

Giulio Napolitano*

Diritto amministrativo e processo economico**

Sommario: 1. La lunga stagione dell'allineamento tra diritto amministrativo e processo economico. – 2. Crisi dello Stato e sviluppo della critica economica al diritto amministrativo. – 3. Sul metodo (necessariamente interdisciplinare) del diritto amministrativo. – 4. I rapporti tra potere pubblico e mercato nella l. n. 241/1990: regole, incentivi, “spinte gentili”. - 4.1. Certezza dell'azione amministrativa e programmazione degli investimenti privati. – 4.2. Il potere e l'alternativa dell'accordo: la difficile via della negoziazione tra apparati pubblici e operatori privati. - 4.3. La semplificazione dell'accesso al mercato e il ruolo della reciproca fiducia. – 5. Conclusioni.

1. La lunga stagione dell'allineamento tra diritto amministrativo e processo economico

Per lungo tempo, il diritto amministrativo ha accompagnato la continua crescita dei compiti dello Stato e il dispiegamento dell'intervento pubblico nell'economia. Da un lato, ha fornito agli apparati pubblici i poteri necessari per lo svolgimento di quelle funzioni. Basti pensare alla legislazione in materia di espropriazione che ha attribuito alla pubblica amministrazione il potere di acquisire beni dei privati anche senza il loro consenso per destinarli alla costruzione di opere pubbliche. Dall'altro, si è preoccupato di legittimare lo svolgimento di quelle funzioni e l'esercizio di quei poteri, subordinandoli al rispetto delle condizioni previste dalla legge e rendendolo sindacabile in sede giurisdizionale. In molti paesi dell'Europa continentale ciò si è tradotto

* Ordinario di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi Roma Tre (giulio.napolitano@uniroma3.it).

** Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 settembre 2014, versione provvisoria.

nell'istituzione di una giurisdizione amministrativa separata, considerata più attrezzata a riesaminare le varie manifestazioni dell'autorità pubblica. Proprio in questo modo, già nella seconda metà del XIX secolo, si è data risposta alla contestazione della progressiva trasformazione dello Stato liberale da "guardiano notturno" a protagonista dello sviluppo economico e sociale della comunità¹.

La scienza del diritto amministrativo e la giurisprudenza amministrativa hanno entrambe supportato il duplice processo di costruzione e legittimazione del potere pubblico, costruendo un organico sistema del diritto amministrativo fondato su principi generali e astratti e su istituti propri e autonomi. Si trattava di un diritto essenzialmente 'sacerdotale', elaborato da una comunità ristretta di esperti, attraverso un'opera di generalizzazione e sistemazione di istituti, soltanto occasionalmente puntellati da disposizioni normative espresse. L'intervento del legislatore, infatti, era limitato alle discipline di settore, mentre la costruzione del tessuto connettivo del diritto amministrativo generale era dominio riservato dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Non a caso, la maggior parte dei paesi europei, compresa l'Italia, ha a lungo rifiutato l'adozione di leggi generali sulle regole del procedimento o sui caratteri del provvedimento. Negli Stati Uniti, invece, fu proprio la disciplina legislativa del procedimento a porre fine al conflitto politico-ideologico insorto dopo lo straordinario sviluppo delle agenzie federali e del loro ruolo di regolazione economica e sociale durante l'era di Roosevelt, segnando così, anche in quel paese, il definitivo consolidamento del sistema del diritto amministrativo².

In questo contesto, l'azione amministrativa era descritta come un'attività imparziale, spesso connotata da elevato tecnicismo, dove il margine di scelta proprio del potere discrezionale si poneva su un piano radicalmente diverso da quello della decisione politica. La riflessione scientifica sul diritto amministrativo poteva così essere

¹ Si v. per tutti, anche in chiave comparata, L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari, Laterza, 2001, p. 225 ss.; S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito* (2000 e 2003), ora in *Id.*, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss. Con specifico riferimento alla Francia, F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995, p. 199 ss.

² Come evidenza, tra gli altri, ma in modo particolarmente efficace, R.A. Posner, *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chicago-Kent Law Review*, 72, 1997, p. 953 ss.; sulle ben più risalenti origini del diritto amministrativo statunitense si v. peraltro J.L. Mashaw, *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, New Haven, Yale University Press, 2012.

facilmente “addomesticata”. Attingendo a un metodo rigorosamente ed esclusivamente giuridico, essa era destinata a concentrarsi soprattutto sul concetto e sui limiti del potere discrezionale, sulla natura e sull’efficacia del provvedimento, sui vizi di legittimità. Lo spazio per una valutazione critica degli istituti del diritto amministrativo, sia sul piano del disegno politico, sia su quello dell’impatto economico, era invece molto limitato.

Attorno a questo sistema del diritto amministrativo, vi è stato a lungo un consenso diffuso e generalizzato, frutto anche di una più ampia condivisione del modo di intendere il ruolo dello Stato nell’economia, così come consolidato anche a livello costituzionale. Ai poteri pubblici spettava innanzi tutto la costruzione infrastrutturale e giuridica del mercato. Le imprese pubbliche, quindi, operavano in tutti i gangli vitali del sistema economico, spesso anche ponendosi all’avanguardia nei processi di innovazione tecnologica. Allo stesso tempo, però, cooperavano attivamente con le imprese private, affidando loro commesse e consentendone lo sviluppo nelle aree di mercato lasciate libere. Gli enti pubblici di erogazione, infine, provvedevano alla fornitura di servizi sociali sempre più sofisticati e abbondanti alla generalità dei cittadini. Il diritto amministrativo, nel dare copertura giuridica a tutti questi diversi ruoli virtuosi degli apparati pubblici, appariva naturalmente allineato al processo economico, nonostante l’esistenza di sempre più evidenti disfunzioni da «malorganizzazione» o di tipo tecnologico³.

2. Crisi dello Stato e sviluppo della critica economica al diritto amministrativo.

L’allineamento tra diritto amministrativo e processo economico è venuto meno nel momento in cui è entrato in crisi il ruolo dello Stato nell’economia e si è cominciato a dubitare del carattere necessariamente virtuoso dell’operare degli apparati pubblici⁴.

La continua crescita del debito sovrano ha evidenziato l’insostenibilità di un perimetro così ampio di intervento pubblico, imponendo il varo di impegnativi programmi di *spending review*, basati sulla dismissione di compiti pubblici, sulla

³ Così M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell’economia* (1977), Bologna, il Mulino, 1995, p. 299, ove si criticava però il fatto che l’analisi di tali disfunzioni avesse interessato molto più la scienza dell’amministrazione che le scienze del diritto.

⁴ Su questa peraltro parziale “caduta” del diritto amministrativo, si v. ancora R.A. Posner, *The Rise and Fall of Administrative Law*, cit., p. 953 ss

cessione ai privati di imprese e beni, sulla riduzione degli ausili finanziari ai privati e sul taglio delle prestazioni sociali ai cittadini⁵. Ciò non determina necessariamente una ritirata dal diritto amministrativo, ma certo impone un profondo ripensamento dei suoi istituti. Le privatizzazioni, come è apparso chiaro sin dalla loro prima ondata, nel Regno Unito negli anni Ottanta e nei paesi dell'Europa continentale, a cominciare dall'Italia, negli anni Novanta del XX secolo, impongono l'abbandono dell'articolato sistema di imprese pubbliche ed enti di privilegio fiorito lungo tutto il Novecento, ma richiedono spesso la costruzione di una complessa architettura regolatoria: soprattutto se le imprese alienate operano in mercati monopolistici o che comunque vanno aperti a una dimensione concorrenziale integrata a livello europeo e globale. Il taglio di sussidi e trasferimenti ai vari settori economici impone una revisione degli istituti amministrativi di ausilio finanziario. Ai finanziamenti a pioggia o a maglie larghe in favore di intere produzioni, come quelle agricole, meccaniche o di energia da fonti rinnovabili, che possono facilmente disporsi con procedure amministrative "all'ingrosso", infatti, bisogna sostituire interventi selettivi e mirati, che richiedono invece "procedure al dettaglio", con valutazioni di merito a carattere ampiamente discrezionale circa la bontà e il carattere strategico del progetto sottoposto all'esame e all'eventuale sostegno pubblico. Se le prestazioni sociali non possono più essere erogate gratuitamente e universalmente a tutti, bisogna introdurre i *voucher*, per dare al cittadino-cliente il potere di scelta, e i *ticket*, per farlo contribuire ai costi del servizio. E va riadattato l'antico istituto delle ammissioni, al fine di vagliare titoli e requisiti per l'accesso a prestazioni agevolate, comunque subordinate alle disponibilità di finanza pubblica e alla loro compatibilità con l'interesse generale⁶.

Si è poi scoperto che l'esercizio del potere amministrativo, invece di essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse generale e alla correzione di specifici "fallimenti" del mercato, può essere strumentale alla tutela di interessi corporativi. Gli

⁵ Una ricetta di questo genere è invocata anche da J. Micklethwait e A. Wooldridge, *The Fourth Revolution. The Global Race to Reinvent the State*, New York, The Penguin Press, 2014, p. 133 ss. Sulla sua applicazione positiva in vari ordinamenti all'indomani dello scoppio della crisi, G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012.

⁶ Sul problema generale, per tutti, G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, II, 1990, p. 177 ss.; F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, in part. p. 30 ss. Per un esame degli istituti applicativi, H. Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione di benefici pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004.

ordini professionali pubblici e le regole da essi dettate, invece di proteggere i clienti, possono diventare soprattutto uno strumento di difesa degli interessi economici degli iscritti, come dimostra l'esistenza dell'istituto della tariffa minima, non massima. La pianificazione commerciale, lungi dall'assicurare un razionale equilibrio tra domanda e offerta di beni e servizi, si traduce in un'artificiale predeterminazione in via amministrativa del numero degli operatori sul mercato. I regimi concessori e autorizzatori, invece di garantire il migliore sfruttamento delle risorse collettive e di impedire che determinate attività economiche contrastino con l'utilità sociale, possono diventare pericolose barriere all'accesso al mercato, proteggendo così la rendita degli operatori esistenti dalla minaccia concorrenziale dei nuovi entranti⁷. Discipline europee e raccomandazioni di organismi internazionali costituiscono così un continuo stimolo all'introduzione di misure di liberalizzazione e alla semplificazione dei regimi autorizzatori⁸.

Anche le regolazioni economiche e ambientali, sebbene di più recente introduzione negli ordinamenti europei, compreso quello italiano, e tuttora ammantate di un'aura di sacralità a causa dell'alto tasso di tecnicismo, cominciano a essere analizzate in chiave critica⁹. Si inizia cioè a riflettere sui parametri che dovrebbero guidare l'amministrazione del rischio e si indica la necessità di accurate analisi costi-benefici delle varie misure regolatorie, sebbene tali analisi non siano puntualmente disciplinate sul piano istituzionale e su quello procedurale, come invece avviene da oltre trent'anni negli Stati Uniti¹⁰. Ne risente anche la riflessione scientifica che in proposito

⁷ Su questi effetti distorsivi delle regolazioni amministrative, G. Amato e L.L. Laudati (a cura di), *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001; con specifico riferimento al caso italiano, M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in M. D'Alberti e G. Tesauro (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, p. 171 ss.

⁸ Sull'impatto della disciplina europea, S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, Maggioli, 2013.

⁹ Anche se pur sempre nell'ambito di un'analisi di tipo istituzionale: con riferimento al principio di precauzione, F. De Leonardi, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 65 ss.; nonché M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, p. 97 ss.; sulla tutela dell'ambiente in una prospettiva più marcatamente gius-economica, M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 103 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁰ Sul sistema statunitense, anche in chiave autobiografica, C.R. Sunstein, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio* (2013), trad. it., Milano, Feltrinelli, 2014. Sull'esperienza italiana e i suoi limiti, M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011.

è certo molto lontana dal livello di approfondimento anche in chiave interdisciplinare raggiunto dalla letteratura nordamericana. L'unica parziale eccezione è costituita dallo studio delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, spesso condotto anche alla luce dell'analisi economica del diritto *antitrust*¹¹. È in questo ambito, d'altra parte, che la stessa giurisprudenza amministrativa ha forse compiuto i maggiori passi in avanti, sia nell'affinamento delle tecniche di sindacato, sia nella considerazione dei costi complessivi del sistema, come quelli derivanti dalla sovrapposizione tra autorità di regolazione e autorità *antitrust*, ad esempio in materia di tutela dei consumatori¹².

Persino il funzionamento della giustizia amministrativa, un tempo ritenuto il baluardo della libertà dei privati dagli abusi di potere delle autorità pubbliche, è stato posto in questione, nonostante anche la disciplina europea sia sempre più preoccupata di garantire a tutti gli operatori comunitari la possibilità di accesso a un adeguato sistema di ricorsi. Un eccesso di disponibilità di tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni pubbliche, in questa prospettiva critica, costituirebbe un freno alla crescita economica e agli investimenti stranieri. Il giudice amministrativo è accusato di eccessivo interventismo e formalismo, in nome di una cultura legalistica che mal si concilierebbe con le esigenze di funzionamento dei mercati e più in generale della vita collettiva. Nell'impossibilità di pervenire a un'integrale abolizione della giustizia amministrativa, si è così espresso l'auspicio è che i ricorsi siano ammessi nei rari casi in cui ciò conviene; che siano accompagnati dalle opportune garanzie finanziarie; che quelli dichiarati infondati provochino un pregiudizio a chi li ha sollevati e che siano decisi in tempi ragionevoli¹³. Lo studio del sistema degli incentivi che governano

¹¹ Un contributo fondamentale in tal senso è offerto dagli studi pubblicati nella rivista Mercato concorrenza regole, fondata e diretta da Giuliano Amato e edita da Il Mulino dal 1999.

¹² Si v. in proposito F. Denozza, Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti. "regolatrici", in Mercato Concorrenza Regole, 2000, p. 469 ss.; in chiave comparata, E. Ferrari, M. Ramajoli e M. Sica (a cura di), Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati, Torino, Giappichelli, 2006. Tra i contributi scientifici dei consiglieri di Stato, A. Pajno, Il giudice delle autorità amministrative indipendenti, in Dir. proc. amm., 2004, p. 617 ss.; R. Chieppa, Il controllo giurisdizionale sugli atti, ivi, 1019 ss.

¹³ Così R. Prodi, Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia, Il Messaggero, 11 agosto 2013. A questa critica, tuttavia, si è ragionevolmente obiettato che proprio sul giudice amministrativo si scaricano due dei principali difetti del nostro sistema giuridico-istituzionale: da un lato, un assetto normativo caotico e contraddittorio; dall'altro, un'amministrazione inefficiente, incapace di decidere nei tempi assegnati dall'ordinamento (L. Torchia, Giustizia ed economia, in Giornale di diritto amministrativo, 2014, pp. 337-338).

l'esercizio dell'azione giurisdizionale, dei suoi costi pubblici e privati e degli effetti sugli investimenti, tuttavia, è rimasto ancora in uno stadio embrionale¹⁴.

Più in generale, è aumentata la sfiducia nella capacità degli apparati burocratici di gestire imparzialmente e lealmente l'attuazione delle leggi e delle politiche pubbliche: si è cioè preso atto, seppur tardivamente rispetto a quanto avvenuto oltre Oceano, che anche i funzionari pubblici (così come i loro committenti politici) possono comportarsi come attori razionali e sfruttare rendite di posizione o essere sottoposti a "cattura", finendo vittima della capacità di influenza degli interessi privati¹⁵. La pubblica amministrazione e i pilastri tradizionali del diritto amministrativo sono così apparsi sempre più disallineati rispetto non soltanto al corretto funzionamento del processo economico ma anche a ciò che i cittadini si aspettano da chi li amministra. Per porre rimedio a tutto ciò si è dunque cercato, seppur in modo confuso e contraddittorio, di ridurre le interferenze tra politica e amministrazione, di prevenire e sanzionare conflitti di interesse e fenomeni di corruzione, di rendere più trasparente l'organizzazione e l'azione amministrativa, persino di "moralizzare" i trattamenti stipendiali, fissando tetti alle remunerazioni pubbliche¹⁶.

La domanda di riforme amministrative e di misure per la crescita da parte di imprese e cittadini, cui si accompagna la pressione da parte delle istituzioni europee e di organismi, pubblici e privati, ultra-statali, si traduce, però, in un'offerta politico-

¹⁴ Per alcuni primi spunti, si v. F. Saitta, Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 281 ss.; G. Napolitano, Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 677 ss. Con specifico riferimento alla tutela risarcitoria, M. Cafagno, La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e relazioni di mercato, Milano, Giuffrè, 1996; Id., La responsabilità dell'amministrazione pubblica, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2006*, cit., p. 155 ss.; M. Fiocca e G. Montedoro, Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere, in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1132 ss.

¹⁵ Per limitarsi ai due grandi classici nordamericani, W.A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*. Chicago: Aldine, Atherton, 1971; G.J. Stigler, *La teoria della regolamentazione economica* (1971), ora in Id., *Mercato, informazione, regolamentazione*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1994, p. 349 ss. Nella letteratura italiana, S. Cassese, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Diritto e società*, 1992, p. 223 ss.; G. Corso, *Politici e burocrati: interessi professionali e interesse pubblico*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2006*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 5 ss.

¹⁶ Su questa tendenza si v. B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2007; in chiave comparata, J.B. Auby, *Conflict of interest and administrative law*, in A. Peters e L. Handschin, *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University press, 2012, p. 145 ss., in part. p. 157. nella prospettiva americana, G.B. Adams e D.L. Balfour, *The Prospects for Revitalizing Ethics in a New Governance Era*, in R.F. Durant (a cura di), *The Oxford Handbook of American Bureaucracy*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 766 ss.

legislativa sempre più massiccia e caotica. Pacchetti normativi affidati a corposi decreti legge intitolati al “crescere”, al “fare” e allo “sbloccare” si succedono uno dopo l’altro. Essi sono pieni di disposizioni eterogenee e dal contenuto prescrittivo dettagliato¹⁷. Anche quando singolarmente considerate rispondono a finalità apprezzabili, l’effetto aggregato che esse producono è negativo. Il risultato è un continuo accrescimento della massa normativa che avvolge e aggroviglia l’amministrazione e le sue relazioni con i privati. Anche le leggi di sistema, che più delle altre dovrebbero avere carattere organico e rimanere stabili e immutabili, sono oggetto di un vero e proprio “accanimento” terapeutico. Emblematico in proposito il caso della l. n. 241/1990. Da testo scarno ed essenziale, diretto soprattutto a consolidare principi e regole essenziali elaborate dalla giurisprudenza, si è trasformato in regolamentazione analitica, fitta di prescrizioni relative anche a singoli tipi di procedimenti, soprattutto in materia economica¹⁸.

Il diritto amministrativo è così diventato un diritto sempre più legificato, sia nei suoi architravi fondamentali, sia nei mille rivoli dei micro-rapporti tra amministrazione e cittadini¹⁹. Questo è il risultato anche della sua crescente politicizzazione, che ne fa uno strumento di consenso popolare e di soluzione di conflitti tra diversi portatori di interesse. Ma tutto ciò, lungi dal riallineare diritto amministrativo e processo economico, rischia di aumentarne la divergenza.

¹⁷ Si v. M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Il diritto dell’economia*, 2014, p. 189 ss.; nonché i contributi raccolti in F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, Giuffrè, 2013. Un’analisi critica di alcune contraddizioni di fondo di questi interventi in R. Cangelosi e G. Montedoro, *Riforme amministrative in cambio di flessibilità sul Patto di Stabilità in Europa?*, in www.apertacontrada.it, 5 settembre 2014.

¹⁸ Il testo originario della l. n. 241/1990 era composto da trentuno articoli e novantatre commi; quello attuale da quarantasei articoli e centosessantaquattro commi. Dalle iniziali quattromila parole si è arrivati a poco meno di diciottomila.

¹⁹ Non si tratta peraltro di una peculiarità solo italiana se anche oltre l’Oceano si osserva che il diritto amministrativo può essere raffigurato come un quadrato a doppia matrice con le file orizzontali costituite da regole e standard e le colonne verticali da prescrizioni generali e prescrizioni specifiche. La scelta tra le varie combinazioni possibili è il frutto delle interazioni strategiche tra legislatori e giudici con esiti sempre incerti e reversibili, trattandosi di interazioni ripetute: così Mcnollgast e D.B. Rodriguez, *Administrative Law Agonistes*, in *The University of Texas School of Law, Law and Economics Research Paper No. 124*, April 2008, in *Columbia Law Review*, 108, p. 101-108, in part. p. 107

3. *Sul metodo (necessariamente interdisciplinare) del diritto amministrativo*

La gravità di questa situazione dovrebbe imporre il superamento della dogmatica addomesticata del diritto amministrativo, giustificata in tempi di successo del modello, ma non certo in tempi di crisi come quelli attuali. Eppure lo studio del diritto amministrativo continua a svolgersi per lo più secondo gli schemi giuridico-formali e astratti tramandati dalla tradizione. Negli ultimi anni, la comunità scientifica si è aperta a nuovi apporti disciplinari, a cominciare da quelli provenienti dall'analisi economica. Ma si è trattato di occasioni saltuarie, che non hanno mutato le impostazioni di fondo e gli orientamenti dominanti²⁰. Nella manualistica, il diritto amministrativo è ancora oggi rappresentato come un sistema ordinato di principi generali e istituti propri e autonomi. Soltanto in alcune recenti trattazioni istituzionali si dà finalmente spazio anche alla critica degli istituti e si evidenziano le disfunzioni amministrative, prima denunciate da una ristretta avanguardia di studiosi²¹.

È quindi anche per responsabilità della comunità scientifica, della sua astrattezza e delle sue disattenzioni, che le soluzioni via via prescelte dal legislatore finiscono spesso per ispirarsi al semplice senso comune, traducendosi in un diritto amministrativo *à la carte*, veicolo di facili annunci e di ripetute promesse. Si alimenta così l'illusione che basti, ad esempio, basti fissare un termine del procedimento per spingere l'amministrazione a decidere in tempi certi e consentire così a imprese e i cittadini di programmare i propri investimenti o l'introduzione di misure di semplificazione per alleggerire davvero gli oneri gravanti sulle attività economiche private.

Che questi benèfici effetti, però, di fatto non si producano, almeno non nella misura desiderata, dipende dall'invero ovvia considerazione che anche il diritto

²⁰ Mi riferisco soprattutto ai lavori del convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (Aipda) svoltisi a Venezia nel settembre del 2006 e raccolti in *Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007. L'applicazione dell'analisi economica anche al diritto amministrativo è invece diffusa negli Stati Uniti: si v. i contributi raccolti in S. Rose Ackerman (a cura di), *Economics of Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007. Ad essi, sempre in ambiente anglosassone, si può aggiungere il lavoro di M.J. Horn, *The Political Economy of Public Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995. Per un primo tentativo di raffronto tra le problematiche statunitensi e quelle europee si v. G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009.

²¹ Si v. in proposito M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013; alle disfunzioni amministrative è dedicato l'ultimo capitolo di M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino, Giappichelli, 2013, p. 339 ss., sulla falsariga del manuale di diritto pubblico dell'economia di M.S. Giannini, op. cit., p. 297 ss., che a sua volta riprendeva l'espressione impiegata da P. Gasparri *Corso di diritto amministrativo*, III, *Le disorganizzazioni e le disfunzioni*, Padova, Cedam, 1956, pur al termine di una trattazione complessiva del diritto amministrativo basata su categorie formali e astratti.

amministrativo è un sistema di “prezzi impliciti” per i destinatari pubblici e privati delle sue disposizioni²². Esso non ha un’immediata capacità conformativa dei comportamenti collettivi e individuali; tutt’al più, se ben disegnato, può incentivare determinate condotte con premi chiaramente apprezzabili e disincentivarne altre mediante sanzioni credibili. Dirigenti e funzionari pubblici, imprese e cittadini, persino i giudici, operano come attori (limitatamente) razionali. Sfruttano gli spazi offerti dalle regole per massimizzare il loro benessere, anche se questo naturalmente non può apprezzarsi soltanto in termini egoistici o monetari, come dimostra la rilevanza delle emozioni politiche²³. Sono persino disposti a violare quelle regole, se i benefici attesi sono superiori ai costi da sostenere ove l’infrazione sia accertata e sanzionata. Essi, inoltre, possono ben cadere vittime di errori cognitivi, non riuscire ad applicare o a “sfruttare” le nuove disposizioni introdotte dal legislatore, oppure fraintenderle in sede di interpretazione: di qui l’importanza, accanto ai premi e alle sanzioni, di “spinte gentili” (*nudge*) nella giusta direzione²⁴.

Per queste ragioni, bisognerebbe andare oltre la superficie levigata offerta dalla sistematica giuridica, per indagare le strategie e i conflitti alla base delle soluzioni normative e giurisprudenziali. E si dovrebbe volgere lo sguardo anche al “lato oscuro” del diritto amministrativo, quello meno nobile e romantico, fatto non di principi generali e diritti dei cittadini, ma di micro-disposizioni, variazioni incrementali, aggiustamenti ai margini, prelievi e dazioni, scambi e negoziazioni. Il diritto amministrativo, d’altra parte, è inevitabilmente il teatro di una dialettica tra esigenze funzionali della comunità (da un lato, dotare gli apparati pubblici dei poteri necessari a porre rimedio a carenze e “fallimenti” di mercato; dall’altro, regolare e controllare i comportamenti potenzialmente opportunistici degli agenti burocratici a tutela dell’interesse pubblico) e calcoli contingenti (giusti o sbagliati che siano) dei vari operatori nella formulazione e

²² Per una comparazione tra legal and market allocation, per tutti, R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Austin, Wolters Kluwer, VII ed., 2007, p. 555 ss.

²³ Per riprendere l’intuizione di M. Nussbaum, *Emozioni politiche. Perché l’amore conta per la giustizia*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2014.

²⁴ È questa l’avvertenza fondamentale che proviene dalla *behavioral law and economics*, su cui si v. i saggi raccolti in C.R. Sunstein, *Behavioral Law and Economics*, 2000; si v. anche R.H. Thaler e C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2009. Per un recente bilancio critico, tuttavia, si v. R. Bubb e R.H. Pildes, *How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why*, *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-29.

nell'applicazione delle sue regole²⁵. Ignorare tutto ciò, magari in nome del rigore geometrico, del purismo linguistico, oppure di una concezione stilizzata del contributo proveniente dalla scienza economica rischia di essere davvero esiziale²⁶. Ecco perché la sfida di una sapiente ridefinizione degli istituti del diritto amministrativo al fine di riallinearli al processo economico necessiterebbe di una proficua collaborazione tra cultori del diritto amministrativo, macro e, soprattutto, micro-economisti, analisti delle politiche pubbliche²⁷.

4. I rapporti tra potere pubblico e mercato nella l. n. 241/1990: regole, incentivi, "spinte gentili"

Per offrire un rapido e sintetico saggio della difficoltà di riallineare diritto amministrativo e processo economico e del contributo che potrebbe derivare da un approccio maggiormente interdisciplinare allo studio e alla progettazione della normazione positiva, si può fare riferimento alle vicende davvero paradigmatiche di alcuni istituti introdotti dalla l. n. 241/1990 e più volte modificati nel corso di questo quarto di secolo²⁸.

²⁵ È in questo senso che ritengo vi sia una razionalità implicita del diritto amministrativo: una o, se si vuole, più logiche che ne spiegano caratteri costitutivi e sviluppi nella normazione positiva (si v. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2014; Id., *Conflicts and strategies in administrative law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 3, p. ss.).

²⁶ Si confronti S. Cassese, *Recensione a La logica del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 498 ss. Si vedano anche i commenti di G. Seidman, *Putting the Study of Administrative Law Where it Belongs—Front and Center*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Aug. 23, 2014, disponibile in www.iconnectblog.com/2014/08/article-review-guyseidman-on-giulio-napolitanos-conflicts-and-strategies-in-administrative-law, e di D. Utrilla, *Conflictual Administrative Law and the European Perspective*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Aug. 23, 2014, available at: <http://www.iconnectblog.com/2014/08/article-review-dolores-utrilla-on-giulio-napolitanos-conflicts-and-strategies-in-administrative-law>, con la mia replica *Discovering the Logic of Administrative Law—A Reply to Guy Seidman and Dolores Utrilla*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Sept. 3, 2014, available at: <http://www.iconnectblog.com/2014/09/3307>.

²⁷ Anche i siti più impegnati nel dibattito pubblico sulle scelte di politica economica, tuttavia, per lo rifuggono più i temi che riguardano l'amministrazione e il suo diritto. Quello forse più noto, "Lavoce.info", non ha nemmeno una voce a essa specificamente dedicata. Qualche sporadico contributo si trova nella sezione dedicata a "Istituzioni e federalismo". Ma anche in questa l'attenzione è dedicata soprattutto agli argomenti di politica costituzionale, all'esame dei meccanismi elettorali, persino al tema dei senatori a vita, forse perché essi danno più visibilità, richiedono meno indagini empiriche, meglio si prestano all'espressione di posizioni provocatorie o all'esercizio di divertissement. Maggiore attenzione ai temi della pubblica amministrazione e del diritto amministrativo prestano altri siti come www.nelmerito.it e www.apertacontrada.it, anche se il loro impatto nel dibattito pubblico rimane modesto.

²⁸ Per un bilancio complessivo s. v. F. Merusi, *Come si produce un atto amministrativo. Il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in Id., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*,

Come prima accennato, la l. n. 241, concepita con lo scopo di definire la trama generale dei rapporti tra amministrazione e cittadino, ha finito progressivamente per assumere un rilievo fondamentale anche nel fissare i modi delle interazioni tra potere pubblico e iniziativa economica privata, al punto da contenere al suo interno un numero crescente di disposizioni speciali dedicate proprie ai “procedimenti di mercato”.

Anche le misure più avanzate di liberalizzazione, infatti, raramente si traducono nell’eliminazione di qualsiasi forma di intermediazione e verifica pubblica delle intraprese private. Mentre la richiesta di condizioni concorrenziali non discriminatorie, di adeguate infrastrutture e di tutele per gli interessi sensibili si traduce in nuove iniziative pubbliche e in corrispondenti misure regolatorie.

Tutto ciò, dunque, passa ancora lungo lo snodo fondamentale del procedimento amministrativo, richiedendo modalità di deliberazione pubblica coerenti con le esigenze di funzionamento del processo economico. La legge n. 241 è così diventata lo strumento di un nuovo patto di ri-legittimazione del diritto amministrativo e del controllo pubblico delle attività economiche finalmente coerente con la costituzione economica del XXI secolo: un po’ come lo era stata, in un contesto completamente diverso, l’Administrative Procedure Act nel 1946 negli Stati Uniti.

In particolare, le disposizioni dirette a garantire l’adozione delle decisioni amministrative entro un termine certo e predeterminato, la conclusione di accordi in luogo dell’emanazione di un provvedimento e l’acquisizione semplificata degli atti di assenso necessari all’esercizio di un’attività, dovrebbero servire non soltanto, in generale, a ridurre la sudditanza del cittadino nei confronti dell’amministrazione ma anche, più nello specifico, a facilitare il libero e vantaggioso svolgimento delle intraprese economiche.

Tali previsioni normative, tuttavia, hanno prodotto gli auspicati effetti soltanto in parte, a causa di un’inadeguata considerazione dei rapporti che dovrebbero esistere tra prescrizioni normative, incentivi e disincentivi, “spinte gentili”. Molte innovazioni introdotte dalla l. n. 241, d’altra parte, si sono scontrate con le resistenze non solo degli apparati burocratici, ma anche della scienza giuridica e della giurisprudenza, entrambe dominate dalla cultura della garanzia invece che da quella della produzione del risultato,

Bologna, il Mulino, 2012, p. 31 ss., oltre ai contributi raccolti A. Sandulli e G. Piperata (a cura di), in *La legge sul procedimento amministrativo vent’anni dopo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011.

oltre che dalla comprensibile preoccupazione di difendere i confini dei rispettivi campi professionali²⁹.

4.1. Certezza dell'azione amministrativa e programmazione degli investimenti privati

L'inerzia e il ritardo nello svolgimento dell'azione amministrativa possono condurre alla mancata attuazione di leggi e programmi, conducendo a un livello sub-ottimale di intervento pubblico. A subirne pregiudizio sono così essere anche i privati che attendono dall'amministrazione la protezione dei propri interessi da condotte lesive di altri privati o che richiedono agli apparati pubblici determinati provvedimenti per poter svolgere un'attività o esercitare un diritto. La certezza dei tempi delle decisioni pubbliche assume particolare rilevanza rispetto all'esercizio di intraprese economiche, costituendo condizione fondamentale per la programmazione e la realizzazione degli investimenti a ciò necessari³⁰.

Una delle innovazioni più importanti introdotta dalla l. n. 241/1990 è stata proprio l'introduzione dell'obbligo di un provvedimento espresso, accompagnato dalla previsione di un termine predeterminato per la sua adozione. Nel testo originario della l. n. 241, il legislatore si era limitato alla semplice enunciazione di entrambi i precetti³¹. A essa, infatti, non seguiva la previsione di alcun meccanismo idoneo a incentivarne l'ottemperanza e a disincentivarne la trasgressione, nell'implicito presupposto che le amministrazioni e i funzionari pubblici fossero esecutori fedeli e automatici della legge. L'unica ipotesi patologica contemplata era quella della mancata predeterminazione del termine. A tal fine, si introduceva una norma di *default* in virtù della quale, in caso di mancata fissazione del termine, questo sarebbe stato *ex lege* di trenta giorni: un termine

²⁹ Per un'analoga valutazione, G. Corso, Conclusioni, in La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo, cit., p. 429 ss., in part. pp. 442-443, che cita l'esempio emblematico della tendenza a qualificare come provvedimento la dichiarazione del privato di inizio attività e dell'attenzione dottrina assegnata al tema della tutela del terzo.

³⁰ Si v. per tutti, M. Clarich, Termine del procedimento e potere amministrativo, Torino, Giappichelli, 1995, e F. Merusi, La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio, in Id., Sentieri interrotti della legalità, Bologna, il Mulino, 2007, p. 39 ss., oltre agli atti del 48° Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione di Varenna, Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2003 (ove anche la relazione di Merusi prima citata).

³¹ Art. 2, co. 1 e 2, l. n. 241/1990.

così breve avrebbe dovuto costituire una potente minaccia, idonea a scoraggiare il rifiuto di auto-regolarsi da parte delle amministrazioni.

In questo contesto, lo spazio per comportamenti “opportunistici” delle amministrazioni era davvero ampio e, a conferma della naturale tendenza della burocrazia a sfruttare la sua posizione di rendita, è stato sfruttato integralmente. Le amministrazioni erano libere di fissare termini lunghissimi, di tutto comodo, non essendo stabilito alcun tetto massimo: di qui la comparsa di molteplici procedimenti di durata superiore a un anno. E potevano poi violarlo, persistendo in una situazione di inerzia o adottando in ritardo il provvedimento, contando su una situazione di sostanziale impunità, considerata la difficoltà di attivare i rimedi generali previsti dall’ordinamento per i casi di omissione di atti di ufficio e di silenzio-inadempimento.

Soltanto con il tempo, intervenendo ripetutamente sul corpo della l. n. 241/1990, il legislatore si è finalmente reso conto dell’importanza di dare un “prezzo” ai propri precetti. Saltando le varie soluzioni intermedie, vediamo come ora è congegnato il sistema di incentivi e disincentivi che dovrebbe assicurare un effettivo rispetto dell’obbligo di concludere il procedimento entro un termine predeterminato mediante l’adozione di un provvedimento espresso.

Innanzitutto, la fissazione del termine non è più integralmente nelle mani della singola amministrazione. La legge fissa un tetto massimo in virtù del quale, di norma, il termine del procedimento non può essere superiore a novanta giorni³². Termini superiori possono essere stabiliti soltanto se ritenuti «indispensabili», alla luce della «sostenibilità dei tempi» sotto il profilo organizzativo, della natura degli interessi pubblici tutelati e della «particolare complessità del procedimento». Tali termini comunque devono stare sotto il limite dei centottanta giorni (eccezion fatta per i procedimenti di acquisto della cittadinanza e per quelli in materia di immigrazione). Inoltre, la valutazione di tale indispensabilità è peraltro rimessa all’apprezzamento collegiale del Consiglio dei ministri³³. Rimane fermo che, in caso di mancata fissazione del termine, vale quello residuale di trenta giorni³⁴.

³² Art. 2, co. 3, l. n. 241/1990.

³³ Art. 2, co. 4, l. n. 241/1990.

³⁴ Art. 2, co. 2, l. n. 241/1990.

La legge quindi si occupa espressamente dell'eventualità che l'amministrazione non adotti il provvedimento entro il termine fissato. La disciplina, a dire il vero, ancora oggi non è a "tenuta stagna". Rimane, ad esempio, aperta la strada di una convocazione strumentale, a fini meramente dilatori, di una conferenza di servizi, la quale, avendo un effetto sospensivo del decorso del termine, consente così di guadagnare tempo. La disciplina della conferenza di servizi, che pure è fondamentale ai fini dell'esame contestuale dei vari interessi pubblici che possono assumere rilevanza rispetto alla singola decisione, soprattutto se questa riguarda attività economiche o opere infrastrutturali complesse, è lacunosa pure sul punto relativo al trattamento dell'istanza di convocazione presentata dal privato, contribuendo così a generare ulteriore incertezza sui tempi della procedura.

La legge, comunque, mira innanzi tutto a disincentivare comportamenti burocratici dilatori od ostruzionistici: la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nel termine, infatti, costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente³⁵. La legge, quindi, apre la strada a una soddisfazione alternativa della pretesa del privato al provvedimento, consentendogli, allo scadere del termine, di chiedere l'intervento, in sostituzione dell'organo rimasto inerte, di un altro funzionario chiamato a concludere il procedimento anche avvalendosi della nomina di un apposito commissario. Il soggetto cui spetta il potere sostitutivo deve essere predeterminato dalla stessa amministrazione e il nominativo facilmente individuabile sul sito internet³⁶.

Il funzionario chiamato ad agire in via sussidiaria svolge un ruolo fondamentale anche al fine di assicurare la credibilità della minaccia nei confronti dei responsabili del ritardo o dell'inerzia. Ad egli spetta segnalare il caso di ritardo ai fini dell'avvio del procedimento disciplinare, diventando anch'esso passibile di giudizio disciplinare in caso di inottemperanza (ad esempio per complicità con il collega). Su di esso, infine, incombe il compito di comunicare all'organo di governo i procedimenti nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione del procedimento. Questo rapporto, tuttavia,

³⁵ Art. 2, co. 9, l. n. 241/1990.

³⁶ Art. 2, co. 9 ter, l. n. 241/1990.

sarebbe molto utile ed efficace anche a fini di deterrenza se venisse pubblicato sul sito internet dell'amministrazione, attivando così un meccanismo di *blame and shame*.

La legge, infine, prevede specifici strumenti di tutela giurisdizionale. Da un lato, in congiunzione con quanto disposto dal Codice del processo amministrativo, rafforza il mezzo di ricorso specifico contro il silenzio dell'amministrazione. Questo è ora esperibile senza necessità di previa diffida all'amministrazione. Inoltre, il giudice può ordinare all'amministrazione rimasta inerte di provvedere e, ove si tratti di attività vincolata, «può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio»³⁷. Dall'altro, la legge consente al privato di agire davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva per il risarcimento del danno da ritardo, nei casi di inosservanza dolosa o colposa del termine³⁸. Una “spinta gentile” all'esercizio dell'azione di danno è data dalla disposizione che impone nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte di indicare il termine previsto e quello effettivamente impiegato³⁹.

La responsabilità per danno da ritardo prescinde dalla fondatezza della pretesa del privato a ottenere un provvedimento favorevole. Il tempo della decisione amministrativa, in quanto immediatamente incidente sulle scelte di investimento o disinvestimento del privato, viene quindi considerato un autonomo bene della vita, in quanto tale risarcibile a prescindere dal merito della decisione. La disciplina del danno di ritardo presuppone comunque l'esercizio della relativa azione da parte del privato e la prova del danno effettivamente patito. L'efficacia deterrente di tale regime è poi fortemente ridotta anche per un altro motivo. Soprattutto in caso di rilascio tardivo di un provvedimento comunque favorevole, è difficile che il privato decida di aprire un contenzioso con un'amministrazione con cui avrà altre relazioni nel corso di svolgimento dell'attività, per monetizzare qualche vantaggio nel breve periodo.

Il legislatore ha da ultimo previsto un'ipotesi di indennizzo forfettario legato al mero trascorrere dei giorni di ritardo, esonerando il privato dall'esercizio dell'azione giurisdizionale e dalla prova del danno. L'istituto, a conferma della tendenza alla differenziazione della disciplina del potere pubblico quando impatta sullo svolgimento

³⁷ Art. 2, co. 8, l. n. 241/1990.

³⁸ Art. 2-*bis*, l. n. 241/1990; art. 30, co. 4, d.lgs. n. 104/2010.

³⁹ Art. 2, co. 9-*quinqies*, l. n. 241/1990.

dell'attività economica, si applica ai soli procedimenti aventi per oggetto l'esercizio dell'impresa⁴⁰. L'ammontare dell'indennizzo è pari a trenta euro per ogni giorno di ritardo successivo alla data di scadenza dei termini procedurali, fino alla concorrenza massima di duemila euro. Entro venti giorni dalla scadenza del termine, la richiesta di indennizzo deve essere rivolta al titolare del potere sostitutivo, affinché questi adotti il provvedimento nella metà del tempo originariamente previsto, liquidando altresì il ristoro dovuto. Anche qui l'ordinamento prevede una "spinta gentile": già nella comunicazione di avvio del procedimento, infatti, il privato deve essere informato del suo diritto all'indennizzo in caso di ritardo⁴¹. Il meccanismo, tuttavia, sarebbe molto più efficace se, come accade nella regolazione dei servizi di pubblica utilità nei confronti delle imprese esercenti, l'accredito dell'indennizzo fosse automatico (a prescindere cioè da una richiesta) e se il relativo onere fosse sostenuto direttamente dal soggetto inadempiente (ad esempio se la relativa somma venisse scalata dalla busta paga del dirigente o del funzionario responsabile del ritardo).

4.2. Il potere e l'alternativa dell'accordo: la difficile via della negoziazione tra apparati pubblici e operatori privati

L'esercizio del potere amministrativo di per sé costituisce un ostacolo o arreca un pregiudizio allo svolgimento dell'iniziativa economica. Rallenta e talora blocca l'avvio di un'attività, sottrae beni al godimento e allo sfruttamento, impone l'osservanza di costosi oneri e adempimenti, costringe al pagamento di multe e sanzioni. Per questa ragione può dirsi che il provvedimento adottato unilateralmente dall'amministrazione non genera mai una situazione di efficienza in senso paretiano. Il destinatario cui viene limitata o ridotta la sfera giuridico-patrimoniale, infatti, subirà una riduzione del benessere individuale: si troverà cioè in una condizione peggiore rispetto a quella in cui versava prima dell'esercizio del potere amministrativo.

Il sacrificio, pertanto, può essere accettato esclusivamente laddove esso sia necessario al soddisfacimento di un interesse della collettività, nei casi e secondo le modalità che soltanto la legge, quale strumento democratico di aggregazione e selezione

⁴⁰ art. 2-bis, co. 1-bis, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 28, co. 9, d.l. n. 69/2013.

⁴¹ Sui limiti di questa previsione si veda peraltro G. Vesperini, L'indennizzo da ritardo: l'ennesima promessa mancata, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, pp. 445-446.

delle preferenze dei cittadini, può stabilire, assegnando il potere all'amministrazione e tipizzando le relative forme di esercizio. E certo il conferimento di poteri autoritativi agli apparati pubblici in molti casi è necessario per consentire loro di porre rimedio a fallimenti del mercato e superare i costi di transazione che deriverebbero dalla ricerca spesso impossibile del consenso del privato⁴².

Rispetto all'esercizio unilaterale del potere, la conclusione di accordi tra amministrazioni e privati rappresenta sempre un passo in avanti. In via generale, la teoria economica evidenzia i benefici delle soluzioni negoziali come tecniche di allocazione di beni e risorse, in tutti i casi in cui non vi siano elevati costi di transazione. Il ricorso a questo tipo di soluzioni è per definizione efficiente in senso paretiano, perché aumenta il benessere di entrambi i contraenti, siano essi pubblici o privati, i quali, in caso contrario, non presterebbero il loro consenso. Più in particolare, secondo il teorema di Coase, la contrattazione tra gli agenti è in grado di condurre a un'allocazione ottimale delle risorse a prescindere da come sono assegnati inizialmente i diritti e dall'eventuale presenza di esternalità negative⁴³.

Il ragionamento vale anche nei casi in cui l'amministrazione dispone del potere autoritativo e potrebbe procurarsi il bene o l'utilità attraverso il suo esercizio, cioè mediante l'adozione di un provvedimento. Anche in tal caso, infatti, il ricorso allo schema contrattuale può risultare vantaggioso per entrambe le parti: per l'amministrazione, che così si sottrae all'oneroso *iter* del procedimento amministrativo e, almeno in parte, si pone al riparo da impugnazioni giurisdizionali; per il privato, che sarebbe altrimenti destinato a subire gli effetti negativi dell'atto amministrativo adottato in via unilaterale e che può fare affidamento su una relativa stabilità dell'accordo raggiunto.

⁴² Sui differenti paradigmi del potere amministrativo e dell'azione tramite il mercato, G. Corso, Attività amministrativa e mercato, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, 2, p. 7 ss.

⁴³ Naturalmente, non sempre le cose funzionano in modo così semplice. Né si possono generalizzare le considerazioni volte a postulare la necessaria superiorità degli strumenti consensuali anche quando si curano interessi pubblici. In molti casi, infatti, i costi di negoziazione sono elevati e l'amministrazione non può certo attingere a risorse illimitate pur di raggiungere l'accordo con il privato. Spesso essa non dispone delle capacità negoziali necessarie per trattare efficacemente con i privati. E vi è il rischio che possa colludere con questi ultimi a danno dell'interesse pubblico. Eppure, una valutazione in termini di efficienza economica spinge a esplorare la possibilità di impiegare strumenti contrattuali con maggiore ampiezza di quanto non sarebbe disposta ad ammettere la tradizione amministrativa incentrata sul primato dell'armamentario pubblicistico di tipo autoritativo (per una più diffusa argomentazione rinvio a quanto esposto in *La logica del diritto amministrativo*, cit., p. 187 ss.).

Per questa ragione, l'introduzione da parte della l. n. 241/1990 della possibilità di concludere accordi sostitutivi o determinativi del contenuto del provvedimento è stata molto importante anche in una logica di efficienza economica. La scienza del diritto amministrativo, tuttavia, vi ha dedicato attenzione soprattutto da prospettive diverse, ora per esaltare il raggiungimento della frontiera del diritto amministrativo paritario, ora per impegnarsi in complessi percorsi teorico-ricostruttivi attorno alla natura giuridica di tali accordi⁴⁴. Non ci si è così accorti per lungo tempo che la previsione normativa era rimasta per lo più sulla carta⁴⁵. La disposizione in questione, d'altra parte, era formulata in termini di mera abilitazione, dettando poi alcuni frammenti di disciplina sostanziale e processuale. Su questa disposizione, diversamente da altre, il legislatore non è tornato molto volte nel corso degli anni. Si è limitato a rimuovere la richiesta di una norma abilitante specifica per il ricorso all'accordo sostitutivo di provvedimento e a imporre in cambio l'adozione di una delibera che esplicita le ragioni alla base della scelta del modulo consensuale. Nel frattempo, sono intervenute altre previsioni generali favorevoli al ricorso a soluzioni negoziali. Ad esempio, si è prevista la «generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a questi equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nella fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi»⁴⁶. Poi, nella stessa l. n. 241/1990, si è stabilito, seppure in modo ambiguo, che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»⁴⁷.

Ancora oggi, tuttavia, mancano nell'ordinamento meccanismi di incentivo e disincentivo volti a favorire la conclusione degli accordi. Ad esempio, si potrebbe obbligare l'amministrazione a vagliare la proposta di accordo formulata dal privato in

⁴⁴ Emblematici in proposito i primi studi sugli accordi, E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione dei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli 1997; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, Padova, Cedam, 1998; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001. Si v. anche da diverse prospettive i contributi raccolti in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, atti del 47° Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione di Varenna, Milano, Giuffrè, 2002.

⁴⁵ Per alcuni tormentati esempi di negoziazioni tra soggetti pubblici e privati, S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 601 ss. (ora anche in *Id.*, (ora anche in *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 74 ss.).

⁴⁶ Art. 20, co. 4, lett. f, l. n. 50/1997.

⁴⁷ Art. 1 bis, l. n. 241/1990.

sede partecipativa e a motivare l'eventuale diniego. Anche la conferenza di servizi, di cui si è riconosciuta la possibilità di convocazione anche su istanza del privato, potrebbe essere strutturata come un'arena negoziale propizia al raggiungimento di soluzioni concordate con reciproci scambi, più di quanto oggi non sia già di fatto. Infine, si potrebbero introdurre premi monetari o reputazionali per il responsabile del procedimento che conduce a buon fine le trattative con il privato conseguendo un risultato utile per l'interesse pubblico, senza bisogno di esercitare il potere amministrativo. Mentre si rimane ben lontani dall'introduzione di meccanismi incentivanti, il ricorso ad accordi, contratti e transazioni con il privato continua così a essere visto con sospetto, soprattutto per il timore di pratiche collusive e, più in generale, di una sorta di «eutanasia del diritto amministrativo»⁴⁸. E non sono pochi i casi in cui i funzionari pubblici sono chiamati a rispondere innanzi alla Corte dei conti proprio per aver preferito i moduli negoziali ai canoni tradizionali dell'intervento autoritativo.

In ambiti settoriali, d'altra parte, il legislatore ricorre talvolta a meccanismi premianti per favorire la conclusione di accordi. Si prenda il caso dell'espropriazione, in cui l'ordinamento prevede espressamente la possibilità di addivenire a una cessione volontaria del bene⁴⁹. In proposito, l'ordinamento incentiva il privato a optare per tale soluzione attraverso la promessa di un prezzo superiore al valore dell'indennizzo. Ma si tratta probabilmente di un incentivo troppo blando. Per prescegliere questa strada, il privato avrebbe probabilmente bisogno di una "spinta gentile" più sofisticata. Ad esempio, il privato andrebbe informato dei diversi tempi di pagamento del prezzo, in caso di accordo bonario, e dell'indennizzo, in caso, invece, di adozione del provvedimento di esproprio; delle scarse probabilità di un esito positivo del ricorso in sede giurisdizionale avverso quest'ultimo; dell'effetto di deprezzamento del bene per il solo fatto dell'avvio della procedura espropriativa⁵⁰.

⁴⁸ Per riprendere l'espressione di F. Merusi, *Come si produce un atto amministrativo. Il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, cit., p. 35 ss.

⁴⁹ Su questa opzione, nella tradizionale logica della garanzia, da ultimo, G.M. Marengi, *Le garanzie nei procedimenti espropriativi*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁵⁰ Sui fattori che condizionano le strategie dell'amministrazione e dei privati, G. von Wangenheim, *Take or Buy – Just Compensation for Government Takings and Court Delays*, Presentazione alla nona conferenza annuale dell'Italian Society of Law and Economics, Università di Lugano, dicembre 2013.

3.3. La semplificazione dell'accesso al mercato e il ruolo della reciproca fiducia

Anche la necessità di atti di assenso da parte dell'amministrazione per l'esercizio di un'attività economica si traduce in una barriera all'accesso del mercato, come ormai diffusamente rilevato anche nei rapporti degli organismi internazionali che misurano la facilità del fare impresa nei vari paesi e il tasso di competitività dei diversi ordinamenti giuridici.

Pure su questo versante, la l. n. 241/1990 si era mostrata sin dall'inizio sensibile, come attesta l'introduzione di due istituti di semplificazione, la denuncia di inizio attività e il silenzio assenso. Anche in questo ambito, tuttavia, le soluzioni originariamente individuate dalla legge scontavano una certa ingenuità. Basti pensare che l'individuazione dei casi in cui la denuncia di inizio attività era ammessa veniva subordinata all'adozione di un regolamento governativo. Trascorsi tre anni, alla fine del 1993, è stato necessario invertire il meccanismo, addossandosi al governo l'onere di individuare i casi di esclusione. Nonostante le prime evidenti difficoltà applicative, la scienza giuridica si è subito impegnata nel tentativo di offrire un inquadramento istituzionale dei nuovi istituti introdotti dal legislatore: anche se spesso in modo ideologico, ad esempio per sancire l'arretramento dell'interesse legittimo in favore del diritto soggettivo o per vagheggiare il trionfo dell'auto-amministrazione⁵¹.

Nel frattempo, però, di fronte al sempre più evidente insuccesso delle soluzioni escogitate dal legislatore per semplificare i rapporti tra amministrazioni e cittadini e per facilitare l'esercizio dell'attività economica privata, la disciplina è stata più volte modificata in diversi punti rilevanti. Da qualche anno, la segnalazione certificata di inizio attività ha preso il posto della vecchia denuncia e prevede che il privato comunichi all'amministrazione l'intenzione di intraprendere l'attività, autocertificando il possesso dei requisiti e il rispetto delle condizioni previsti dalla legge. Per non interporre alcuna barriera temporale all'avvio dell'impresa, la legge stabilisce che l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla stessa data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente. Il ricorso a tale

⁵¹ Tra i primi studi, secondo diverse chiavi ricostruttive, si v. L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996. Nella prospettiva dell'autoamministrazione, P. Duret, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004.

istituto è previsto in tutti i casi in cui l'assenso dell'amministrazione non richieda valutazioni discrezionali o di preferenza, in relazione all'esistenza di contingenti numerici o di strumenti di programmazione settoriale. Sono peraltro esclusi dall'ambito di applicazione dell'istituto i casi in cui entrino in gioco vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e gli atti rilasciati da amministrazioni operanti in campi sensibili, come la difesa nazionale e la pubblica sicurezza⁵². Nel caso del silenzio assenso, invece, come noto, il potere provvedimentale della pubblica amministrazione rimane intatto. Il suo mancato esercizio entro il termine previsto dall'ordinamento, tuttavia, si traduce in un atto di assenso, ancorché fittiziamente rilasciato. Il richiedente, in questo modo, non viene penalizzato dall'inerzia degli apparati pubblici. L'effetto positivo si produce automaticamente: il privato non deve nemmeno presentare istanze o diffide. Anche l'applicazione di questo istituto, peraltro, è esclusa in relazione ad atti e procedimenti relativi a interessi pubblici "super-protetti"⁵³.

L'esperienza, però, indica come non sempre queste forme semplificate di autorizzazione producano gli effetti desiderati in termini di facilitazione delle attività economiche private. La teoria dei giochi offre alcune possibili spiegazioni di questi risultati subottimali, evidenziando l'importanza dell'instaurazione di un clima di effettiva fiducia tra tutti gli attori in gioco. Nella dialettica procedimentale, infatti, entrano in relazione diversi soggetti: il segnalante, il responsabile del procedimento, i terzi eventualmente pregiudicati dall'attività che deve essere autorizzata, il giudice adito da uno dei soggetti in causa. Un disegno imperfetto della normativa di semplificazione, allora, può generare fenomeni di scarsa fiducia nelle dichiarazioni rese dai privati o nella prevedibilità delle valutazioni e dei comportamenti dell'amministrazione. Non a caso, anche il legislatore italiano è intervenuto più volte sui punti deboli della disciplina. Ad esempio, controlli e sanzioni devono essere idonei a disincentivare e reprimere dichiarazioni mendaci del privato in sede di autocertificazione. La legge, in proposito, punta tutto sull'effetto deterrente derivante dalla configurazione come reato della falsa dichiarazione contenuta nell'autocertificazione⁵⁴. Rimane però insoluto il nodo dell'effettiva verifica della rispondenza a verità di quanto attestato. Altrettanto

⁵² Art. 19, l. n. 241/1990.

⁵³ art. 20, l. n. 241/1990.

⁵⁴ Il reato è punito con la reclusione da uno a tre anni: art. 19, co. 6, l. n. 241/1990.

problematica è la situazione di incertezza in cui il privato rimane sospeso pur dopo l'inizio dell'attività. La legge, dopo una lunga stagione di orientamenti oscillanti della giurisprudenza, favoriti anche da un eccesso di istinto garantista della dottrina, chiarisce che la segnalazione non costituisce provvedimento tacito direttamente impugnabile dal terzo davanti al giudice⁵⁵. Questi, tuttavia, può sempre eccitare l'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione. Ciò comporta l'intervento repressivo successivo alla formazione del silenzio assenso o all'inizio dell'attività qualora l'amministrazione, su denuncia di terzi o a seguito dei controlli effettuati, ritenga che il privato non sia effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla legge⁵⁶. Tutto ciò spiega perché il privato ancora oggi possa preferire il rilascio di un'autorizzazione espressa piuttosto che intraprendere un'attività sottoposta al rischio di un improvviso ordine di cessazione, con i maggiori danni economici derivanti dall'eventuale perdita di investimenti già effettuati⁵⁷.

Il legislatore comunque è ulteriormente impegnato nel tentativo di ridurre l'area di incertezza cui è esposto il privato. Il recente disegno di legge sulla "riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni" prevede un'ulteriore riduzione dei poteri di autotutela dell'amministrazione di fronte a una segnalazione certificata di inizio attività⁵⁸. Più in generale, si preoccupa di limitare il potere dell'amministrazione di revocare il provvedimento favorevole al privato. In proposito, tradizionalmente, l'ordinamento mira soprattutto a proteggere il valore della convenienza della decisione per l'interesse pubblico (cui è subordinato anche quello alla legalità), a costo di sacrificare il valore della stabilità. Naturalmente, l'effetto di precarietà e conseguentemente di incertezza così generato può generare un pregiudizio anche per l'interesse pubblico, disincentivando gli operatori privati a entrare in relazione con l'amministrazione con possibili perdite per il benessere collettivo (si pensi ai mancati investimenti in attività

⁵⁵ Art. 19, co. 6-ter, l. n. 241/1990.

⁵⁶ Si v. art. 19, co. 3-4, e art. 20, co. 3, l. n. 241/1990.

⁵⁷ Più in generale, si comprende così perché le norme di semplificazione possano talora condurre a risultati opposti a quello desiderati: ad esempio, a una diminuzione del numero di attività economiche consentite o all'aumento dei tempi attesi per l'avvio dell'impresa. Sugli esiti contro-intuitivi di alcune misure di semplificazione degli atti autorizzatori, G. von Wangenheim, *Games and Public Administration. The Law and Economics of Regulation and Licensing*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004; un bilancio con riguardo all'esperienza italiana, R. Occhilupo, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività d'impresa in Italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 39 ss.

⁵⁸ Si v. art. 5, co. 1, A.S. 1577.

economiche a causa della scarsa fiducia nella “credibilità” di atti amministrativi di assenso facilmente revocabili). Per questa ragione, la legge, nello stesso momento in cui riconosce all’amministrazione il potere di annullare d’ufficio i provvedimenti illegittimi e di revocare quelli non più convenienti, cerca di ancorare tale poteri a ben precisi presupposti e condizioni, nel tentativo di ridurre l’alea cui sono sottoposti i privati e di tutelarne il legittimo affidamento. Il disegno di legge A.S. 1577 fa un passo avanti impedendo la revoca dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici per «nuova valutazione dell’interesse pubblico originario». Per tali provvedimenti, inoltre, anche l’annullamento d’ufficio incontra il limite dei «due anni dal momento di produzione degli effetti».

Lo spazio per aggiustamenti normativi, tuttavia, è ancora elevato. Poco è stato fatto, ad esempio, per disincentivare denunce di terzi all’amministrazione affinché eserciti i suoi poteri di auto-tutela, che si rivelino infondate o pretestuose. In proposito, si potrebbe ad esempio configurare una fattispecie di denuncia temeraria sulla falsariga della lite temeraria prevista in ambito giurisdizionale. Molti benefici ai fini di un maggiore e più fluido ricorso all’istituto della segnalazione certificata di inizio attività potrebbero poi derivare dall’introduzione di alcuni meccanismi di “spinta gentile”. Un primo contributo in tal senso proviene dalla recente previsione normativa che mira a introdurre un modulo di segnalazione certificata di inizio attività unico per tutto il territorio nazionale⁵⁹. In questo modo si mira soprattutto a impedire comportamenti opportunistici da parte delle amministrazioni, che spesso si sbizzarriscono in fantasiose variazioni locali del modello. La previsione normativa, tuttavia, ha anche il vantaggio di ridurre i costi di apprendimento del privato. Vantaggi ancora maggiori potrebbero derivare dalla completa digitalizzazione di tali moduli e dall’automatizzazione almeno parziale della loro compilazione, così inverando l’aspirazione (invero un po’ ingenua e retorica) a un’amministrazione a portata di *click*.

5. Conclusioni

Dall’indagine appena condotta a campione su alcuni istituti della legge 241 che più direttamente toccano i rapporti tra apparati pubblici e imprese private, emerge

⁵⁹ Art. 24, co. 2 e 3, d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014.

chiaramente come sia difficile cercare di riallineare diritto amministrativo e processo economico, anche quando il legislatore è animato dalle migliori intenzioni e intende favorire lo sviluppo del libero mercato.

Nella costituzione economica imperante per larga parte del XX secolo in cui allo Stato spettava un ruolo direttivo, questo allineamento era in qualche modo spontaneo. Le interazioni tra apparati pubblici e imprese private, infatti, si svolgevano in un contesto fondamentalmente cooperativo grazie all'ampia capacità di programmazione e di distribuzione delle risorse da parte dello Stato. In questo modo, tranne casi eccezionali, non gravava tutto sul diritto amministrativo il compito di fluidificare i rapporti tra pubblico e privato; né quello, ancora più complesso, di prevenire e risolvere gli eventuali conflitti (che, nella maggior parte dei casi, erano semmai mediati in sede politica).

Nella costituzione economica affermatasi, soprattutto per effetto di influenze europee e globali, sul finire del XX secolo e basata, all'opposto, sulla libertà di iniziativa economica privata e sulla concorrenza, le interazioni anche conflittuali tra amministrazioni e privati (ivi comprese quelle tra i secondi innanzi alle prime), invece, sono destinate a moltiplicarsi. Persino le misure più avanzate di liberalizzazione, infatti, raramente si traducono nell'eliminazione di qualsiasi forma di controllo pubblico, anche perché nel frattempo aumenta la richiesta di regole del gioco non discriminatorie e di protezione di interessi sensibili. Tutto ciò finisce per scaricarsi automaticamente sul diritto amministrativo e i suoi principali istituti, richiedendo regolazioni sempre più complesse e articolate nel tentativo di riallineare regole di decisione pubblica ed esigenze di funzionamento del processo economico.

La normazione positiva ha progressivamente compreso la complessità di questa sfida, anche se raramente supportata da un'adeguata riflessione in sede scientifica. All'iniziale stagione delle norme un po' ingenuamente prescrittive e declamatorie è così seguita quella della costruzione di un sistema sempre più articolato di premi e sanzioni, al fine di incentivare l'effettiva osservanza di quelle prescrizioni. È cioè sempre più chiaramente maturata la consapevolezza dei comportamenti strategici della burocrazia e degli stessi privati, che possono facilmente condurre alla violazione o all'elusione di pur importanti previsioni normative dirette proprio a facilitare la competitività e la crescita economica.

Il disegno dei premi e delle sanzioni, tuttavia, è ancora imperfetto e a macchia di leopardo. I primi, soprattutto quelli monetari, sono stati vanificati prima dalla loro distribuzione a pioggia e poi del venir meno delle relative disponibilità di bilancio. La minaccia delle seconde rimane scarsamente credibile oppure opera in modo del tutto casuale e imprevedibile. L'intervento repressivo della Corte dei conti, potenzialmente a tutto campo, genera fenomeni di *over-deterrence*, finendo comunque per punire di più chi fa rispetto a chi rimane inerte. Infine, risultano ancora poco recepite le indicazioni dell'economia comportamentale, le quali evidenziano l'importanza di "spinte gentili" per prevenire fallimenti cognitivi e accompagnare soggetti pubblici e privati nell'assunzione delle scelte coerenti con gli obiettivi fissati a livello normativo.

È in ogni caso evidente che il riallineamento tra diritto amministrativo e processo economico non può più essere affidato soltanto alle iniziative spesso necessariamente estemporanee del legislatore e alle sue percezioni intuitive. Sul piano istituzionale, un utile contributo potrebbe forse venire dall'introduzione anche nel nostro ordinamento, sulla falsariga dell'esempio statunitense, di uno "zar" o di un commissario per la "regolazione intelligente", che sovrintenda alla produzione normativa del governo e degli enti pubblici. Ma, accanto a ciò, è necessario anche un cambiamento profondo della cultura giuridica del diritto amministrativo, nel segno di un'apertura senza impacci e complessi a contributi inter-disciplinari, e in particolare a quelli, pure molto variegati sul piano metodologico, offerti dalle analisi economiche.