni ivi contenute in modo tale da comportare un

¹²⁰ Sul perimetro di applicazione dell'art. 51 della Carta v. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, 459 ss.

¹²¹ Il documento succitato è stato redatto sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta ed è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C/303 del 14 dicembre 2007.

arretramento del livello di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, come assicurato dal diritto europeo ed internazionale. Dall'altro, si porrebbe in contrasto con i principi di uguaglianza e non discriminazione enunciati al Capo III della Carta di Nizza, in quanto determinerebbe un'inaccettabile disparità di trattamento fra i destinatari delle misure di attuazione del diritto europeo, discriminando ingiustificatamente le situazioni giuridiche dei privati, a seconda che tali misure siano adottate direttamente dagli organi dell'Unione o dagli organi nazionali¹²².

Infine, nell'ordinamento italiano il diritto alla buona amministrazione e le sue diverse espressioni, così come proclamate dall'art. 41 della Carta, possono considerarsi applicabili e vincolanti in relazione a tutta l'attività amministrativa: anche a quella tenuta ad applicare il mero diritto interno. E ciò per diverse ragioni, che inducono ad attribuire alla norma una rilevanza generale, anche al di fuori dei casi di amministrazione comunitaria indiretta, che fanno leva, in particolare, sull'articolo 117, comma 1, e sull'art. 3 della Costituzione, ma soprattutto sull'articolo 1 sia della legge statale sul procedimento sia del codice del processo amministrativo.

Queste due ultime disposizioni, infatti, richiamano, la prima, i principi dell'ordinamento europeo, su cui deve reggersi tutta l'amministrazione senza distinzioni, l'altra, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in ossequio al quale il giudice è tenuto ad assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi (della Costituzione e) del diritto europeo.

I principi comunitari diventano, in questo modo, principi del nostro ordinamento interno, in applicazione non più soltanto del diritto comunitario, come del resto accadeva in passato, ma anche - ed è questa la novità - del diritto italiano¹²³. Con la conseguenza che, in virtù di questa sorta di autovincolo interpretativo, posto dallo stesso legislatore nazionale, anche nelle vicende non protette direttamente da norme di fonte europea non si può scendere, quando si tratta di situazioni giuridiche soggettive dei privati, al di sotto della soglia minima di tutela, di natura sostanziale e processuale, assicurata dal diritto dell'Unione, ovviando così anche ad eventuali violazioni del principio di uguaglianza.

Proprio alla luce del generale rinvio ai principi del diritto dell'Unione, contenuto nella legge sul procedimento e nel codice del processo, nel nostro sistema domestico non vi è pertanto neppure la necessità di dovere ricorrere, a ben vedere, al cosiddetto «*spill over effect*», in virtù del quale i principi generali si espandono all'interno degli ordinamenti nazionali ben al di là delle sole fattispecie rilevanti per il diritto europeo, rappresentando,

¹²² D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, cit., 101; ID., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il dir. dell'Unione europea*, 2013, 137-138.

¹²³ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 174.

oggi, il diritto alla buona amministrazione (con i suoi corollari) quello che può essere considerato in sintesi lo statuto costituzionale del cittadino nei riguardi dell'amministrazione europea e nazionale¹²⁴.

Dalla generale rilevanza domestica del diritto ad una buona amministrazione scaturisce, infine, la necessità di interrogarsi sulla compatibilità con il diritto europeo di quella norma nazionale, che ho prima ricordato, introdotta nel 2005 nel testo della legge n. 241 del 1990, all'art. 21-*octies*, comma 2, la quale, è noto, svaluta le garanzie formali e procedurali degli atti, difese, invece, dall'art. 41 della Carta, oltre che dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹²⁵. E ciò, allo scopo di valutare, in virtù di un'interpretazione della norma interna in modo conforme al diritto dell'Unione, di non applicarla o di limitarne l'applicazione ai soli casi di violazione di regole procedurali di minore importanza e di attività vincolata¹²⁶, sempre che si ritenga che essa sia in disaccordo con il diritto europeo.

Sulla dequotazione dei vizi, di natura procedimentale o formale, dell'atto, determinata dall'art. 21-*octies*, è già intervenuto, tra l'altro, nel 2015, il Consiglio di Stato¹²⁷, che, limitatamente all'attività di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, ha sostanzialmente optato a favore di un'interpretazione restrittiva della norma in questione. Non ha nello specifico svolto alcun giudizio controfattuale *ex post*, o di prognosi postuma, sull'eventuale irrilevanza dell'apporto partecipativo dei destinatari in merito ad un diverso contenuto dell'atto. In altre parole, il supremo collegio di giustizia nell'amministrazione non ha ritenuto applicabile il cosiddetto criterio della causalità, su cui si fonda invece il regime della non annullabilità dell'atto invalido, introdotto dalla norma sopra citata. Il giudice ritiene, infatti, che il corretto, doveroso e diligente esercizio dell'interlocuzione procedimentale *ex ante* costituisce di per sé una delle condizioni (non eliminabili e non sostituibili) di conformità alla Costituzione dello stesso modello regolatorio indipendente, prima ancora che di conformità alla legge del suo concreto esercizio. Tende, cioè, a rafforzare il valore della legalità in senso procedimentale, in quanto lo considera criterio di legittimazione dell'operato di questi organismi, a fronte di quel deficit di legalità sostanziale che talora si avverte in taluni dei loro atti generali o individuali di regolazione.

¹²⁴ G. PASTORI, *L'amministrazione da potere a servizio*, cit., 57, e A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 38-41.

¹²⁵ La disposizione della CEDU assume infatti rilevanza - secondo l'interpretazione estensiva offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo - sul piano processuale e procedimentale. Per cui, sia le autorità giurisdizionali sia quelle amministrative devono rispettare le garanzie di un equo processo in essa menzionate (cfr., fra le tante: Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 20 ottobre 2009, n. 39128; Id., sez. II, 4 marzo 2014, n.18640).

¹²⁶ Come sostiene P. PROVENZANO, *op. cit.*, 278 ss., in part. 295.

¹²⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

6. *L'effettività del diritto alla buona amministrazione?*

La buona amministrazione, in conclusione, in quanto diritto fondamentale della persona fa parte dei principi generali del diritto europeo e rileva, in virtù del primato e dell'effetto utile del diritto dell'Unione e del richiamo ai suoi principi da parte della legislazione nazionale, su tutta l'attività amministrativa, sia comunitaria (diretta o indiretta) sia interna.

Ma ha altrettanto rilievo il fatto che tale diritto fondamentale, attraverso tutte le varie espressioni in cui si identifica e concretizza, acquisisce alla fine un contenuto talmente ampio da ricomprendere tutti i principi generali che reggono la pubblica amministrazione, incluso anche il principio di legalità¹²⁸. Non solo cioè i principi citati dall'art. 41 della Carta, ma anche quelli individuati dalla giurisprudenza comunitaria, dai Trattati, dal Codice europeo di buona condotta amministrativa e dai Principi del servizio pubblico, come, per esempio, il principio di efficienza gestionale¹²⁹, oppure le regole etiche, normalmente non vincolanti e non giustiziabili, di correttezza, cortesia e disponibilità, alle quali i pubblici funzionari devono conformarsi.

A fronte di una tale ricchezza contenutistica non si ha tuttavia un'altrettanto ampia giustiziabilità di questo diritto fondamentale nonché principio generale, tutte le volte in cui si violi una delle sue tante espressioni, nonostante la nostra Costituzione, all'art. 113, garantisca, almeno in astratto, il diritto alla piena tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione¹³⁰.

Si è visto, infatti, che le azioni a tutela dei diritti procedurali ottengono raramente l'annullamento giurisdizionale del provvedimento, se questo abbia natura vincolata e sia affetto soltanto da vizi formali o procedurali, residuando, tutt'al più, l'azione di condanna al risarcimento del danno, ma con tutte le limitazioni prima evidenziate circa il suo reale successo.

¹²⁸ Sulla necessità di intendere il principio di legalità in stretta correlazione con il principio di buon andamento dell'amministrazione e per gli ulteriori riferimenti bibliografici sul tema, si v.: M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, in part. 274 ss., ID., *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 134; C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 289 ss.

¹²⁹ Sull'efficienza amministrativa e sulla funzione di controllo della Corte dei conti in merito alla gestione finanziaria delle autonomie locali, si v. M. IMMORDINO, *Corte dei conti ed enti locali: controllo sulla gestione e vigilanza*, in *Sessant'anni di Corte dei conti in Sicilia: profili evolutivi delle funzioni*, Atti del Convegno di Studi della Corte dei conti per la Regione siciliana, Palermo, 5-6 dicembre 2008, 117 ss., ID., *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 63 ss., ID., *Prospettive di riforma dell'amministrazione regionale*, in *Riforma della contabilità pubblica, avvio del federalismo fiscale e adeguamenti organizzativi*, Atti del Convegno di Studi della Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione siciliana, Palermo, 4-5 marzo 2011, 421 ss.

¹³⁰ R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *www.giurcost.org*, 7.08.2013, 44.

L'effettività di questo diritto fondamentale, nonché principio generale dell'ordinamento, trova quindi il suo limite principale nella concreta giustiziabilità dello stesso, che sarà rimessa ancora una volta alla sensibilità del giudice comunitario ed alla cultura europea del giudice interno, al quale la nostra Costituzione riserva in ogni caso l'ultima parola nei rapporti tra cittadino e potere.