

NICOLA D'AGNESE

Professore Universitario a contratto in Diritto penale presso l'Università Telematica Pegaso
nicola.dagnese@unipegaso.it

**SU DI UNA VISIONE EURISTICA CONCERNENTE LA
POSIZIONE DI GARANZIA DEL RESPONSABILE DEL
PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: LA TEORIA
BIFASICA**

**ON A HEURISTIC VIEW OF THE GUARANTEE POSITION OF A
PERSON RESPONSIBLE FOR AN ADMINISTRATIVE PROCEDURE:
THE TWO-PHASE THEORY**

SINTESI

Il presente saggio si caratterizza per nuovi concetti teorici e principi in ambito amministrativo e in ambito penale. In particolare, l'indagine condotta rappresenta l'occasione per riflettere sulla posizione di garanzia del responsabile del procedimento e sulla sua necessità di impiego nei campi amministrativo e penale a tutela dei beni della P.A. e del privato, tale necessità è spiegata nella Teoria bifasica elaborata nel presente scritto.

In essa, precisamente, si indicano le ragioni (poteri impeditivi e obbligo di intervenire) per creare la titolarità della posizione di garanzia in capo al responsabile e si analizza, inoltre, la lesione bifasica che il contegno del responsabile potrebbe, nell'ipotesi di reato, provocare contemporaneamente ai beni della P.A. e del cittadino in quanto, a parere dell'autore, la lesione ai beni della prima concorrerebbe sempre con la lesione ai diritti del secondo.

ABSTRACT

This essay features new theoretical concepts and principles in administrative law as well as in criminal law. In particular, the conducted research provides an opportunity to reflect on the guarantee position of a person responsible for a procedure and on its need to be employed in the administrative and criminal

fields to protect the assets of the Public Administration and of private citizens. This need is explained in the two-phase theory developed in this paper. More precisely, it explains the reasons (impeding powers and obligation to intervene) to create the ownership of the guarantee position on the part of the person responsible and it also analyses the two-phase harm that the behaviour of the person responsible may, in the case of a crime, cause to the assets of the P.A. and of the private citizen since, in the opinion of the author, the harm to the assets of the former would always contribute to harming the rights of the latter.

PAROLE CHIAVE: Posizione di garanzia – Danno – Responsabile – Bifasica – Pubblica amministrazione

KEYWORDS: Guarantee position – Damage - Responsible - The two-phase – Public administration

INDICE: 1. A guisa di premessa: la teoria bifasica - 2. L'agire amministrativo - 3. Il «moto armonico» nel procedimento amministrativo. I concetti di «equilibrio stabile» e di «equilibrio degradato» nel rapporto trilatero P.A., responsabile e cittadino - 4. Elasticità e irreversibilità delle situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e del cittadino - 5. Il principio di materialità amministrativa (nullum actum sine actione) e la «causalità amministrativa» - 6. I motivi della creazione della posizione di garanzia del responsabile del procedimento nella teoria bifasica - 7. La successione nella posizione di garanzia tra responsabile del procedimento e organo adottante il provvedimento

1. A guisa di premessa: la teoria bifasica

L'inquietante fenomeno corruttivo nella pubblica amministrazione eleva una questione fondamentale: a cosa servono i meccanismi di controllo innanzi al rischio di squilibrare i rapporti tra P.A. e privato, soprattutto in termini di fiducia verso la prima? La risposta del legislatore è rappresentata da riforme sia penali (l. 86/90, l.190/2012¹, l. 69/2015, l. 3/2019, l. 120/2020) che amministrative (l. n. 241/90, l. 15/2005, d.l. 35/2005, convertito con l. 80/2005) intese

¹ Sugli interventi legislativi in tema di corruzione e sulle luci e ombre degli stessi S. MANACORDA, *Normativa internazionale e scelte politico-criminali di contrasto alla corruzione: il «piano inclinato» della riforma*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. V. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 983 ss.; E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 526 ss.; G. FORNASARI, *I delitti di corruzione*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Introduzione al sistema penale. Reati contro la Pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 192 ss.

a conferire nuovi poteri, doveri, e, soprattutto, credibilità. Tali innovazioni legislative che si sono succedute nel corso degli anni, hanno inciso sulla responsabilità di taluni soggetti ma il legislatore avrebbe potuto fare meglio, ossia creare norme sull'omesso impedimento dei reati commessi dal responsabile del procedimento in danno della P.A. e del cittadino, regolarizzando gli ambiti amministrativo e penale con un'apposita trattazione che avrebbe potuto tenere conto di tutte le dinamiche che orbitano attorno a tale figura di responsabile. Ancora, il legislatore avrebbe potuto e dovuto creare la posizione di garanzia del responsabile del procedimento, ai fini di una più specifica tutela dei beni costituzionali coinvolti nel procedimento. Ebbene, in questo contributo si descrivono nuovi concetti e principi, sia in ambito penale sia in ambito amministrativo (il «moto armonico» nel procedimento amministrativo; i concetti di «equilibrio stabile» e di «equilibrio degradato» nel rapporto tra P.A. e privato; il principio di materialità amministrativa (*nullum actum sine actione*) e la «causalità amministrativa»; nuova nozione di provvedimento amministrativo; elasticità e irreversibilità delle situazioni giuridiche soggettive).

Da questa piattaforma di nuovi istituti e principi prende vita la *teoria bifasica* descritta nel § 6 del presente saggio. In particolare, l'espressione «*bifasica*» è coniugata sempre ad una *coppia* di concetti, ad esempio: posizione di controllo e posizione di protezione; danno alla P.A. e danno al privato; bene giuridico pubblico e bene giuridico privato; compressione ed estensione; soppressione e costituzione delle situazioni giuridiche soggettive; carattere bifasico della buona fede² nei rapporti tra P.A. e cittadino; la costante del contributo è la «*bifasicità*», intesa nelle sue molteplici accezioni. Per poter meglio comprendere la teoria *de qua*, si è ritenuto opportuno approfondire taluni aspetti, elaborando, da un lato, una lettura decisamente nuova su taluni istituti (es. nuova nozione di provvedimento amministrativo), e, dall'altro lato, creando nuovi istituti e principi, come già detto in precedenza. Tutti gli argomenti affrontati sono legati ad un *fil rouge*,

² Su tale principio, F. MERUSI, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991.

creando, in tal guisa, l'impostazione di base per comprendere la condotta del responsabile all'interno del procedimento e quindi alla sua posizione di garante e alle vicende che la interessano; infatti è stato indispensabile affrontare, preliminarmente, concetti e principi che regolamentano lo svolgimento dell'attività amministrativa (attività discrezionale, attività vincolata³, situazioni giuridiche soggettive, provvedimento amministrativo). L'analisi ha condotto all'elaborazione dei nuovi concetti di *moto armonico*», *equilibrio stabile* ed *equilibrio degradato* nel rapporto tra P.A. e privato. Nel prosieguo della trattazione si affronta una delle varie novità assolute, nell'ambito del diritto amministrativo, ossia il principio di materialità amministrativa che ho sintetizzato nella seguente e breve espressione latina, *nullum actum sine actione* e la «causalità amministrativa», che consentono di comprendere la volontà della P.A. intesa come forza giuridica materiale che si concretizza nel provvedimento e come quest'ultimo vada inteso quale derivata del nesso causale tra atti che condizionano il risultato finale. Ancora, altro profilo, indubbiamente nuovo, è lo studio sulle posizioni giuridiche soggettive (situazioni sostanziali di interesse) che fanno capo sia all'ente che al cittadino, collegate proprio all'attività provvedimentale del responsabile, quest'ultima incidente sul cittadino, nonché le ipotesi in cui sia la stessa P.A. a vedere ampliata, compressa o soppressa la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare.

E' importante quest'ultimo profilo delle situazioni giuridiche soggettive perché nel § 6, esaminando la posizione di garanzia del responsabile, si affrontano le situazioni sostanziali di interesse della P.A. e del privato⁴, lese o protette, a seconda dei casi, dal contegno del pubblico funzionario. La posizione cardinale della teoria bifasica si innesta nei presupposti quali i *poteri impeditivi* e l'*obbligo di intervenire* per il responsabile i quali, a mio parere, creerebbero le con-

3 Si veda, A.ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

4 V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 319.

dizioni per intestare la titolarità della posizione di garanzia in capo al responsabile, pur considerando sempre il contemperamento dei principi amministrativi e penali in armonia con le rispettive norme, evidenziando, altresì, la lesione bifasica che la condotta del responsabile possa, nell'ipotesi di reato, provocare contemporaneamente alla P.A. e al cittadino. Chiariamo meglio. La ricerca non vuole soffermare l'attenzione sul classico rapporto tra P.A. e cittadino, ma sul responsabile del procedimento che a seguito della sua condotta illecita provochi un danno bifasico (doppio e simultaneo) alla P.A. e al cittadino; nella teoria bifasica si livella la posizione della pubblica amministrazione con quella del privato⁵ e tale parificazione si considera quando il responsabile agisce per soddisfare un proprio interesse oppure per soddisfare un interesse di un terzo. Come si può ben notare, la teoria bifasica tiene conto della tutela dei beni e degli interessi della pubblica amministrazione e del cittadino.

Allora, la presente analisi, ribadisco, non è assolutamente rivolta al solo rapporto pubblico – privato, ossia alla relazione che intercorre tra il cittadino e la P.A., ma alla *distorsione* di tale rapporto provocata dall'intermediario (responsabile del procedimento) della P.A. nell'ipotesi in cui egli è portatore di un interesse confliggente non solo con quello del cittadino ma anche con quello della P.A. Si ritiene che quanto detto vada considerato anche nei casi di attività discrezionale perché ciò che rileva è la distorsione, ossia l'allontanamento dalla condotta legale e dalla condotta morale, condotte che il funzionario deve assumere per vedersi intestati poteri e funzioni. Quindi, non si esclude che anche la violazione di regole legate alla discrezionalità⁶ possano configurare, ad esempio, il reato di abuso d'ufficio con lesione simultanea delle due situazioni giuridiche soggettive facenti capo al cittadino e alla P.A.; non vi è certezza alcuna

5 E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 3.

6 V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 47.

che ciò non accada poiché la condotta dell'uomo più si allontana (dietro lo schermo della discrezionalità) dai canoni morali e legali, più si avvicina al regno dell'arbitrio e del privilegio! Lo scopo della teoria bifasica è l'unificazione del concetto di danno, ossia considerare, a prescindere dalla fattispecie considerata, condotta produttiva di danno risarcibile ogni comportamento del responsabile che entri in contatto con il privato attuando in maniera patologica, deviata, il potere pubblico, anche quando realizzi una condotta bioffensiva «*larvata*», precisamente la condotta del responsabile potrebbe apparire, *prima facie*, lecita per il solo fatto di rientrare nel potere discrezionale. Ritengo, allora, che il pubblico dipendente sia *sempre* responsabile quando dispone del potere pubblico e l'utilizzo dello stesso sia deviato, in tal caso provocherebbe sempre, contemporaneamente, una doppia lesione per la P.A. e per il cittadino che ha confidato nella correttezza e nell'imparzialità. La teoria bifasica mira a spazzare, definitivamente, quelle eventuali foglie secche della relazione tra P.A. e cittadino in chiave contrappositiva; viceversa, la teoria in discorso esalta la coincidenza delle lesioni ai beni oggetto delle due posizioni giuridiche soggettive considerate. Quindi, la teoria tiene conto di una doppia tutela delle situazioni giuridiche soggettive, della P.A. e del privato, quest'ultimo avrebbe, si ritiene, una posizione giuridica soggettiva al pari di quella di cui è titolare la P.A., sarebbe questa una delle ragioni per la quale diventerebbe necessaria una interpretazione estensiva del concetto di danno; considerare parte offesa non solo la P.A. ma anche e sempre il privato poiché quest'ultimo è tutelato dal diritto amministrativo in senso largo, non solo nel procedimento.

Quando parliamo di corruzione non dobbiamo pensare alla sola ipotesi del pubblico agente che si lascia corrompere o corrompe un privato. In tal caso è molto semplice dire che lesa sia soltanto la P.A. Cosa accade, viceversa, se il funzionario si lascia corrompere da un privato al fine di insabbiare l'istanza che, precedentemente, era stata presentata da un cittadino? Questa è la dinamica giuridica di cui si occupa, fondamentalmente, la teoria bifasica, ossia la lesione

bifasica duplice e istantanea che si produce alle due situazioni giuridiche soggettive coinvolte, dall'esempio citato si avrà: la P.A., poiché il funzionario corrotto ha violato svariati principi dell'azione amministrativa (legalità, buon andamento, imparzialità) e il privato istante (interesse legittimo, principio dell'affidamento, lesione del diritto a non subire prevaricazioni). In definitiva si ritiene necessaria una sommatoria delle situazioni giuridiche attive di natura patrimoniale e i connessi diritti soggettivi con l'interesse legittimo pretensivo, quest'ultimo può essere vulnerato dal rifiuto del responsabile di emanare il provvedimento favorevole, vediamo meglio. La teoria bifasica si ispira a tutelare la P.A. e il privato ogniquale volta per il secondo vi sia un interesse pretensivo e questo venga leso dalla condotta deviata e criminale del responsabile, o se si ravvisi, ad esempio, una significativa inimicizia tra il responsabile del procedimento e il cittadino istante (si consideri l'esposto presentato dal cittadino e la conseguente decisione sfavorevole da parte dell'impiegato pubblico a causa di una grave inimicizia tra i due). In tale ipotesi diventa indispensabile valutare la modalità di utilizzo, da parte del responsabile, del potere pubblico poiché quest'ultimo se impiegato in maniera irregolare, ostruzionistica, omissiva, quindi non aderente al paradigma legale, crea un danno risarcibile bifasico e le persone offese sono, nel contempo, l'ente e il cittadino. Preciso di più, la teoria bifasica considera il doppio danno indipendentemente dall'interesse pretensivo⁷ del privato, esattamente, come si dirà meglio nel § 6, meritano tutela gli interessi del privato e la sua posizione giuridica soggettiva anche nell'ipotesi in cui quest'ultima non sia confinata ad integrare interessi strumentali (presidiati solo nel procedimento⁸, individuandosi nella richiesta di conservazione del bene della vita), poiché riceve protezione dall'ordinamento amministrativo. La teoria bifasica tiene conto della condotta assunta dal responsabile nei riguardi

⁷ A. ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1994, 323.

⁸ In merito alla fisiologia del procedimento S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1991.

dell'amministrazione e del privato, in quanto la lesione ai beni della prima *concorrerebbe* sempre con la lesione ai diritti del secondo; l'anima del presente saggio è il responsabile, mentre la P.A. e il cittadino sono i soggetti sui quali ricade l'azione materiale del primo, intorno a tale schema orbita la teoria bifasica. La teoria bifasica conduce, in definitiva, alla creazione della concezione unitaria di protezione delle posizioni giuridiche soggettive e dei beni della P.A. e del privato per mezzo del riconoscimento della posizione di garanzia in capo al responsabile del procedimento, nelle ipotesi di reati commessi da quest'ultimo nell'esercizio delle funzioni; tale teoria afferma la parità processuale tra pubblica amministrazione e cittadino come persone offese.

2. L'agire amministrativo

Chiarito il significato di *bifasica*, nei termini illustrati nel paragrafo precedente, appare, ora, opportuno fare riferimento all'ordinamento amministrativo nel quale si incastona la figura del responsabile del procedimento. Consideriamo subito la funzione dei principi regolatori dell'attività amministrativa ed anche che la P.A. per poter esplicare tale attività necessita del riconoscimento, da parte della legge, del potere di provvedere in considerazione di un fine specifico, è a tale ultimo periodo del discorso che si annoda la discrezionalità⁹. Ricordo, come ormai dato acquisito, brevemente, a mo' di *incipit* su ciò che andremo ad affrontare, che l'amministrazione pubblica nello svolgere la sua attività, persegue, sempre, il raggiungimento e la realizzazione di un interesse pubblicistico, mai privatistico, e nel farlo essa è vincolata quando la legge oltre a porre l'obiettivo da raggiungere, impone alla P.A. il modo come raggiungerlo. Viceversa, nell'ipotesi in cui la legge fissa l'obiettivo (interesse pubblico) e dà la possibilità alla P.A. di scegliere, tra svariate condotte lecite, il modo come realizzarlo e soddisfarlo, l'attività è discrezionale¹⁰.

⁹ Si veda R. MICCIO, *Il pubblico interesse nell'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1948, 293; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 65.

Elemento caratterizzante lo svolgimento della funzione pubblica è il procedimento, quest'ultimo preferisco paragonarlo al processo, la sede dove si tutelano i diritti dei cittadini, ebbene, allo stesso modo, il procedimento amministrativo¹¹ è quella sede dove si tutelano gli interessi della P.A. e dei cittadini, il magnetico, se così possiamo dire, che attira gli interessi dell'Amministrazione e del privato, è questo il procedimento amministrativo, ai sensi della l. 241/90. Da quest'ultimo discendono fondamentali effetti riguardo alle relazioni tra P.A. e cittadino, in particolare nel dettato legislativo della legge citata sono scolpiti i principi basilari, le stelle polari alle quali fa riferimento l'azione della Pubblica amministrazione, esattamente i criteri di economicità, efficacia, efficienza, pubblicità, trasparenza. Diventa necessario considerare il procedimento e soprattutto gli istituti che orbitano intorno ad esso, i satelliti quali singole norme che regolano il percorso amministrativo e tutti i principi espressi proprio da tali norme, da ciò si inferisce uno scenario nuovo quanto alle relazioni tra P.A. e cittadino. Mi spiego, considerate le regole che governano l'azione della P.A., esse sono poste su un piedistallo ricevendo la dignità di norme del procedimento, indirizzate ai due attori (P.A. – cittadino), al fine di puntare ai valori dell'art. 97 della Carta fondamentale, ossia al principio di legalità. Alla luce di quanto detto, ne discende per il funzionario pubblico¹² l'osservanza di tutte le regole che governano il suo contegno, regole che garantiscono un *imprimatur* di

10 Sul *discrimen* tra discrezionalità e merito amministrativo, sia consentito il rinvio a N. D'AGNESE, *Un punto di vista euristico sul sindacato incidentale del giudice penale sul titolo edilizio illegittimo*, in *Gazzetta Forense*, 2021, 4, nota bibliografica n. 7, 734, dove si afferma testualmente che: «La prima comporta un potere di scegliere da parte dell'Amministrazione, ma questo potere non è libero, ma guidato dalle norme giuridiche di buona amministrazione, viceversa il merito permette alla P.A. una libertà maggiore (attenzione, non significa arbitrio) guidata, questa volta, da norme metagiuridiche di buona amministrazione, mi riferisco più precisamente a quelle che prendono il nome di regole di opportunità e di convenienza amministrativa, ossia norme che non si colorano di giuridicità. Questo profilo è particolarmente importante in punto di giustiziabilità. Mi spiego, la violazione della norma (giuridica) che disciplina la discrezionalità è sindacabile dal G.A., la violazione, viceversa, di regole (metagiuridiche) che disciplinano il merito, non è sindacabile dal G.A., salvo il caso in cui quest'ultimo abbia una giurisdizione dilatata fino a comprendere anche il merito, ma ciò rappresenta una eccezione prevista dalla legge».

11 Sulla nozione di procedimento amministrativo A. VALENTINI, *Osservazioni in tema di procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 1246.

validità degli atti compiuti. Quindi, considerando il contesto appena tratteggiato, si impone, ora, l'indispensabile indagine sugli effetti che potrebbero insorgere sull'interpretazione della fattispecie penale.

La Pubblica amministrazione nel perseguimento e nella realizzazione del fine pubblicistico, imposto dalla legge, è imbrigliata da taluni principi primo fra tutti la legalità, *ex art. 97 Cost.* che definisco la pietra d'angolo del diritto amministrativo, più incisivamente, è la fonte delle fonti che legittima l'*agere* amministrativo. Tale principio crea una riserva di legge nella sfera di organizzazione amministrativa, tale riserva va interpretata relativamente giacché il legislatore può stabilire, agevolmente, le regole basilari dell'organizzazione degli uffici pubblici, rimettendo, quindi, la disciplina di dettaglio alla fonte secondaria. Ricordo che il principio in rassegna è scolpito non solo, come visto, a livello costituzionale, ma anche a livello di norma primaria, mi riferisco alla l. 241/90, art. 1, laddove stabilisce che: «*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*». Nel principio di legalità¹³ coesistono altri principi (seguendo uno schema

12 Sulle funzioni e responsabilità delle figure del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Novissimo Digesto Ital.*, v. XIV, 1967, 557; F. RAMACCI, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p.*, in *Riv. it.* 1965, 861; F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio*, in *Scritti in onore di Manzini*, Padova, Cedam, 1954, 561; G. MIELE, *Pubblica funzione e pubblico servizio*, in *Arch. Giur.* 1933 (XXVI), 172; M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico*, in *Banca borsa* 1951, 217; R. BETTIOL, *Note a margine della legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 617 ss.; O. DI GIOVINE, *Pubblico ufficiale (dir. pen.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 4782 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento agli artt. 357 e 358 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996, 448 ss.; M.N., MASULLO, *I delitti di concussione e di induzione indebita a dare o a promettere utilità*, in S. FIORE, AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2021, 39 ss.; M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in BARTOLI, PELISSERO, SEMINARA (a cura di), *Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2021, 462 ss.; A. SEGRETO, G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, Giuffrè, 1999; F. GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953.

13 Sul punto, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infalibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3307.

a cerchi concentrici) fra i quali spicca quello di ragionevolezza¹⁴, tutti sono sempre connessi ai valori impressi dall'art. 97 Cost. Appare, però, opportuno porre una dovuta differenza tra i principi poiché mentre taluni (es. la ragionevolezza) indirizzano l'attività amministrativa verso la realizzazione di fini pubblicistici, ponendosi come positivi, viceversa, la legalità è un confine negativo, perché mira a garantire la fisiologia del potere di supremazia entro il recinto della legalità, appunto. Sotto il profilo penalistico, al fine di poter meglio comprendere la nozione di violazione, è necessario porre l'analisi su due versanti: svolgimento dell'azione amministrativa e fattispecie astratta. In particolare, mentre l'archetipo normativo che integra la fattispecie astratta, indica l'interesse custodito dalla legge, lo svolgimento dell'azione amministrativa tiene conto del concreto svolgimento del potere. Quindi, è quest'ultimo che deve far convergere la nostra attenzione sull'attività espletata in vista dell'emanazione del potere stesso. Precisamente, quanto alla discrezionalità¹⁵, della quale si è già parlato poco fa, essa non è un tipo di potere, ma la forma di agire nella sfera degli interessi coinvolti.

Su tale questione, certamente, come già esplicitato in precedenza, la stella polare, la bussola, è l'art. 1 della l. 241/90. Allora, positivizzare l'obbligo di migliorare (qualitativamente) il risultato, comporta per il funzionario pubblico un dovere di adeguatezza alla scelta più conveniente, ossia quella che assicura al contempo amministrativo effetti aderenti con il fine comandato dall'ordinamento. La discrezionalità, come ho già chiarito in narrativa, non è mai libera, ragione per cui non sarebbe azzardato ipotizzare che anche la discrezionalità sia di-

14 In merito, F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1973, 136-137. Sul sindacato di ragionevolezza delle leggi, C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1973.

15 Per un ampio respiro sul punto, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967; G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 1089 ss.; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; M.S. GIANNINI, *L'autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1951, 851; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nss. Dig. It.*, X, Torino, 1939, 76.

sciplinata da regole di legalità, *ergo*, di obbligatorietà. Si ritiene di affermare che profili di responsabilità penale potrebbero intestarsi in capo alla P.A. anche nell'ipotesi in cui non abbia osservato gli obblighi di legge per espletare l'attività procedimentale, precisamente non solo in relazione all'attività vincolata ma anche in relazione all'attività discrezionale (su tale ultimo aspetto si ritornerà nei paragrafi successivi); le maglie del concetto di violazione penale sono abbastanza larghe se si considera che la violazione possa riguardare, ad esempio: il contenuto tipico dell'atto, omissioni, imprecisioni riguardo ad adempimenti, irragionevole durata del tempo, assenza di particolari condizioni o presupposti.

3. Il «moto armonico» nel procedimento amministrativo. I concetti di «equilibrio stabile» e di «equilibrio degradato» nel rapporto trilatero P.A., responsabile e cittadino

Descriverò, nelle pagine seguenti, i concetti di punto di equilibrio del procedimento amministrativo e *perturbazioni* attorno ad esso. Ritengo che «*il procedimento amministrativo è in equilibrio se, una volta iniziato, rimane rispettoso della legge fino all'emanazione del provvedimento finale*»; dunque, se il procedimento si trova in tale stato, allora le sue sequenze saranno certamente bilanciate tra loro. Consideriamo, ora, un procedimento amministrativo in equilibrio stabile e creiamo, su di esso, *ex professo*, una perturbazione, per così dire, un'alterazione dell'equilibrio considerato. Mi spiego. Supponiamo il reato di corruzione commesso dal responsabile del procedimento, la commissione di tale reato genera una perturbazione all'interno dell'equilibrio procedimentale. Quali saranno gli effetti? Se il responsabile del procedimento commette il reato di corruzione¹⁶ per avvantaggiare in una gara un imprenditore amico e svantaggiare un altro imprenditore, si avrà un *equilibrio instabile*, si crea una instabilità del procedimento e del suo esito sia per la P.A. che per l'imprenditore svantaggiato, esattamen-

16 Su tale fattispecie, S. RICCIO, *Corruzione (Delitti di)*, in *Novissimo Digesto Ital.*, v. IV, 1959, 899; P. DI VICO, *Il delitto del corruttore*, in *Annali* 1936, 389; P. GIANNITI, *Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale*, in *Sc. pos.* 1969, 173; R. VENDITTI, *Il problema del tentativo nel delitto di corruzione*, in *Giur. it.* 1951, II, 260; R. DELL'ANDRO, *Osservazioni in tema di corruzione*, in *Arch. Pen.* 1953, II, 188; M.B. MIRRI, *Corruzione*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 1 ss.

te si verifica un effetto *bifasico lesivo* per la P.A. (violazione dell'art. 97 Cost., imparzialità, buon andamento) e per l'imprenditore (interesse legittimo e affidamento), l'instabilità, altresì, determina una lesione alle due situazioni statiche: il potere della P.A. e il provvedimento finale. Orbene, il mondo del diritto è caratterizzato da due grandezze: *fisica* (l'uomo) e *convenzionale* (la legge), è questo il rapporto che occorre indagare e soprattutto l'equilibrio tra queste due grandezze, poiché è solo raggiungendo l'equilibrio tra esse che si potrà garantire il rispetto di qualsivoglia principio giuridico, in senso largo, considerato; viceversa, tali grandezze risulterebbero alterate. In altre parole, l'equilibrio ha portata generale in merito alle due grandezze, nel senso che ha applicazione in ogni ambito giuridico, quindi, nel procedimento amministrativo, considerate le due grandezze (convenzionale e fisica) è indispensabile che tra esse vi sia simmetria. Considerate le due grandezze citate, legge e realtà, possiamo ben affermare che il procedimento amministrativo è la grandezza convenzionale, il cittadino è la grandezza fisica. Tra queste due grandezze, affinché i principi regolatori del mondo giuridico siano rispettati (quindi mi riferisco in senso generale a tutti i rami del diritto), è fondamentale che esista un bilanciamento. Infatti, ogniqualvolta si verifica una lesione dei diritti (ciò indistintamente in tutti i rami del diritto) significa che si è verificata un'alterazione dell'equilibrio tra legge e realtà, tra grandezza convenzionale e grandezza fisica. In definitiva, solo se si raggiunge l'equilibrio, ritornando al diritto amministrativo, i principi che regolano l'*agere* amministrativo risulteranno rispettati. Cercherò di essere più chiaro.

Quando la Corte costituzionale dichiara una norma incostituzionale, ciò dimostra che tale norma presentava nel momento genetico uno *squilibrio* tra essa e il cittadino destinatario. Con la pronuncia di incostituzionalità, la Corte porta in equilibrio il rapporto tra grandezza convenzionale e grandezza fisica, *ergo*, tra legge e cittadino, il Giudice delle leggi allinea il disequilibrio creato tra legge e uomo. Con tale assunto si ritiene di dimostrare che ragionando in termini generali, il concetto di equilibrio stabile potrebbe trovare applicazione,

come già detto, in ogni settore del diritto, mi spiego, ogniqualvolta ci si trovi di fronte ad una grandezza convenzionale (legge ordinaria, *sub* legislativa, costituzionale, processuale) occorrerà verificare il suo rapporto con la grandezza fisica ossia con l'uomo al quale la legge si applica, quindi verificare, sulla base di una interpretazione della norma indagata, se si raggiunge l'equilibrio tra quest'ultima e l'uomo. Oltre ai profili di incostituzionalità, che spezzano l'equilibrio *de quo*, si considerino casi più frequenti, laddove vi sarà una forza esterna all'equilibrio. Ad esempio, considerato il responsabile del procedimento che commette il reato di corruzione, tale contegno sarà bifasico (perché lede gli interessi della P.A. e del privato, sul punto si ritornerà più approfonditamente nel successivo § 6), in tal caso sarà fondamentale allineare il disequilibrio creato tra legge e uomo (ossia tra procedimento e cittadino). Quindi, si avrà:

a) un procedimento amministrativo è in «*equilibrio stabile*» se, il responsabile del procedimento non accetta l'offerta o la promessa che un terzo gli aveva rivolto per ritardare l'istanza presentata da un cittadino. La promessa o l'offerta provoca nel responsabile (persona moralmente forte) un richiamo del sistema procedurale verso un punto di equilibrio legale;

β) un procedimento amministrativo è in «*equilibrio degradato*» se si allontana, dunque vi è reato, dalla sua posizione di equilibrio stabile a causa della condotta criminale del responsabile del procedimento il quale accetta l'offerta del terzo con lo scopo di insabbiare l'istanza presentata da un cittadino (in tal caso vi è disequilibrio del procedimento, l'impiegato pubblico provocherà con il suo contegno un danno bifasico alla P.A. e al cittadino istante). Da quanto detto si può ben inferire che il procedimento amministrativo può determinare equilibrio o disequilibrio tra amministrazione e cittadino a seconda della forza morale del responsabile, esattamente ritengo che nel linguaggio amministrativo sia corretto fare riferimento all'espressione *equilibrio stabile* al fine di intendere la relazione fra norma amministrativa e cittadino. Analizzando la struttura dell'azio-

ne amministrativa¹⁷ meglio articolata, ossia il procedimento e il responsabile che svolge in esso un ruolo essenziale possiamo ben dire che in un certo senso egli è una sinfonia del procedimento. Definirei il responsabile del procedimento «*armonica fusione*» di interessi pubblicistici e interessi privatistici, egli è il nucleo dell'attività procedimentale, tale moto armonico è dato dalla coesistenza di tre elementi: il responsabile del procedimento, quale garante della legalità; il tempo e la sua variabile dipendente nell'azione amministrativa; gli interessi coinvolti nel rapporto amministrativo.

Si consideri: $\mathbf{R} + \mathbf{T}^{b,v,d} + \mathbf{I} = \text{moto armonico}$

(\mathbf{R}) *Responsabile*; ($\mathbf{T}^{b,v,d}$) *Tempo* ^{bene, variabile dipendente}; (\mathbf{I}) *Interessi*.

Con il termine «*tempo bene, variabile dipendente*» ($\mathbf{T}^{b,v,d}$), si fa riferimento al tempo dell'azione amministrativa e alla circostanza che il tempo non è una variabile indipendente, nel senso che diventa, all'interno del procedimento amministrativo, indispensabile la tempestività dell'emanazione del provvedimento da parte della P.A., nei tempi che sono necessari per soddisfare l'interesse del privato, quindi il tempo è un *bene della vita* per il cittadino nei termini esposti, oppure un danno se il termine per provvedere spira, es. il responsabile viola l'obbligo di provvedere¹⁸; se il provvedimento è emanato in un tempo non più utile al cittadino, allora il provvedimento stesso perderà la sua necessità richiesta dal privato. Mi riferisco alla variabile dipendente del tempo, perché una cosa è emettere un provvedimento a tempo opportuno a soddisfare l'interesse del privato, altra cosa è emettere un provvedimento in un tempo ragionevolmente

¹⁷ Sulla disciplina del procedimento *ante* legge 241/90, A. GELPI, *Norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amm. it.* 1966, 1271.

¹⁸ Per meglio comprendere l'istanza del privato (quale atto di impulso) e il suo effetto bifasico ossia l'obbligo di provvedere per la P.A. e l'obbligo di emanare il provvedimento preteso dal cittadino, G. TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti fra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 314.

lungo rispetto alla necessità per il privato di ottenerlo con celerità, allora, il soddisfacimento o meno dell'interesse del privato dipende da *quando*. Sintetizzando in un quadro globale le nozioni che sono state sviluppate nelle pagine precedenti, possiamo dire che il procedimento amministrativo è il tramite (mediante una serie concatenata di atti che rappresenta la funzione) tra due situazioni statiche: il potere della P.A. e il provvedimento finale, tale staticità possiamo definirla *quiete*. Ribadisco, il termine equilibrio è da riferirsi all'equilibrio legale tra due grandezze (P.A. e cittadino), all'osservanza, nel rapporto pubblico, del principio di legalità, *ex art. 97 Cost.* È nello stesso principio di legalità che risiede l'*equilibrio stabile*, non vi è legalità amministrativa senza equilibrio tra le parti, non vi è equilibrio tra le parti senza legalità, l'equilibrio del procedimento è stabile perché esso è vincolato nella legge, così determinandosi la correttezza nella fisiologia del procedimento. Quest'ultimo, si ritiene, non vada interpretato unicamente come *mezzo-scopo* per creare il provvedimento finale, ma, altresì, come *mezzo-verifica* della liceità dell'*agere* amministrativo, rappresentando il crocevia tra P.A. e cittadino, dove si intrecciano interesse pubblico¹⁹ e interesse privato. Ritengo, conclusivamente, che «*quella procedimentale è una relazione a due, dove chi amministra e chi è amministrato non sono distinguibili, è questa la relazione procedimentale, fondata sulla reciprocità anche se a prima vista potrebbe non sembrare così*». Da ciò discende che all'interno del procedimento la relazione tra responsabile e cittadino è fondata sulla compartecipazione, definita, appunto, «*relazione procedimentale*»²⁰.

19 Sul punto, G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati tra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, 1305.

20 Sulla partecipazione procedimentale, S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. Giur.* 1970, 25; A. CORPACI, *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 201.

4. Elasticità e irreversibilità delle situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e del cittadino

Prima di procedere all'analisi sulle situazioni giuridiche soggettive, occorre accennare al principio di materialità (sul punto si ritornerà approfonditamente nel paragrafo successivo). Esattamente, cos'è la materialità amministrativa? Questa è l'aspetto concreto, pratico, di ciò che si manifesta ai sensi, quindi è percepibile con i sensi, più precisamente si traduce la volontà della P.A. nella materialità del provvedimento. Quest'ultimo è manifestazione di volontà avente rilevanza esterna, proveniente dalla P.A. (la volontà della P.A. si materializza nell'atto compiuto dal funzionario amministrativo) nell'esercizio della sua attività indirizzata a soggetti determinati ed in grado di apportare modificazioni unilateralmente nella sfera giuridica degli stessi; in effetti il provvedimento esprime una *forza giuridica* tale da costituire, modificare, espandere, comprimere o sopprimere la situazione giuridica soggettiva del destinatario. Tale ultimo profilo si salda, ora, con le riflessioni in tema, infatti, di situazioni giuridiche soggettive e sull'influenza di taluni casi che su di esse possano avere.

Entrando nel merito, la posizione giuridica del *cittadino-istante*, si espande, ad esempio, se egli ottiene una autorizzazione²¹, o, viceversa, si contrae se egli è attinto da un provvedimento amministrativo, ad esempio, di occupazione temporanea, in tale ipotesi si è elaborato il concetto di *elasticità* della posizione giuridica soggettiva, su tale nuovo concetto qualche ulteriore chiarimento appare opportuno. Nella specie, lo stesso termine elasticità indica la mutevolezza (temporanea) della situazione giuridica soggettiva, quest'ultima suscettibile di estensione o compressione a seconda del ricorrere di fattispecie che condizionino l'esercizio della situazione giuridica stessa. Orbene, poniamo, ora, l'esempio del diritto di guidare, in tal caso il privato dovrà eliminare un ostacolo lega-

21 Sulla nozione di autorizzazione amministrativa, G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 64 ss.; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, IIII, Torino, 1987, 59 ss.

le, per la cui rimozione è necessario un provvedimento autorizzatorio della P.A., il quale provvedimento, rimuovendo tale ostacolo, consente l'acquisto del diritto facendo espandere, (definitivamente e positivamente) la sfera giuridica del privato, precisamente attribuendo diritti, poteri e facoltà di cui lo stesso non era già titolare²²; in tale ipotesi non si ha elasticità ma una espansione *irreversibile* c.d. positiva²³ della situazione giuridica soggettiva. Un esempio fulgido di *elasticità* della situazione giuridica soggettiva, invece, si ha anche riguardo al bene (di proprietà del privato oppure della P.A.). In particolare mi riferisco al caso della occupazione temporanea disposta dalla P.A. (la quale temporaneamente avrà come vantaggio una dilatazione della sua posizione giuridica soggettiva) relativa al bene immobile del privato, la situazione giuridica soggettiva del cittadino sarà, in tal caso, temporaneamente compressa per poi riprendere la sua ampiezza primitiva al tempo dell'estinzione della misura, considerata la temporaneità del provvedimento, infatti, il bene sarà restituito dalla P.A. al proprietario. Di converso, poiché la situazione giuridica soggettiva (quindi, la situazione sostanziale di interesse) fa capo al soggetto ma anche all'ente, si potrebbe citare l'ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva compressa, questa volta, è della P.A.

Mi spiego, se consideriamo la spiaggia (bene pubblico²⁴) e la sua utilizzazione in concessione data dalla P.A. al privato imprenditore (in concessione agli stabilimenti balneari, quindi alle iniziative dei privati, concessione-contratto), ci accorgiamo che tale posizione, della P.A., è compressa fino a quando durerà tale concessione, la P.A., quindi, riprenderà la sua posizione giuridica soggettiva originaria (sul bene pubblico, spiaggia) allo spirare del termine di scadenza del

22 Con riferimento all'autorizzazione intesa come "rimozione di un limite legale", V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano editore, 1962.

23 L'espansione della situazione giuridica soggettiva è positiva o di vantaggio perché attribuisce un diritto.

24 Sul regime amministrativo dei beni, R. RESTA, *Beni pubblici*, in *Commentario del Codice civ.* diretto da Scialoja e Branca, 1946, 56 ss.; B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civ. ital.* diretto da Vassalli, Torino, Utet, 1953, 166 ss.

contratto. Dunque, quanto detto ci conduce al principio della *simultaneità bifasica temporanea delle situazioni giuridiche soggettive* (ELASTICITÀ-COMPRESSIONE), esso trova applicazione, precisamente, in tutti i casi in cui oggetto della situazione giuridica sia un bene, privato o pubblico. Precisamente, si ha simultanea elasticità-compressione delle situazioni giuridiche soggettive che fanno capo al cittadino e alla P.A., ad esempio, nel caso, appunto, di concessione balneare, come già detto. In particolare, in tale ultimo caso da un lato abbiamo la compressione della situazione giuridica della P.A., poiché essa si priva della disponibilità, temporaneamente, di un suo bene, ma, simultaneamente, si espande la posizione giuridica del privato giacché egli avrà un diritto di cui non disponeva precedentemente, tale situazione la definisco *effetto della coperta corta*. Allo stesso modo si consideri il caso della occupazione temporanea, in cui si comprime la situazione giuridica soggettiva del privato e si dilata la situazione giuridica soggettiva della P.A. la quale dispone, anche se temporaneamente, di un diritto o di una facoltà che prima non aveva; in parole semplici la simultaneità, appunto, comporta nello stesso istante di tempo la *dilatazione* e la *compressione* di due distinte situazioni giuridiche soggettive, ciascuna, però, al suo interno, composta di tre elementi, ossia SOGGETTI, BENE, LEGGE: i *soggetti* (P.A. e privato); il *bene* (pubblico o privato); la *legge* (equilibrio e tutela delle situazioni giuridiche). Esattamente, come già accennato poco prima, l'elasticità, come concetto, si ritiene trovi applicazione solo nei casi in cui le posizioni giuridiche soggettive considerate, subiscono *temporaneamente* una compressione e una espansione, infatti tendono a riacquistare l'ampiezza giuridica originaria.

Laddove si ha, viceversa, una soppressione e un ampliamento *irreversibili*, es. espropriazione per il privato oppure dismissione del bene demaniale per la P.A., non vi sarà elasticità (considerando il significato semantico del termine) ma si parlerà, semplicemente, di posizione giuridica soggettiva *irreversibile* negativa e positiva poiché si avrà una soppressione per un soggetto e, simultaneamente, un ampliamento per un altro soggetto, per effetto dell'acquisto di un di-

ritto; in tal caso si ha il principio che si ritiene definire *simultaneità bifasica irreversibile delle situazioni giuridiche soggettive* (SOPPRESSIONE-AMPLIAMENTO), in sostanza vi è la simultaneità della perdita e dell'acquisto di diritti da parte di due soggetti, pubblico e privato. L'esposizione che precede conduce a fornire la formula onnicomprensiva di *elasticità* della situazione giuridica soggettiva e di *irreversibilità* della stessa. In particolare: «*l'elasticità della situazione giuridica soggettiva è l'attitudine di essa a subire, temporaneamente, compressioni ed estensioni dall'esercizio dell'azione della P.A., riprendendo la primitiva ampiezza non appena si estingue tale azione pubblica; oppure la situazione giuridica soggettiva è irreversibile, se si amplia e si sopprime definitivamente nelle ipotesi di riconoscimento al privato o alla P.A. di un diritto*».

5. Il principio di materialità amministrativa (*nullum actum sine actione*) e la «causalità amministrativa»

Dopo aver chiarito gli effetti costitutivi, modificativi, espansivi, compressivi e soppressivi, a cui sono sottoposte le posizioni giuridiche soggettive del privato e dell'ente, possiamo, ora, concentrare l'attenzione sulla materialità della quale abbiamo solo accennato, come precisato, nel paragrafo precedente. In particolare, il nostro diritto amministrativo è un *diritto amministrativo del fatto*, in ossequio al concetto stesso di provvedimento. Orbene, il principio di materialità amministrativa, che in appresso mi accingo a spiegare, è una novità assoluta nel mondo del diritto amministrativo, esso prevede che la volontà della P.A. si estrinsechi nel mondo materiale, non essendo sufficiente, al riguardo, che essa consista in un mero stato soggettivo di volizione dell'amministrazione; dunque la materialità è requisito indefettibile ai fini della creazione del provvedimento, si potrebbe dire in una formula breve, *nullum actum sine actione* (nessun atto senza azione). Ne deriva che nessun cittadino può essere destinatario del volere della P.A. senza un provvedimento emanato da quest'ultima. L'impostazione data è, più precisamente, *corpocentrica* se consideriamo che non è sufficiente la mera intenzione della P.A., ma occorre, al contrario, che la volontà di quest'ultima sia munita, appunto, di *corporeità*, che chiamiamo provvedimento. Conside-

rando, allora, la materialità amministrativa nel senso precedentemente descritto, si ritiene di fornire una nuova formula di provvedimento in coerenza con il principio in esame. Esattamente il provvedimento amministrativo: «è la volontà della P.A. estrinsecantesi, materialmente, nel mondo esterno con forza giuridica costitutiva, modificativa, espansiva, compressiva o soppressiva di una situazione sostanziale di interesse di un privato, in vista di interessi generali». Il comportamento della Pubblica amministrazione si intende come attività materiale, da cui nasce il principio di materialità, ovvero come attività giuridica. Una statuizione priva di una veste esteriore non risulterebbe percepibile, non sarebbe idonea a raggiungere il suo obiettivo di disciplina dei rapporti sociali. Profilo che ben si lega al principio di materialità è il binomio *potere amministrativo – comportamento*. Il potere amministrativo si esplica mediante l'adozione di un provvedimento finale, si ritiene che vada chiarito un punto: azione amministrativa e provvedimento. Mi spiego, si potrebbe asserire che il provvedimento sia, in sostanza, l'*agere* amministrativo, in realtà bisogna con vigore affermare che il provvedimento non è null'altro che la derivata di tale *agere*, più precisamente, il provvedimento è il frutto dell'esercizio del potere pubblico e non l'esercizio. La materialità è la dimensione all'interno della quale un determinato profilo del rapporto tra P.A. e cittadino è in grado di influenzare la capacità della prima al fine di istituire, modificare o estinguere il rapporto giuridico.

Sono due le caratteristiche che devono essere considerate, ai fini della valutazione della materialità di un aspetto dell'attività amministrativa²⁵:

- a) se produce impatti significativi nella sfera giuridica del destinatario – cittadino;
- b) se può influenzare in modo sostanziale la posizione del privato.

25 Si veda M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss.; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss.; E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, 521 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa procedimento processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986, 720.

Determinare gli aspetti materiali del rapporto tra P.A. e cittadino è importante per identificare quali sono gli argomenti meritevoli di essere inclusi nel rapporto di *sostenibilità*. In base al principio di materialità nessuna azione della P.A. può considerarsi amministrativamente rilevante, senza un'azione od omissione che ne sia la causa! Quindi si scorge nel nostro sistema amministrativo un *sistema amministrativo oggettivo*, ossia del fatto materiale, dell'*agere* della P.A. che si estrinseca nel mondo esteriore ed è suscettibile di percezione sensoriale. In particolare, i *fatti amministrativi* consistono in un'attività di natura materiale, tecnica o intellettuale, compiuta da un organo della P.A. che avviene in conseguenza di un *atto amministrativo*²⁶, in particolare, il *fatto* evidenzia la centralità della indispensabile materialità. La materialità del *fatto amministrativo* può andare dalla estrinsecazione minima dell'inizio dell'azione (es. diffida) a quella intermedia della realizzazione dell'intera azione (decreto di esproprio) fino a quella massima della realizzazione dell'evento materiale (provvedimento di esproprio). Tale assunto si può inferire, implicitamente, dalla l. 241/90 laddove chiarisce che con il provvedimento amministrativo si concretizza e formalizza la volontà della P.A. su una data situazione o realtà. Solo le azioni esterne, dunque, e non anche gli atti interni (es. circolari) sono in grado di produrre danni, effetti sfavorevoli o effetti favorevoli a terzi. Le intenzioni interne della P.A. non producono effetti per alcun soggetto esterno, non ha corrispondenza con l'*agere* amministrativo l'esternazione di meri desideri²⁷. Da tale principio discendono due negazioni:

a) non è considerato provvedimento una mera intenzione (es. il proposito di espropriare un'area);

b) non è considerato provvedimento un'intenzione ancorché manifestata, finché non assurga agli estremi di atto o provvedimento amministrativo.

²⁶ Interessante sul punto è il contributo di F. SATTÀ, *Atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, Treccani, 1988, 9.

²⁷ Si suggerisce sul punto, P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè 1972; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce: Atto amministrativo*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, 756.

Si ritiene che il principio in parola affondi le sue radici proprio nelle variegate nozioni di atto amministrativo²⁸ che sono state nel tempo elaborate dagli studiosi, nelle quali l'uso della locuzione dichiarazione o *manifestazione di volontà* lascia, candidamente, intendere l'esclusione dalla sfera di atti e provvedimenti che, esaurendosi nell'alveo psichico della P.A., non trovano una corretta estrinsecazione nella realtà esterna. Il provvedimento amministrativo, dunque, deve necessariamente consistere di un elemento oggettivo (*materiale*) distinto dall'elemento psichico (*volontà*). Quanto all'elemento oggettivo, esso coinvolge necessariamente la condotta della P.A., nonché l'evento ed il nesso causale tra condotta ed evento, es. il provvedimento di esproprio. La volontà della P.A. di espropriare si materializza nel provvedimento, tale condotta è collegata all'evento (l'esproprio). Ebbene, potrei non essermi spiegato a dovere.

È possibile parlare di *causalità amministrativa* in ambito procedimentale? In breve, il procedimento amministrativo²⁹ rappresenta una successione di atti (at-

28 P.VIRGA, *Op. ult. cit.*; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, Giuffrè, 1958; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1901; O. RANELLETTI, A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. I, Torino, Utet, 1937, 1091 ss., ora in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, 155 ss.

29 Sui diversi profili inerenti il procedimento amministrativo, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 27; E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 70; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 94; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1993, III, 376; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5; F. PATRONI GRIFFI, *La l. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.*, 1993, III, 65; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della l. n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171; ID., *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528.

tenzione, però, non una successione qualsiasi, ossia una successione di atti slegati) necessariamente legati tra loro affinché il provvedimento si formi, la causalità amministrativa ne rappresenta il collegamento; il seme di tale causalità è nella continuità, che chiamiamo concatenazione. Quando affermiamo che la P.A. *agisce*, dobbiamo riferirci all'estrinsecarsi della volontà nella condotta, l'azione della Pubblica amministrazione è denotata quale modo di essere della stessa, di cui è conseguenza l'evento (espropriazione, autorizzazione, licenza ecc.). In particolare, un *fatto* rappresenta l'*atto* della P.A. in quanto un suo contegno sia causa dell'evento in cui il fatto si risolve, allora, la questione dell'azione della P.A. è, pertanto, questione della causalità amministrativa, ossia della P.A. come causa (non unica) di un evento; chiarisco meglio su tale ultimo punto.

Ritengo che una Pubblica amministrazione, da sola, non possa mai essere la causa di un evento, esattamente, se per causa si intende l'insieme di tutti gli elementi dai quali discende un fatto, di tale insieme la P.A. ne rappresenta un tassello, mi spiego. Posto il provvedimento di esproprio, nella causa vi rientrano le parti, ossia l'autorità espropriante, il beneficiario dell'espropriazione, il promotore dell'espropriazione e il proprietario che ha il terreno nel luogo da poter essere espropriato. Si ritiene, allora, che la causa di un evento sarebbe una sommatoria di vari elementi generatori di un fatto: *causa*, *presupposto* e *circostanza*. Quindi, applicando questi tre elementi all'esempio citato dell'espropriazione, si avrà:

- a) *causa* (interesse pubblico);
- b) *presupposto* (decreto di esproprio);
- c) *circostanza* (il terreno privato è nel luogo idoneo a essere espropriato).

Sotto il profilo definitorio la condotta della P.A., amministrativamente rilevante, è quella conforme al concetto di provvedimento amministrativo, la l. 241/90 fa riferimento al procedimento definendolo come una serie di atti tramite i quali la P.A. provvede a definire e manifestare la propria volontà. Dunque, perché un atto o provvedimento amministrativo sia perfetto ed efficace

deve essere emanato, è con l'emanazione che si materializza la volontà, il provvedimento è l'atto ultimo, la derivata delle sequenze della volontà che la P.A. pone in essere durante il procedimento. Nel diritto amministrativo non si avrà mai l'espropriazione nel caso in cui la P.A. voglia espropriare e non metta in pratica (decreto di esproprio) il suo proposito. Il diritto amministrativo interverrà solo nel caso in cui la P.A. *esterni*, di fatto, l'intenzione di espropriare.

L'atto amministrativo è ricostruito in base alla tendenza cui si ispira la moderna attività amministrativa: la *funzionalizzazione*, la quale si concretizza nel provvedimento amministrativo, quest'ultimo caratterizzato dalla manifestazione di volizione. Lo stesso esercizio dei poteri giuridici di supremazia rappresenta l'estrinsecarsi della generale potestà d'imperio della P.A. Corre l'obbligo di evidenziare che la materialità senza il provvedimento è inconcepibile, già a livello lessicale, senza l'atto o il provvedimento amministrativo, infatti, il discorso sulla materialità non ha una base strutturale. L'azione amministrativa, il rapporto del procedimento e l'atto del procedimento, costituiscono i tre pilastri della nostra disciplina. L'atto³⁰ del procedimento è l'espressione del movimento, del comportamento dei soggetti del procedimento, il responsabile del procedimento, il dirigente, il privato. Poiché costoro si muovono, agiscono, collaborano allo sviluppo del procedimento amministrativo, sorge la necessità di regolare, delimitare e collegare tali attività. Ciascuno dei soggetti indicati trae dalla legge diritti, facoltà, poteri, obblighi, oneri in relazione al procedimento. È naturale che per l'esercizio di tali diritti, facoltà, potestà e per l'osservanza di tali obblighi ed oneri occorra tenere un dato comportamento, esplicitare una certa attività, la quale si chiama attività o atto del procedimento. Posto che il provvedimento amministrativo dà vita concreta, incarna la volontà della P.A., quest'ultima esprime la volontà tramite l'uomo, perciò l'ente *si fa uomo*, l'ente si personifica, nel senso che la sua volontà si riflette nell'azione materiale dell'uomo, inteso come funzionario, dirigente, impiegato. Per la P.A., il responsabile e il provvedi-

30 Per approfondimenti U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Riv. di dir. pubbl.*, XXII, 1930, 349 e negli *Studi in onore di O. Ranelletti*, vol. II, 447.

mento sono mezzi per materializzare la volontà, attraverso gli atti amministrativi la P.A. *agisce*, si trasforma la volontà in atto pratico, dà esecuzione alla volontà, l'intenzione della P.A. si trasforma in *attuazione*; il provvedimento passa totalmente dalla probabilità alla realtà, entrando in questo modo nella vita dell'uomo! Se consideriamo anche la centralità del concetto di *funzione pubblica*, giova dire che in tale concetto rientra anche l'attività stessa della P.A., in particolare il tempo in cui viene esplicato il potere pubblico per materializzarsi nel singolo atto; allora, la condotta della P.A. sarebbe la *volontà* che si realizza, diventa materiale, si ritiene, pertanto, che *materialità* sia termine da preferirsi a quello di *esternazione* affermato in dottrina³¹. In particolare, l'interno volere della P.A. rimane sterile se non si manifesta esteriormente, questa manifestazione presuppone, in aggiunta, una conforme volontà interna dell'autore dell'atto, volontà della legge e volontà dell'esecutore devono coincidere (la coincidenza è data dal rispetto delle regole dell'azione amministrativa da parte del pubblico funzionario) infatti nei casi di non coincidenza si ha quello che ho definito nel § 3, *equilibrio degradato*. Per evitare che la materialità amministrativa possa essere amputata sotto taluni profili, occorre conglobare in essa le due speciali ipotesi che si conoscono di *provvedimento implicito* e *provvedimento tacito*. In particolare, come è risaputo, nel primo caso si ha un'eccezione alla regola dell'obbligo di manifestazione espressa di volontà, perché in tale ipotesi la volontà di desume implicitamente da una manifestazione precedente, *ergo*, vi è sempre la manifestazione; nel secondo caso, la manifestazione di volontà (accoglimento o diniego dell'istanza) è connessa allo spirare del termine per la chiusura del procedimento, secondo l'art. 20 della l. 241/90.

6. I motivi della creazione della posizione di garanzia del responsabile del procedimento nella teoria bifasica

Il problema della posizione di garanzia nasce dal fatto di stabilire se un soggetto sia incapace di apprestare da sé tutela al bene giuridico. Si ritiene che

³¹ L. MAZZAROLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi, 2001, 1470.

tale posizione sarebbe configurabile come il vincolo esistente tra responsabile del procedimento, quale soggetto garante, e la P.A. e il privato, questi ultimi non sarebbero in grado di tutelare da sé i propri beni. Se, viceversa, fosse possibile per tali soggetti apprestare una tutela per i propri beni, si avrebbe da un lato, per la P.A., una presunzione di legalità, dall'altro lato, per il privato, il suo interesse legittimo³² non si configurerebbe nella posizione inautonoma o dipendente che caratterizza la sua natura, ossia che l'utilità sperata cui tende l'interesse del privato dipende dalla intermediazione provvedimento della P.A. senza la quale lo stesso interesse legittimo non verrebbe ad esistenza, precisamente l'interesse legittimo sorge se sorge l'azione della P.A. Con riguardo a quest'ultima, dovremmo domandarci se essa sia in grado, allora, titolare del bene giuridico del buon funzionamento, di apprestare da sé tutela a tale bene. Ammesso che essa disponga di uno strumentario di poteri procedimentali tali da tutelare i propri beni (blindando la legalità e l'efficienza) risulterebbe difficile ammettere, allora, la necessità di creare la posizione di garanzia in capo al responsabile del procedimento, poiché l'amministrazione sarebbe in grado di tutelare i propri beni; in diritto amministrativo, però, il legislatore non ha previsto la figura della posizione di garanzia. Quindi, sarebbe lecito supporre una presunzione di legalità dell'azione amministrativa? Sarebbe sbagliato, non si potrebbe parlare di presunzione di legalità dell'azione amministrativa, precisamente non sarebbe, la P.A., in grado di tutelarsi, la tutela potrebbe essere apprestata in via giudiziaria

32 A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114; L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in «*Diritto processuale amministrativo*», n. 3, 2012, 850 ss.; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 469; ID., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7; G. VIRGA, *Interessi legittimi e diritti soggettivi: una distinzione ancora utile per conseguire una maggiore tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 540; E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, 377; S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del duemila*, in *Foro amm.*, 1990, 1907; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di dir. pubbl.*, 1949, 238; R. ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1953, 307; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro ital.*, 1939, IV, 1; E. CASETTA, *Diritti soggettivi e interessi legittimi: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611.

contro offese provenienti, *ab externo*, dai cittadini utenti. Viceversa, cosa accade quando l'aggressione ai beni della P.A. avviene, ancora più inquietante, dall'interno, ad esempio da parte del pubblico funzionario che assuma condotte corruttive oppure omissive? Appare chiaro che non si può attendere solo la pronuncia giurisdizionale, ma diventa necessario operare già nel procedimento, all'interno, prevedendo un soggetto che, appunto, sia garante proprio della legalità dell'azione amministrativa; la nascita del soggetto responsabile del procedimento ha sopperito a tale esigenza. Egli è il *dominus* del procedimento e soprattutto ha una *posizione qualificata*, è garante della pubblica amministrazione anche dalle lesioni penalmente rilevanti da parte di organi della stessa P.A. Allora, tale sarebbe la ragione, o meglio una delle varie ragioni, per riconoscere, a tutti gli effetti, la posizione di garanzia. E' la citata posizione qualificata del responsabile che gli attribuirebbe l'*appropriatezza* a fornire tutela alla P.A. avverso le fonti lesive che potrebbero generarsi in seno alla stessa amministrazione oppure dall'esterno, ad opera di un terzo. Si ritiene, allora, che l'importanza di tutelare le anzidette necessità, fondi il presupposto per il riconoscimento di una posizione di garanzia, viceversa (se non si ammettesse l'esistenza di detta posizione) potrebbe aleggiare sulla testa del legislatore lo spettro di una violazione della riserva di legge; definirei il responsabile del procedimento, in una formula breve, quale «*misura costituzionale di garanzia dell'azione pubblica*». Soffermando, aggiungo, l'attenzione sull'espressione scolpita nell'art. 6, l. 241/1990³³ «*adozione di ogni misura necessaria*», ritengo che proprio tale espressione sia la chiave di volta per rendere concreta la posizione di garanzia del responsabile, la funzione di garanzia è racchiusa nello stesso art. 6; il responsabile del procedimento è vincolato a tale articolo, come ad una formula matematica. Egli è il garante della corretta meccanica di tutte le sequenze del procedimento, anche mediante

33 Sul commento all'art. 6, l. n. 241/1990, G. CANAVESIO, *Il responsabile del procedimento*, in P. ALBERTI, G. AZZARITI, G. CANAVESIO, C.E. GALLO, U. QUAGLIA, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 31 ss.; G. BANTERLE, A. TRAVI, *Commento agli artt. 4, 5, 6 l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, 20 ss.

un'azione sinergica del lavoro dei diversi uffici nell'alveo della singola ed unitaria, appunto, catena procedimentale, è garante della correttezza e trasparenza nei confronti dei terzi, correttezza e trasparenza permeano la figura del responsabile del procedimento; il responsabile fa da *cinghia di trasmissione* tra P.A. e privato. Non si può non affermare che rappresenti un profilo indispensabile la garanzia di una lecita attività amministrativa e la cura degli interessi del privato, e, quindi, stabilire forme di responsabilità in capo ai soggetti pubblici agenti, tra i quali vi rientra il responsabile del procedimento.

La circostanza che esista un obbligo di tutela del bene protetto (buon funzionamento) e tenuto conto del fatto che il responsabile ha poteri *impeditivi*, potrebbe ciò, si ritiene, già essere più che sufficiente ad adempiere i presupposti previsti per la creazione di una posizione di garanzia. L'ipotesi in cui il responsabile del procedimento, con la sua azione, leda un interesse del cittadino e nel contempo crei un danno alla P.A. (entrambi sono persone offese dal reato) dimostrerebbe da parte del responsabile una *dolosa deviazione dell'attività amministrativa*³⁴ dai fini prefissati dalla norma attributiva del potere. Il rapporto di dipendenza tra responsabile e i titolari dei beni protetti (P.A. e privato), fa sorgere per il primo il vincolo di tutela del bene giuridico e fonda, così, la posizione di garanzia³⁵. Questo profilo è notevolmente interessante nella teoria bifasica, poi-

34 Quanto alle distinzioni tra attività amministrativa di diritto pubblico, attività amministrativa di diritto privato e attività privata della P.A., si veda l'interessante contributo di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Di dir. pubbl.*, III, 1938, 456.

35 Si ricorda che nei rapporti tra privati e responsabile del procedimento va sempre garantita l'osservanza del principio della tutela dell'affidamento incolpevole del privato, su tale principio si avvia il rapporto con la P.A. In particolare, la tutela del privato merita di essere salvaguardata in quanto la pubblica amministrazione, attraverso l'emanazione di atti o provvedimenti, si pone come fonte autorevole e quindi degna di fiducia e rispetto. Diventa fondamentale, allora, che tale funzione (la quale può avere conseguenze severe sulla parte debole del rapporto amministrativo) sia svolta con criterio e regole. La tutela dell'affidamento serve a evitare il verificarsi di situazioni in cui le indicazioni offerte dalla P.A., nella persona del responsabile, spingano il privato ad errare nelle scelte e nelle azioni, all'interno del procedimento, che altrimenti non avrebbe adottato, cagionandogli una lesione; il principio in esame rappresenta il modello ordinatore tra due posizioni di base: tutela della certezza del diritto e dell'art. 97 Cost., da un lato, e giusta cura del singolo nel caso concreto, dall'altro. Naturalmente si ripudia la pratica-

ché ci fa comprendere che il contegno criminale assunto dal responsabile del procedimento, nell'esercizio delle sue funzioni, è *bifasico*, ossia le persone offese sono la pubblica amministrazione e il privato, come già detto. La caratteristica di tale teoria è quella di evidenziare la circostanza che non esisterebbe una distinzione degli interessi tutelati tra P.A. e cittadino, ossia un interesse principale e un interesse secondario ma i due interessi coinvolti dall'azione criminale del responsabile, viceversa, poggerebbero sullo stesso piano, perché se si pone la distinzione tra i due interessi, attribuendo agli stessi pesi specifici differenti, diventa consequenziale il differente trattamento protettivo, quindi vi saranno casi in cui l'uno trova tutela e l'altro ne è sfornito. Allora, ne conseguirebbe una necessaria concezione *ampia* dei soggetti passivi *essenziali* del delitto (corruzione, rifiuto e omissione di atti d'ufficio³⁶ ecc.) ossia l'amministrazione pubblica e il privato. Dunque, la teoria bifasica ha un carattere *generale*, precisamente trova applicazione per tutte le condotte criminali, indistintamente realizzate, del responsabile del procedimento contro la P.A. e contro il cittadino, e non, viceversa, una portata ristretta ossia solo per uno o alcuni dei reati contro la pubbli-

bilità della tutela del legittimo affidamento nell'ipotesi in cui il privato abbia consapevolezza dell'evidente infondatezza del contenuto dell'atto emesso dal responsabile, poiché la buona fede è concetto da applicarsi tanto alla condotta della P.A. quanto a quella del privato. La tutela dell'affidamento, in sintesi, si risolve in un dovere di *non contraddizione*, poiché il privato si affida alla P.A. (responsabile del procedimento) attendendo determinati risultati. Inoltre, il principio di buona fede nelle relazioni tra privato e P.A. ha carattere *bifasico*, perché comporta obblighi di condotta, come detto, anche per il privato. La teoria bifasica tiene conto, dunque, anche del profilo della buona fede, evidenziando come si garantiscano maggiormente l'economicità, l'efficacia e l'efficienza nella cura e realizzazione dell'interesse pubblicistico. Le relazioni tra P.A. e cittadino si fondano sulla collaborazione e buona fede, come insegna la *regola d'oro* sul procedimento, ossia la legge 241/90 la cui operatività è *bifasica* nel prevedere reciproci obblighi di correttezza gravanti sui due soggetti all'interno del rapporto amministrativo.

Sul carattere bilaterale (si ritiene definire, invece, *bifasico*, in coerenza con il concetto di *bifasicità* esplicitato nel § 1 del presente saggio) del principio di buona fede nel rapporto tra privato e P.A., degna di nota è la sentenza del Cons. Stato, 8 settembre 2022, n. 7843 con la quale è stato affrontato il tema della "bilateralità" del principio di buona fede, fonte di obblighi di correttezza e leale collaborazione sia in capo alla P.A., sia in capo al privato nei cui confronti si esplica l'attività amministrativa.

³⁶ Si veda F. TAGLIARINI, *Omissione di atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 60 ss.

ca amministrazione. La teoria bifasica, che affonda le sue radici nella posizione di garanzia, si applica tutte le volte in cui il responsabile assuma un *contegno bifasico* o a *doppio danno*, come già detto, ossia lesivo del bene della P.A. e del bene di cui è titolare il privato; il responsabile del procedimento va considerato, nella commissione del reato, come soggetto posto al centro tra P.A. e cittadino. Mediante il procedimento i principi di buon andamento e di imparzialità, *ex art. 97 Cost.*, si concretizzano (assieme ad essi anche altri principi scolpiti nella l. 241/90, efficienza, efficacia, pubblicità e trasparenza sui quali si fonda l'agire amministrativo),³⁷ non tralasciando la indispensabile necessità che il procedimento deve essere giusto. Il cittadino è sempre più coinvolto all'interno del procedimento, egli collabora attivamente alla formazione del provvedimento finale, senza subire passivamente le decisioni della P.A., come avveniva in passato. Il responsabile deve soddisfare le esigenze dei consociati, egli non deve assolutamente assumere condotte che compromettano la sua credibilità e quella dell'amministrazione pubblica, ragione per cui è importante indagare sul *come* il responsabile utilizzi il potere attribuitogli. Ecco un esempio chiarificatore: si ponga il caso in cui il privato cittadino presenti alla pubblica amministrazione un esposto, al fine di ottenere la chiusura di un'attività di ristorazione, poiché si duole in merito a fatti violativi delle norme amministrative in tema di inquinamento atmosferico e violazione di norme del regolamento edilizio in relazione alla costruzione di una canna fumaria, e il responsabile del procedimento, durante l'attività procedimentale, si lasci corrompere dal ristoratore che ha interesse, evidentemente, all'insabbiamento di tale esposto. Nell'esempio citato, sarebbero lesi, a seguito dell'azione criminosa del responsabile, la P.A., per violazione dei principi dell'azione amministrativa, principio di legalità, art. 97 Cost.,

³⁷ Per una maggiore riflessione, non solo in punto di ordinamento interno, 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. com.*, 2002, 425 ss.

buon andamento e imparzialità³⁸ e il privato che ha presentato l'esposto, per lesione dell'interesse legittimo e lesione del principio dell'affidamento³⁹.

Quindi, più incisivamente: «*l'interesse legittimo è tutelato in connessione e/o in occasione con la tutela dell'interesse pubblico, nella sfera delle relazioni intercorrenti tra privato e P.A. in considerazione del controllo del potere esercitato da quest'ultima; perciò anche il privato, come la P.A., sarebbe parte offesa nel caso di danno*». Precisamente, si avrebbe la verifica di un danno, ogniquale volta il responsabile del procedimento ponesse in essere, nell'esercizio della sua funzione, una condotta bifasica illegittima dalla quale, appunto, derivi una doppia lesione: al bene della vita, (meritevole di tutela dall'ordinamento giuridico ed al quale si collega l'interesse legittimo⁴⁰) e al principio di legalità, di cui all'art. 97 e ss. della Carta fondamentale. La condotta criminosa assunta dal responsabile del procedimento, sia essa consistita nella corruzione, omissioni di atti d'ufficio, è plurioffensiva, infatti è la stessa plurioffensività a dare vita alla teoria bifasica, in considerazione del fatto che i reati commessi contro la P.A da parte del responsabile, offendono, da un lato, l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa e, dall'altro lato, l'interesse legittimo dei singoli cittadini. Si ritiene, quindi, che le norme di tali fattispecie incriminatrici debbano ricevere una maggiore interpretazione, più ampia, nel senso che ove poste in essere si debbano considerare quale presidio di ognuno di essi (bene della P.A. e bene del privato)⁴¹.

38 Per un esame approfondito della cornice costituzionale P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, IV, Padova, Cedam, 1958, 25; L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5576 ss.; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè 2006, 2934 ss.

39 Quanto ai principi amministrativi, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

40 Si veda, L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 302 e ss.

41 Ad esempio, nei delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) si lede la P.A. ma anche l'interesse del privato in conseguenza dell'omissione dell'atto amministrativo dovuto; la concussione (art. 317 c.p.) offende la libertà morale della vittima e il prestigio della P.A., tale reato è bioffensivo poiché lede l'interesse del cittadino a non subire danno in conseguenza dell'abuso di potere del pubblico ufficiale, e lede, altresì, l'interesse pubblico al normale funzio-

Posta tale visione *olistica* della tutela dei beni, la teoria è bifasica proprio perché fa riferimento al doppio danno (per il privato e per la P.A.) e alle violazioni delle due posizioni, di *controllo del rapporto* tra P.A. e cittadino⁴² e di *protezione dei beni* di entrambi i soggetti. Occorre domandarsi: qual è l'effettiva posizione del destinatario del danno? In sostanza, possiamo parlare di persone offese dalla condotta del responsabile del procedimento? Vediamo nello specifico. Nella condotta criminosa del responsabile del procedimento, possiamo individuare due soggetti: colui che trae vantaggio dal reato (responsabile del procedimento, es. corruzione); colui o coloro che subiscono il danno (P.A. e privato). Preciso che per danno non si intende solo quello patrimoniale, poiché il danno può derivare anche da qualsivoglia contegno del responsabile determinante un *vulnus* all'ambito della personalità, per il privato, e, ai principi che regolano l'azione amministrativa, per la P.A. (danno all'immagine e lesione alla credibilità dell'azione amministrativa); punto nevralgico del tema in rassegna è anche il danno. Con riferimento a tale ultimo concetto appare necessario indagare sui beni giuridici⁴³ dell'amministrazione pubblica e del cittadino, precisamente i beni che potrebbero essere lesi dal responsabile del procedimento, attraverso la sua azione illecita (es. corruzione⁴⁴), sono il buon andamento e l'imparzialità della P.A. La pubblica amministrazione (considerando il bene giuridico tutelato) è persona offesa; e il privato? Relativamente a quest'ultimo, occorre operare, come già detto poco prima, una riflessione interpretativa estensiva in tema di danno, nel senso di includere nella sfera della persona offesa dal reato, insieme alla pubblica amministrazione, anche il privato. L'ordinamento amministrativo tutela la legalità dell'azione amministrativa, poiché essa rispon-

amento e al prestigio dell'amministrazione pubblica, perciò si ritiene utilizzare il concetto *bifasico*.

42 Si veda, E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 3.

43 Sul punto, si segnala l'interessante contributo di M. CATENACCI, *Bene giuridico*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, Giuffrè, 2006, 671 ss.

44 Si veda, E. CONTIERI, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, v. I, 1958, 187; M. SCARDIA, *Abuso di autorità e rifiuto di atti di ufficio*, in *Giust. pen.* 1951, II, 484.

de al raggiungimento del fine pubblicistico. In particolare, nel delineare tale fine si dovrebbero conglobare anche gli interessi del privato e della sua posizione giuridica soggettiva, quest'ultima, infatti, nell'ipotesi in cui non sia confinata ad integrare interessi strumentali, (presidiati solo nel procedimento, individuandosi nella richiesta di conservazione del bene della vita), come già detto nel § 1 del presente contributo, in realtà riceve protezione dall'ordinamento amministrativo. Ritengo, segnatamente: *«posto che il procedimento amministrativo ha la funzione precipua di garanzia dell'interesse del cittadino, dal quadro che precede si potrebbe inferire che anche il diritto penale, al fine di presidiare la legalità dell'agere amministrativo, non possa non considerare la lesione alla situazione sostanziale di interesse del privato come persona offesa, a latere alla P.A.»*. In tal modo il privato avrà tutto il diritto di opporsi contro una eventuale archiviazione della pubblica accusa, allora ci si potrebbe domandare: perché considerare il privato persona offesa alla stessa stregua della P.A.? Il motivo di tale equiparazione è da ricercare nella cornice costituzionale (precisamente i diritti del privato presidiati costituzionalmente); in buona sostanza egli ha tutto l'interesse a non vedere intaccati i suoi diritti costituzionali garantiti, diritti riconosciuti a tutti i consociati nei riguardi della P.A. Allora, il danno è bifasico poiché la lesione riguarda beni della P.A. e del privato, *ergo*, vi sarebbe una plurioffensività che permea la stessa teoria bifasica la quale, appunto, trova il proprio fondamento nella condotta bioffensiva del responsabile. Tanto precisato è possibile, agevolmente, desumerlo dalla stessa *ratio* della teoria in esame, ossia la *bifasicità* della tutela del buon andamento della P.A. e del cittadino dalle prevaricazioni del pubblico ufficiale infedele; esisterebbe, in sostanza, una *convergenza* tra il bene della P.A. e l'interesse del cittadino, i due interessi non sono distanti. In particolare, il *vulnus* inferto ai beni della pubblica amministrazione *concorrerebbe sempre* con la lesione inferta ai diritti del privato, i quali ricevono tutela dalla l. 241/90. In definitiva, i due interessi pubblico e privato (rispettivamente, buon funzionamento della P.A. e interesse del privato) dovrebbero essere tutelati simultaneamente, di conseguenza se il priva-

to patisce un danno egli diventa persona offesa dal reato (commesso dal responsabile del procedimento) assieme alla pubblica amministrazione, allora potrebbe legittimamente resistere, come già detto, alla richiesta di archiviazione del p.m.; l'interesse del privato, rispetto a quello della P.A., non è *figlio di un dio minore*. Appare utile, peraltro, proprio a conferma di quanto detto, sottolineare la circostanza che i beni della P.A., quali l'imparzialità e il buon andamento, appartengono a un gruppo di individui, a tutti i cittadini, quindi non vi è l'intestazione di essi ad un soggetto passivo ben determinato. Esattamente, tale fascio di beni (a tutta prima appare appartenere, per natura, solo alla P.A.) si inquadra in capo a ciascun consociato; quest'ultimo è titolare di tali diritti nei riguardi della stessa pubblica amministrazione. Come chiarito nelle pagine precedenti in merito alla figura del responsabile del procedimento, egli è, precisamente, all'interno del procedimento, collocato tra due fuochi, Pubblica amministrazione e cittadino, perciò, come già evidenziato, la norma penale in tema di danno dovrebbe essere interpretata *estensivamente* al fine di comprendere in un'unica sfera protettiva la P.A. e il cittadino, perché sono entrambi vulnerati. Inoltre, l'ingiustizia del danno dovrebbe configurarsi ogniqualvolta vi sia l'inosservanza di doveri *giuridici* e *non giuridici* (violazione di norme metagiuridiche, ad es. norme sull'opportunità e convenienza⁴⁵) da parte del responsabile, prescindendo dalla fonte. Quanto si precisa in appresso, rappresenta un passaggio importante ai fini della configurabilità della persona offesa nel privato e la conseguente sua impugnazione all'archiviazione, sotto il profilo processuale, in particolare, non sarebbe peregrina l'ipotesi che il danno possa essere cagionato anche dall'inosservanza di *obblighi di condotta* cui il pubblico dipendente deve osservare. Si consideri, ad esempio, il responsabile del procedimento che accetti una somma di denaro per avvantaggiare, in una gara d'appalto, una ditta.

45 Si veda, G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 131 ss.; V. OTTAVIANO, *Merito*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1964, 575 ss.; G. VACIRCA, *Riflessioni sui contenuti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1983, 1600 ss.

Tale condotta, indubbiamente, configura la fattispecie di corruzione, ma realizza, altresì, un illecito disciplinare; sarebbe, allora, anche questa circostanza a far assumere al privato, sempre e comunque, a prescindere dal reato e dalla natura della regola violata, la veste di persona offesa. Avverto, tuttavia, che per poter considerare la configurabilità dell'ingiustizia, è necessaria la causalità, che consideri la concreta funzione esplicita dal procedimento amministrativo e, in senso largo, lo scopo della sua disciplina. Posto che la teoria bifasica opera su due fasi: quella garantista per il privato e quella dell'efficienza dell'esercizio del potere della P.A., giova porsi il seguente quesito: quando il responsabile del procedimento può dirsi titolare della posizione di garanzia? Si ritiene che il responsabile versi nella posizione di garanzia tutte le volte in cui ha l'opportunità, con la sua azione, nel procedimento, di dominare il suo *iter* e dunque gli eventi dannosi per gli interessi della P.A. e del privato, indirizzandoli verso uno sviluppo *impeditivo* della lesione per essi (es. il responsabile, in caso di tentata corruzione da parte di un terzo potrebbe, per avvantaggiare sé e il corruttore, respingere l'istanza di un cittadino ma non lo fa). In tale ultimo esempio, ha impedito, il responsabile, che il terzo lo corrompesse e quindi che si potesse creare un *vulnus* bifasico agli interessi della P.A. e del privato istante. La posizione del responsabile del procedimento ha struttura, quindi, bifasica, più precisamente, caratterizzata non solo da una condotta di *controllo* imposta *ex lege*, ma anche da una condotta di *protezione* duplice (i principi della P.A., buon andamento, imparzialità e l'interesse legittimo del privato), quindi la risposta bifasica consiste nel controllo del rapporto P.A.- privato e nella protezione dei principi dell'azione amministrativa e dell'interesse del cittadino, la posizione di controllo implica l'esistenza, in capo al responsabile del procedimento, di una situazione di dominio; egli ha la signoria sull'agire amministrativo. Se consideriamo l'imparzialità⁴⁶ dell'azione amministrativa vediamo che essa fa parte di ciò che definisco, per usare un termine impiegato in medicina, *tripode vitale*, assieme alla legalità e al

46 G. MANFREDI, *Principio di imparzialità e riordino dell'amministrazione per collegi*, in *Dir. amm.*, 1996, 89.

buon andamento. Più precisamente, affinché la P.A. agisca nel soddisfacimento assoluto dell'interesse pubblico⁴⁷, è necessaria la coesistenza e il rispetto dei tre principi; utilizzo l'espressione tripode vitale perché necessariamente i tre principi saranno rispettati o violati contemporaneamente, ciò è dato dal collante che avvolge tali principi, se non si rispettasse solo l'imparzialità, automaticamente l'inosservanza di tale principio travolgerebbe anche il buon andamento⁴⁸ e l'illegalità, *simul stabunt, simul cadent*. Ebbene, il presente paragrafo fa un esplicito riferimento alla posizione di garanzia del responsabile del procedimento, allora occorrerebbe, altresì, domandarsi: è corretto ipotizzare una posizione di garanzia "anticipata", nell'alveo della l. 241 del 1990? Per rispondere occorre considerare la l. n. 190 del 2012 (in particolare l'art. 6 *bis* introdotto nella l. 241/90 ad opera del co. 41, dell'art. 1, l. 190/2012). La *ratio* di tale intervento è quella di agire in chiave preventiva, anche a livello "potenziale", sulle azioni dell'uomo colorate da corruzione, cristallizzando un dovere giuridico di inibire al responsabile del procedimento, e i titolari degli uffici, di insinuarsi in qualunque segmento del procedimento, in questo modo si è voluto estirpare alla radice il comportamento volto a contaminare il processo decisionale. E qui gioverà notare, a riferma di quanto si è innanzi dimostrato, come il legislatore, in tale caso, abbia voluto tenere a freno qualsivoglia preferenza per non vulnerare l'imparzialità, tale ultima riflessione, *a fortiori*, ci fa comprendere come la posizione di garante del responsabile sorga già prima della nascita del procedimento, per cui si potrebbe parlare, almeno nel caso di corruzione, di *anticipazione della posizione di garanzia*. La teoria bifasica considera che la posizione del responsabile è caratterizzata non solo da una condotta commissiva ma anche omissiva (di violazione non solo di precetti costituzionali ma anche violazione della normazione ordinaria, l. 241/90), la posizione di protezione è concentrata, appunto, sulla

47 Quanto alla individuazione dell'interesse pubblico nell'interesse della collettività F. BARTOLOMEI, *Contributo ad una teoria del procedimento ablatorio*, Milano, Giuffrè, 1962.

48 Si veda, A. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 1988, 53.

protezione che il responsabile deve garantire agli interessi della P.A. e del privato; il responsabile assume un *dovere di condotta*.

7. La successione nella posizione di garanzia tra responsabile del procedimento e organo adottante il provvedimento

Se si considera l'art. 4 e ss. della l. 241/90 si intuisce, *d'emblée*, che la *ratio* perseguita dal legislatore è di far ben comprendere al destinatario dell'azione della P.A. il soggetto responsabile nell'ipotesi di lesione delle proprie ragioni, con l'ulteriore possibilità che se manca l'individuazione del responsabile assumerà le funzioni il dirigente dell'unità organizzativa; la posizione di controllo ha lo scopo di preservare taluni beni giuridici da tutti i pericoli che possano, effettivamente, minacciare l'integrità in maniera indipendente dalla fonte da cui derivano. Il controllo deve paralizzare le fonti pericolose, per garantire l'integrità dei beni giuridici minacciati, es. il dirigente dell'unità organizzativa impedisce che il responsabile del procedimento commetta omissione in atti d'ufficio. Nella sfera della posizione di controllo, si potrebbe individuare la posizione di garanzia che ha ad oggetto l'impedimento da parte del dirigente di azioni criminose poste in essere da parte del responsabile del procedimento. Tutto quanto detto in precedenza, posizione di controllo e di garanzia, è individuabile quando l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale sia diverso dal responsabile del procedimento. A questo punto, procediamo con ordine in relazione a due ipotesi:

A) è possibile inquadrare il fenomeno della *successione nella posizione di garanzia*? C'è trasferimento di responsabilità? Esiste la solidarietà tra i garanti? Si ritiene di sì. Precisamente, la novella legislativa del 2005 (l. n. 15/2005) ha disposto che nel caso in cui il responsabile del procedimento (che chiamiamo, primo garante) sia diverso dal titolare della competenza all'adozione dell'atto finale (che chiamiamo, secondo garante) quest'ultimo dovrà considerare i risultati istruttori posti in essere dal primo, tra l'altro si prevede, altresì, che se il secondo garante volesse assumere una posizione, in termini valutativi, differente

dal primo, dovrà indicare le motivazioni nell'atto conclusivo (lett. e), co. 1, art. 6, l. 241/1990. La risposta al quesito poc'anzi posto, risiede proprio nell'ultimo tratto della riflessione, in particolare si ha un criterio di successione tra il primo responsabile e il secondo, un evidente trasferimento di responsabilità in capo al soggetto titolare della competenza finale (adozione del provvedimento). Diciamo che tra primo garante (responsabile) e secondo garante (organo che adotta l'atto finale) esiste un rapporto interorganico; si ritiene che proprio tale rapporto crei l'ipotesi di successione nella posizione di garanzia, perché le funzioni intestate al responsabile comprimono o, comunque, condizionano notevolmente la deliberazione dell'organo decidente, ciò dimostra l'esistenza della correlazione tra le condotte dei due garanti. Sarebbe, allora, lo stesso art. 6, l. 241/90 a prevedere la traslazione della responsabilità nella posizione di garanzia, dal responsabile del procedimento al soggetto deputato ad adottare il provvedimento. La successione nella posizione, si ritiene, si verificherebbe solo nel caso in cui il secondo garante, ossia chi adotterà il provvedimento finale, non si discosti dalle risultanze istruttorie del primo garante, è questa circostanza che, a mio avviso, farebbe sorgere la *solidarietà tra i garanti*, sul piano causale, tra le risultanze del primo e il provvedimento finale del secondo. Se, viceversa, il secondo garante si discostasse dalle risultanze istruttorie del primo, quindi assumerebbe una valutazione differente, si spezzerebbe, in un certo senso, la continuità perché si avrebbero due differenti visioni; allora, si ritiene che la solidarietà tra i garanti debba riguardare solo *visioni omogenee*, quanto ai risultati istruttori;

B) la fonte dell'obbligo di controllo e di garanzia per il dirigente è l'art. 5 della l. 241/90, poiché è il dirigente che individua il responsabile del procedimento. Il dirigente intesta la responsabilità istruttoria e di tutti gli adempimenti inerenti il singolo procedimento nonché, eventualmente, l'adozione del provvedimento finale. La questione è la seguente: si potrebbe configurare la posizione di garanzia del dirigente per i reati commessi dal responsabile del procedimento? Su tale questione potrebbe configurarsi un *concorso omissivo* (del dirigente)

nell'altrui (responsabile del procedimento) *reato commissivo*. Discenderebbe, in sostanza, l'obbligo per il dirigente di provvedere alla salvaguardia del principio di legalità amministrativa, *ex art. 97 Cost.*, nell'ipotesi di attività illecita (corruzione) commessa dal responsabile del procedimento. Allora, l'obbligo per il dirigente sarebbe di “*controllo*”, poiché previsto in funzione dell'esigenza di imbrigliare la potenzialità lesiva della condotta del responsabile del procedimento, il quale, a causa della sua qualifica all'interno del procedimento, potrebbe essere considerato fattore di rischio per gli interessi pubblici.

La posizione di garanzia è configurabile come il vincolo esistente tra un soggetto garante, responsabile del procedimento, ed un bene giuridico ossia l'interesse legittimo⁴⁹ collegato al bene della vita del cittadino, quest'ultimo è incapace di proteggerlo autonomamente. Come detto precedentemente, anche la P.A., si ritiene, non sarebbe in grado di provvedere alla tutela dei principi regolatori della sua azione, il responsabile del procedimento, allora, ha una veste bifasica *interna*, poiché egli si pone come soggetto cui è affidata la funzione organizzatrice e direttrice dell'istruttoria⁵⁰, vigila sulla regolarità dei passaggi intermedi endoprocedimentali (è garante della trasparenza e dell'efficienza dell'azione amministrativa, attraverso la figura del responsabile si soddisfano due fini, art. 97 Cost. e art. 28 Cost.⁵¹) ed *esterna* poiché è interlocutore e riferimento per i soggetti interessati. Egli, attraverso il procedimento, entra in contatto con il cittadino, è, per tutti gli interessati al procedimento, la stella polare, su di esso grava, da un lato, il peso dell'inosservanza dei termini prescritti dalla legge per

49 Per maggiori approfondimenti F. BASSI, *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994, 107; V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. e società*, 1989, 565; E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611.

50 Sul punto, R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 623 ss.; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.

51 F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986, 41.

la conclusione del procedimento, e, dall'altro lato, la gestione delle relazioni sia con i privati che con gli altri soggetti pubblici, anche appartenenti, questi ultimi, a diverse amministrazioni. Inoltre, all'obbligo giuridico del responsabile del procedimento di impedire l'evento, deve aggiungersi l'esistenza di *poteri fattuali*, ossia idonei a porre in essere strumenti atti ad aggirare l'evento, si ritiene, allora, che il responsabile sarebbe privato, per le ragioni esposte, dell'impermeabilità alla responsabilità. Poniamo a confronto due ipotesi, X e Y, al fine di confutare un eventuale ripudio alla creazione di una posizione di garanzia in capo al responsabile del procedimento. Orbene, nell'ipotesi X, si potrebbe affermare che il responsabile del procedimento, non possa rispondere dell'evento se, pur garante, non abbia la possibilità di influenzare il moto degli eventi. Rispondo. In realtà egli dispone di poteri impeditivi, quindi può influenzare tale moto; viceversa, nell'ipotesi Y, si potrebbe sostenere che il responsabile del procedimento, pur disponendo di tali poteri impeditivi, in realtà mancherebbe per lui un obbligo di intervento per modificare tale moto, egli, quindi, non risponderebbe. A tale affermazione segue una risposta sintetica: il responsabile ha, in realtà, l'obbligo di intervenire. Da quanto detto si è dimostrata l'esistenza dei poteri impeditivi e dell'obbligo di intervenire. Allora, le risposte alle due ipotesi (X e Y) ritengo costituiscano la prova del nove, poiché vi è la verifica dell'esistenza delle condizioni per riconoscere la posizione di garanzia. Insomma, attraverso il raffronto delle due ipotesi citate, oltre a considerare tutto quanto detto nel presente lavoro, non sarebbe errato ammettere la creazione della titolarità della posizione di garanzia in capo al responsabile se si considera, in particolare, la prova dell'esistenza dei semi generatori di detta posizione, ossia i poteri impeditivi e l'obbligo di intervenire; la conseguenza sarebbe la punibilità, nel caso di effetti negativi sul provvedimento finale, *ex art. 40 c.p.*, del responsabile del procedimento nell'ipotesi in cui ometta di intervenire sulla condotta di altri soggetti implicati (*concorso causale*) nei cui confronti, viceversa, avrebbe potuto azionare poteri di sollecitazione, finanche la sostituzione.

Esattamente, l'intervento è *bifasico*, ossia diretto e indiretto, poiché il potere di impedire si concreta, da un lato, nell'intervento (diretto) di chi ha l'obbligo e, dall'altro lato, come detto poco fa, nello stimolare l'azione di un altro soggetto (indiretto). L'art. 40, co. 2, c.p., impone in capo al garante l'azione impeditiva; in pratica l'obbligato ha la capacità di ostacolare l'avveramento di una offesa in virtù del potere che si traduce nel dovere di intervento ostativo, ed è proprio tale dovere che porterebbe il responsabile del procedimento a sostituirsi nella protezione degli interessi di altri soggetti. Il potere ostativo ha funzione *bifasica* nell'alveo della responsabilità commissiva per omissione, in pratica, per un verso, attribuisce al garante la capacità ad ostacolare il *vulnus* e, per l'altro verso, confina il contegno che da egli si esige. Si badi bene, le conseguenze negative sul provvedimento finale sono una circostanza di non poco conto, in termini di necessaria lesività (offensività). Sicché, quando il responsabile del procedimento amministrativo risulti omissivo nell'intervenire sull'operato di altri soggetti, concorrendo in tal modo a produrre effetti pregiudizievoli sul provvedimento finale, si ha offensività; viceversa, l'omissione del responsabile, pur concretizzatasi, risulterà non lesiva allorché abbia riguardato un atto, compiuto da altri nel procedimento, di scarsa importanza ai fini del risultato conclusivo. Tali deduzioni (concernenti la veste di garante della *giustizia* dell'azione amministrativa acclarata in capo al responsabile del procedimento dalla normativa amministrativa) sarebbero corrispondenti con le osservazioni relative alla veste del soggetto qualificato nella sfera dei *reati propri*, ossia la sua particolare capacità di presidiare il bene giuridico considerato.