

Articoli e Saggi

L'amministrazione come ostacolo

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Impostazione del tema e delimitazione dell'ambito dell'indagine. – 2. Amministrazione/ostacolo o amministrazione/esecutrice di norme “confuse” che ostacolano? Il “contesto” come ostacolo. – 3. Ancora sugli ostacoli di “contesto”: la proliferazione dei poteri e l'amministrazione “indolente”. – 4. Gli ostacoli alla concorrenza, al pluralismo, alla democrazia, all'eguaglianza e alla legalità. – 5. L'amministrazione come ostacolo alla fruizione di diritti. – 6. Un caso particolare, ma molto delicato: il ritardo nei pagamenti. Ancora sulla lesione del valore della fiducia. – 7. La “presenza” dell'amministrazione come ostacolo. – 8. Soluzioni ipotizzabili e soluzioni tentate: impostazione del tema. – 9. Alcune ulteriori e possibili soluzioni. In particolare: il tema della trasparenza. – 10. Osservazioni conclusive.

1. Impostazione del tema e delimitazione dell'ambito dell'indagine.

Il tema della semplificazione è costantemente e saldamente inserito nell'agenda degli esecutivi che si succedono nel corso degli anni e, di conseguenza, costituisce un obiettivo anche di molte tra le fonti più recenti che quei programmi hanno tentato di attuare e incarnare, con risultati non sempre esaltanti. Basti citare, da ultimo, il d.l. 5 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo (convertito, con modificazioni, nella l. 4 aprile 2012, n. 35) e contenente una congerie di norme, anche molto differenti tra di loro quanto a oggetto e tenore, che spaziano dai parcheggi pertinenziali alle semplificazioni per le imprese, dal cambio di residenza alla disciplina di alcuni profili dell'istruzione.

Un altro motivo che spesso emerge dalla trama normativa è quello della riduzione degli «oneri amministrativi» a carico dei soggetti privati: v. l'art. 3, d.l. n. 5 del 2012, cit., che, modificando la l. 11 novembre 2011, n. 180, ne prevede la riduzione e li definisce come «i costi degli adempimenti cui cittadini e imprese sono tenuti nei confronti delle pubbliche amministrazioni nell'ambito del proce-

dimento amministrativo, compreso qualunque adempimento comportante raccolta, elaborazione, trasmissione, conservazione e produzione di informazioni e documenti alla pubblica amministrazione». Il c.d. statuto dell'impresa (l. n. 180 del 2011, cit.), più in generale, indica, tra i principi generali che concorrono a definire lo statuto delle imprese, quello della progressiva riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese, in particolare delle micro, piccole e medie imprese, in conformità a quanto previsto dalla normativa europea. Si usa anche l'espressione "taglia oneri" derivanti da obblighi informativi: v. l'art. 25, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. nella l. 6 agosto 2008, n. 133, che prevede un programma per la misurazione – appunto – degli oneri amministrativi derivanti da obblighi informativi nelle materie affidate alla competenza dello Stato, con l'obiettivo di giungere, entro il 31 dicembre 2012, alla riduzione di tali oneri per una quota complessiva del 25%, come stabilito in sede europea. Si avverte, dunque, l'esigenza di semplificare l'amministrazione e la sua attività, nonché di ridurre i costi che il regime amministrativistico rappresenta per la collettività e, soprattutto, per gli imprenditori.

Queste brevi osservazioni lasciano chiaramente intravedere che l'amministrazione può rappresentare un "problema" e un "ostacolo" per i cittadini, la società e il mercato. La considerazione dei confini dell'ordinamento amministrativo e della relativa organizzazione, la percezione dell'importanza e della pervasività dei poteri amministrativi, la consapevolezza del numero dei dipendenti pubblici (più di 3.000.000 di persone) e della galassia delle amministrazioni, sembrano indici sicuri di un fenomeno assai complesso e perciò stesso potenzialmente pericoloso per il funzionamento dei meccanismi del mercato e della società.

È curioso come l'attenzione venga spesso rivolta alla cura del male (e, cioè, appunto, a fenomeni quali le semplificazioni, le riforme organizzative e il taglia-oneri) piuttosto che alla esatta definizione del problema (l'ostacolo¹), che, pur certamente ben presente a chi disciplina, provvede o studia il problema, viene dato per presupposto.

In modo analogo, sovente la questione del cattivo funzionamento dell'amministrazione rimane in ombra quando ci si interroga sull'obiettivo finale che gli sforzi di "correzione della patologia" dovrebbero far conseguire, e, cioè, efficienza, efficacia, buon andamento, corretto rapporto con i privati: tutti principi e criteri che la dottrina si sforza di conoscere accuratamente e di definire in positivo.

¹ Tra le eccezioni più rilevanti vanno ricordate le riflessioni – pur relative a un'area più vasta rispetto a quella qui indagata – di P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1964, 7 ss. (che si occupa della «patologia giuridica della pubblica amministrazione») e di M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, che dedica il Cap. IX (pagg. 299 ss.) alle "disfunzioni".

Né la situazione cambia guardando, più in generale, allo studio dell'amministrazione a partire dai tradizionali e numerosi punti di vista di solito usati dagli studiosi e, cioè, i suoi rapporti con la Costituzione, la sua attività, la sua organizzazione, il profilo funzionale in relazione a valori quali la legalità, la concorrenza, i principi costituzionali.

Come dovrebbe risultare chiaro dalle premesse effettuate, ciò che si intende qui suggerire è invece lo studio dell'amministrazione inquadrandola direttamente ed esplicitamente come "ostacolo".

Prima ancora di individuare i valori, gli interessi e le libertà che potrebbero essere "ostacolati" dalla presenza, dall'attività e dal ruolo dell'amministrazione, nonché dalla relativa disciplina, occorre precisare che il tipo di indagine che qui verrà svolto non intende esprimere alcun pregiudiziale disvalore nei confronti delle istituzioni pubbliche, quasi che parlarne in termini di ostacolo sia l'unico modo per cogliere il modo d'essere naturale dell'amministrazione. Sono noti e indubitabili i meriti delle amministrazioni, il cui ruolo – anche a prescindere dall'attenzione testimoniata addirittura dalla Costituzione e confermata dall'evoluzione storica – è essenziale in ogni democrazia. I dipendenti dell'amministrazione, poi, spesso operano in modo encomiabile in condizioni non agevoli. Anche l'esperienza comune, tuttavia, restituisca l'immagine di un'amministrazione che talora non funziona e, quanto ai dipendenti virtuosi, nel momento in cui giustamente rivendicano la difficoltà che incontrano nella propria attività, essi evidenziano il fatto che l'organizzazione amministrativa può essere (loro) di ostacolo verso un'azione ancora più efficiente.

In generale, inoltre, è ingenuo, e dunque inutile o pericoloso, analizzare unicamente il dover essere, trascurando le patologie.

Ciò chiarito – e per tornare all'asse principale del discorso – si potrebbe obiettare che indulgiare sull'amministrazione come ostacolo è il frutto di una sorta di artificio retorico, nel senso che si tratta in fondo dell'altra faccia – o del correlato – dell'efficienza (che sussiste quando l'ostacolo non esiste o è rimosso) e della semplificazione (che l'ostacolo rimuove). Tanto vale, allora, e, anzi, dal punto di vista logico o metodologico sarebbe più corretto, studiare in positivo le "qualità" che dovrebbe avere l'amministrazione e i mezzi per eliminare gli ostacoli, assecondando così l'atteggiamento più diffuso in dottrina.

In relazione alla prima obiezione (in forza della quale, senza delineare il modello di amministrazione efficiente e al servizio della società non sarebbe consentito individuarne i mali e le ragioni per cui essa sarebbe un ostacolo), si può replicare ispirandosi alla massima secondo cui, anche dal punto di vista epistemologico, è più facile scoprire l'errore che la verità e, comunque, onde individuare l'errore non è necessario conoscere la verità. L'ostacolo, dunque, si può percepire pure senza avere in mente il modello di amministrazione ideale. Va tra l'al-

tro aggiunto (a conferma della complessità del quadro problematico) che la presenza dell'amministrazione può di fatto costituire un ostacolo per qualche attività anche senza giungere a configurare una situazione patologica. L'amministrazione – ostacolo non è identificabile compiutamente con l'amministrazione inefficiente. Accanto agli ostacoli che non sono legati a inefficienze dell'amministrazione (e, anzi oggettivamente sono rappresentati dall'operare di amministrazioni efficienti; si pensi al ruolo dei regimi autorizzatori che, anche nella logica del commercio internazionale, possono costituire barriere all'*ease of doing business* pur se legittimi), inoltre, vi sono inefficienze che non si traducono in ostacoli per alcuni privati; il pensiero qui corre all'istituto del silenzio assenso. Piuttosto, parafrasando E. Mach («Conoscenza ed errore discendono dalle stesse fonti psichiche; solo il risultato permette di distinguerli. L'errore riconosciuto con chiarezza è, come correttivo, altrettanto utile cognitivamente della conoscenza positiva»²), lungo una linea contraria a quella da cui muove l'obiezione sopra richiamata, l'identificazione delle patologie è utile per abbandonare sentieri sbagliati, per progettare soluzioni più accurate e corrette e per elaborare strategie di intervento più efficaci.

E veniamo così alla seconda obiezione, che ritiene sostanzialmente intercambiabili lo studio dei rimedi e quello dei mali e che presuppone che l'area degli ostacoli sia potenzialmente e solo quella interessata dalla semplificazione. Qui la replica è assai agevole, nel senso che, come meglio si vedrà nel corso della trattazione, la semplificazione non consente di rimuovere tutti gli ostacoli legati alla presenza dell'amministrazione e che sono legati a una grande varietà di istituti giuridici.

L'accenno impone così di chiarire, sul piano metodologico e anche ai fini della delimitazione di campo, che, onde contenere l'analisi entro confini ragionevoli, si eviterà di compiere quelle divagazioni e quegli approfondimenti che non appaiano strettamente funzionali all'analisi medesima, pur nella consapevolezza della complessità dei temi toccati e della ricchezza di questioni giuridiche coinvolte.

2. *Amministrazione/ostacolo o amministrazione/esecutrice di norme "confuse" che ostacolano? Il "contesto" come ostacolo.*

Un'altra avvertenza è relativa al fatto che l'impostazione e lo svolgimento del tema dipendono – al solito – in modo determinante dalla esatta comprensione dei suoi presupposti.

Si potrebbe, cioè, discutere all'infinito circa la nozione di amministrazione e dibattere sul concetto di "ostacolo".

² E. MACH, *Conoscenza ed errore*, trad. S. Barbera, Torino, 1982.

Per questa ragione non si potrà che assumere una concezione convenzionalmente accettata e ampia di amministrazione, intesa come insieme di enti pubblici deputati alla cura di interessi pubblici, pur tenendo conto della necessità di distinguere ulteriormente; ad esempio, con riferimento al profilo soggettivo e al tipo di contesto in cui l'amministrazione opera e ostacola, altro è il livello politico o di alta amministrazione, altro la dirigenza o il corpo dei dipendenti; diverso è considerare l'attività o l'organizzazione, oppure incentrarsi sulle *Authorities*, o, ancora, soffermare l'attenzione sul dipendente - persona fisica. L'amministrazione, poi, è variamente distribuita sul territorio nazionale e anche la sua efficienza varia molto da realtà e realtà. In questo quadro è arduo - e, comunque, qui impossibile - svolgere un discorso esaustivo e completo, risultando preferibile trattare soltanto dei macroproblemi, nella consapevolezza che sarebbe utile, in futuro, sviluppare programmi di ricerca che si volgano a considerare i singoli settori.

Se possibile, ancor più impegnativo è il compito di definire il concetto di ostacolo.

In linea generale, con tale termine si intende far riferimento alla circostanza che l'amministrazione, in modo "indebito" (termine anch'esso molto ambiguo, che verrà chiarito nel corso dell'ultimo paragrafo), non favorisce o impedisce il conseguimento di obiettivi rilevanti, ovvero intralcia alcune attività imputabili a soggetti diversi dall'amministrazione stessa.

A tacere della difficoltà di identificare gli obiettivi alla luce dell'interesse pubblico, il problema si complica immediatamente non appena si consideri che spesso l'amministrazione è un ostacolo perché deve applicare norme "intralcio".

Il quadro normativo si è venuto deteriorando negli ultimi anni, a cagione del moltiplicarsi dei livelli normativi, ma anche come conseguenza di una fibrillazione legislativa - e di un impulso riformatore che sembra diventare un fine in se stesso - che non pare trovare sosta e che concorre a rendere frammentata e, soprattutto, instabile, la trama normativa.

Una normativa inutilmente complessa cozza ovviamente con il valore dell'efficienza e con il principio del buon andamento; per altro verso, aumentando i lacci e i laccioli giuridici all'azione amministrativa, si incrementa il rischio che la decisione finale sia illegittima. In questi casi, dunque, sarebbe ingeneroso imputare all'amministrazione colpe che, invece, sono del livello normativo. In tali ipotesi, cioè, l'amministrazione è un ostacolo semplicemente perché la disciplina che ne regge l'azione o l'organizzazione (si pensi al delicatissimo tema dell'accorpamento delle funzioni) è complicata e confusa. Addirittura, la normativa che pareva maggiormente in grado di liberare il contesto in cui operano le forze economiche dall'opprimente presenza dell'amministrazione, quella volta a liberalizzare il mercato (ci si riferisce alla direttiva 123/2006/CE), è stata traspunta sul piano interno dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, con poco "slancio" e

lasciando comunque margini di incertezza applicativa; più in generale, la disciplina sulle liberalizzazioni (v., da ultimo, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. nella l. 14 settembre 2011, n. 148, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. nella l. 22 dicembre 2011, n. 214 e d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. nella l. 24 marzo 2012, n. 27), spesso ricorrendo a rinvii e ad affermazioni di principio, non riesce a definire una chiara linea di confine tra l'area delle situazioni giuridiche veramente libere nel loro svolgimento e quella del condizionamento pubblicistico. Sotto altro profilo, nell'ottica nazionale, istituti essenziali per favorire la concorrenza, quali la Scia, vengono ancorati non tanto al tema, appunto, della concorrenza, quanto a quello della garanzia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti (v. Corte cost., sent. 27 giugno 2012, n. 164: va peraltro ricordato che la Corte decide per risolvere questioni specifiche – nel caso di specie: il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni – piuttosto che per offrire ricostruzioni sistematiche complessive).

La pluralità dei centri decisionali, la frammentazione delle competenze e la scarsa pregnanza dei meccanismi di coordinamento costituiscono altri “ostacoli”, ancora una volta in gran parte legati alle scelte del legislatore.

Come ovvio, la complessità del quadro normativo è una componente essenziale presa in considerazione dagli imprenditori nel momento in cui decidono di investire. Essi – e il tema si è di recente riproposto con riferimento alle scelte adottate per il c.d. caso Ilva – sono costantemente alla ricerca di un contesto (in cui – v. par. seguente – meno intensi siano i regimi amministrativi e) ove sia agevole comprendere e prevedere la “risposta del diritto”. Lo *shopping law*, nei limiti in cui sia consentito³, rischia di pregiudicare gravemente il nostro Sistema Paese. L'analisi storica, ad esempio, potrebbe essere di grande interesse al riguardo, suggerendo che il sistema giuridico di stampo inglese – comprendendo in questa espressione anche l'applicazione giurisprudenziale – ha avuto parte importante nello sviluppo economico dell'impero britannico, proteggendo i diritti di libertà economica di (e assicurando certezze a) investitori e creditori, anche nei confronti delle amministrazioni. Non manca comunque la chiara percezione del fenomeno, e ciò avviene a vari livelli. Tra i molti esempi che possono essere riportati, si può qui richiamare lo “statuto dell'impresa” (l. n. 180 del 2011, cit.), là dove si afferma (art. 2) il diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo e in un quadro di servizi pubblici tempestivi e di qualità, riducendo al minimo i margini di discrezionalità amministrativa. Si veda altresì quanto affermato dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni del 6 giugno 2012 COM (2012) 271 final «Energie rinnovabili: un ruolo di primo piano nel mercato energetico

³ M. GNES, *La scelta del diritto*, Milano, 2004.

europeo». In questo documento si legge che il costo delle energie rinnovabili non è determinato soltanto dalle risorse eoliche, solari, da biomassa o idriche. I costi di progetto sono anche dettati dalle spese amministrative e dai costi del capitale; la complessità delle procedure di autorizzazione, l'assenza di sportelli unici, l'introduzione di procedure di registrazione, la tempistica dei processi di pianificazione per i quali occorrono mesi o anni, nonché il timore di modifiche ai regimi di sostegno con effetto retroattivo: tutti questi fattori comportano un incremento dei rischi inerenti ai progetti.

Pure la disciplina volta a introdurre la semplificazione spesso crea ulteriore complessità. Ne è una riprova, in generale, la costante opera di "manutenzione" degli istituti di semplificazione, in particolare di quelli contenuti nella l. 7 agosto 1990, n. 241, che genera instabilità del quadro di riferimento per gli operatori. Anche la considerazione di specifiche figure consente di evidenziare un quadro non sempre soddisfacente. Tra i molti esempi che si potrebbero addurre, va qui richiamata la normativa in tema di autorizzazione integrata ambientale, che fallisce l'obiettivo di unificare in un unico provvedimento permissivo tutte le manifestazioni di consenso che l'imprenditore deve ottenere per porre in essere un'iniziativa economica ricadente nel campo di applicazione dell'art. 29 *bis*, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (in particolare, essa non sostituisce i provvedimenti di cui al d.lgs. 17 agosto 1999, n. 334).

Le riflessioni sin qui svolte sono utili in quanto sollecitano a separare – anche in funzione di individuazione del corretto rimedio – i casi in cui vi sia una mancanza dell'amministrazione da quelli in cui la "responsabilità" è piuttosto del legislatore o del contesto, concetto nel quale si possono includere, accanto all'incoerenza del tessuto normativo, situazioni anche molto dissimili tra di loro, che vanno dal vincolo derivante da una sentenza alla sussistenza della crisi economica.

Ciò non esclude, ovviamente, che si possano ipotizzare scenari in cui, pure in siffatti "contesti", l'amministrazione agisce come un autonomo ostacolo.

Tale situazione si verifica allorché essa non sfrutti gli spazi di efficienza che la normativa lascia residuare. Più in generale, l'amministrazione, in quanto soggetto radicato in (e protagonista di) un ordinamento specifico, dispone della possibilità di effettuare scelte e di darsi un assetto, anche ai fini di reagire alle sollecitazioni esterne, utilizzando i propri spazi di autonomia.

Anche se, in concreto, talora le amministrazioni compiono scelte strategiche animate dalla preoccupazione di evitare la normativa più complessa piuttosto che dalla convinzione che lo strumento adottato sia effettivamente il migliore e il più adatto al caso⁴, l'idea dell'amministrazione come mera esecutrice della legge,

⁴ Questo concetto è stato efficacemente espresso da M. Dugato nel corso del Convegno organizzato presso l'Università Bocconi in data 3 giugno 2013, sul tema "*Contratti pubblici: i problemi del finanziamento e i profili assicurativi*".

se mai davvero esistita, è certamente superata e, soprattutto con riferimento alle autonomie territoriali, cozza non solo con il dato positivo, ma anche con il carattere originario e spontaneo della potestà che esse incarnano.

Un esempio molto importante di strumento di cui il soggetto pubblico istituzionalmente dispone è rappresentato dal potere regolamentare, nei limiti in cui esso sia riconosciuto dalla legge e, per quanto attiene agli enti locali, addirittura sia garantito e presidiato dalla Costituzione.

Per limitarci a quest'ultimo caso, premesso che i regolamenti relativi all'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni attribuite agli enti locali debbono rispettare i diritti e le situazioni giuridiche direttamente ancorate nell'ordinamento generale, teoricamente ampi sono gli spazi di regolazione che l'ente potrebbe utilizzare, sia per disciplinare la propria azione e organizzazione, sia – ed è questo il profilo che qui maggiormente interessa – per incidere direttamente sui comportamenti dei privati. L'esperienza relativa all'utilizzo di questo istituto non è stata sempre esaltante. Si consideri l'impiego dei regolamenti – o di altri poteri amministrativi, quali quelli di pianificazione: par. seguente – per porre un freno alla diffusione di iniziative temute dalle collettività locali, quali gli impianti di radiodiffusione.

In questo caso, molti comuni hanno talora agito da ostacolo, o, meglio, hanno ostacolato il conseguimento di un obiettivo specifico (l'apertura del mercato dei servizi di telefonia mobile, fortemente voluta dall'ordinamento generale), assecondando una logica (in fondo si tratta di un obiettivo diverso) ispirata al principio *Not In My Backyard*.

Un altro esempio eclatante in cui l'ostacolo è legato al mancato utilizzo, da parte del soggetto pubblico, di spazi di azione certamente sussistenti, attiene alla richiesta di certificati ai cittadini che presentino istanze o domande all'amministrazione e alla resistenza opposta, almeno in una fase iniziale, alla diffusione del meccanismo delle dichiarazioni sostitutive. Suscita impressione riflettere sul fatto che già la l. 4 gennaio 1968, n. 15 si occupava di dichiarazioni sostitutive; considerando l'insistenza ossessiva con cui il tema è stato ripreso dal legislatore nel corso degli anni, ci si rende conto della difficoltà di applicare un istituto essenziale per agevolare il rapporto autorità – cittadini e per ridurre gli oneri a carico degli individui. Il momento (apparentemente) finale di questa parabola è rappresentato dall'art. 15 della l. 12 novembre 2011, n. 183, che, modificando l'art. 40 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, prevede che le amministrazioni non possano più accettare o chiedere certificati, ma che debbano acquisire d'ufficio le informazioni e accettare solo dichiarazioni sostitutive di certificazioni o dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà.

3. Ancora sugli ostacoli di "contesto": la proliferazione dei poteri e l'amministrazione "indolente".

Sempre volgendo l'attenzione al "contesto", ove si ponga mente alla congerie di poteri e di funzioni di cui le amministrazioni dispongono, è possibile aggiungere (anticipando un punto sul quale ancora si tornerà nel corso dell'ultimo paragrafo) che risulta in pratica impossibile che l'amministrazione non sia un ostacolo, quanto meno nel senso che essa, continuamente e diffusamente, si frappona tra gli obiettivi avuti di mira dai privati e la loro realizzazione.

Da questo punto di vista, in ordine alla "cura", il discorso si scinde in due parti. Da un lato si potrebbe operare sul fronte, davvero essenziale, dell'eliminazione dei poteri (ma è compito che l'amministrazione non può assolvere; esso, più in generale, attiene propriamente alle liberalizzazioni e all'opportunità di liberare aree di mercato dal condizionamento pubblicistico); d'altro lato, posto che il potere esiste, occorrerebbe agire sulle modalità di suo esercizio.

Su questo secondo versante, è opportuno ulteriormente distinguere.

Nella prospettiva procedimentale, strumenti utili giuridici esistono e andrebbero ulteriormente valorizzati; essi sono quelli della semplificazione (soprattutto la conferenza di servizi) e della corretta applicazione del principio di non aggravamento. Particolarmente rilevante, nella prospettiva qui indagata, riveste l'utilizzo della telematica, sia nei rapporti con altre amministrazioni, sia nelle relazioni con i privati, ai sensi dell'art. 3 *ter*, l. n. 241 del 1990. La telematica, infatti, è uno strumento essenziale per facilitare i privati che si rapportano alle amministrazioni e, di conseguenza, occorre rimuovere gli ostacoli riferibili all'asimmetria informativa che può affliggere i singoli o alle barriere all'accesso alla tecnologia. Allargando la visuale oltre il settore del procedimento, quanti cittadini, ad esempio, sono a conoscenza del fatto che è possibile indicare alla pubblica amministrazione un proprio indirizzo di posta elettronica certificata, quale domicilio digitale e che, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 82 del 2005, salvo i casi in cui sia prevista dalla normativa vigente una diversa modalità di comunicazione o di pubblicazione in via telematica, le amministrazioni pubbliche e i gestori o esercenti di pubblici servizi comunicano con il cittadino esclusivamente tramite il domicilio digitale dallo stesso dichiarato? In generale, il rapporto con il tema degli ostacoli (e della loro rimozione) meglio si percepisce richiamando la strategia dell'Agenda digitale italiana, cui si riferisce l'art. 1 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla l. 17 dicembre 2012, n. 179. La norma dispone quanto segue: «Lo Stato, nel rispetto del principio di leale collaborazione con le autonomie regionali, promuove lo sviluppo dell'economia e della cultura digitali, definisce le politiche di incentivo alla domanda dei servizi digitali e favorisce, tramite azioni concrete, l'alfabetizzazione e lo sviluppo delle competenze digitali con particolare riguardo alle cate-

gorie a rischio di esclusione, nonché la ricerca e l'innovazione tecnologica quali fattori essenziali di progresso e opportunità di arricchimento economico, culturale e civile».

In molti casi l'ostacolo è rappresentato dal mancato impiego di strumenti di semplificazione disponibili. Ancor più in generale, però, è un grave ostacolo l'inerzia complessiva dell'amministrazione a fronte delle sollecitazioni dei privati. L'incertezza che essa genera è un grave impedimento allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, proprio in ragione della grande estensione del catalogo dei poteri amministrativi cui quello svolgimento è sottoposto.

L'amministrazione "indolente", in altri termini, fallisce clamorosamente la propria vocazione istituzionale e ostacola inutilmente le iniziative di (e i rapporti con) persone e imprese.

Siffatta "indolenza" spesso si ripropone con riferimento ad altri spazi di azione che l'ordinamento delinea. Numerosi esempi sono ricavabili dalle scelte normative più recenti volte a "premiare" i soggetti pubblici virtuosi in vista del conseguimento di specifici obiettivi, quali l'incremento del tasso di concorrenza o il risparmio della spesa pubblica (v. ad es. l'art. 3 *bis* del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. nella l. 14 settembre 2011, n. 148): l'indolenza nell'assumere iniziative incentivate dal legislatore, in queste ipotesi, produce conseguenze negative sul piano finanziario⁵.

Accanto alle scelte procedimentali (che sono comunque molto rilevanti, anche perché generalmente in grado di incidere anche sul contenuto della decisione finale, che del procedimento costituisce la sintesi e lo sbocco) e all'indolenza, vanno poi considerate le "cattive" soluzioni adottate dall'amministrazione in ordine alla concreta gestione dell'interesse pubblico e, più, in generale all'atteggiamento serbato nei confronti delle "aspirazioni" dei cittadini.

⁵ I commi 3 e 4 dispongono quanto segue: «3. A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità. 4. Fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa».

Il soggetto pubblico, cioè, è spesso un ostacolo nel senso che mantiene una posizione "difensiva" rispetto a talune iniziative promosse dai privati e ciò è ancora più grave nella situazione di crisi che stiamo vivendo. L'azione di freno con riferimento alla vicenda di sviluppo delle energie rinnovabili (in particolare, del c.d. fotovoltaico) è illuminante al riguardo. L'ambiente, più in generale, è un settore assai sensibile, nel senso che gli enti locali sono molto pronti a porre in essere interventi difensivi e assai meno disponibili ad agevolare misure positive e di sviluppo.

Pure in altre occasioni, comunque, le amministrazioni preferiscono un'applicazione poco fantasiosa o coraggiosa della normativa, rinunciando ad accedere alle interpretazioni che facilitano la posizione del privato.

Certamente è difficile condurre un discorso generale, posto che occorre valutare caso per caso e tener conto dei vari interessi, pubblici e privati coinvolti. È piuttosto di interesse rilevare come in tutte queste ipotesi sia importante identificare – anche riprendendo motivi già emersi nel corso delle pagine precedenti – il valore, l'obiettivo, l'interesse o il risultato il cui raggiungimento è ostacolato dall'azione indebita dell'amministrazione.

4. Gli ostacoli alla concorrenza, al pluralismo, alla democrazia, all'eguaglianza e alla legalità.

In primo luogo, l'azione dell'amministrazione può essere di ostacolo al libero gioco della concorrenza.

Non è un caso che la Confindustria, con sempre maggior intensità sottolinei a necessità di ridurre il fardello burocratico.

In particolare, nonostante l'opera (o i tentativi) di riduzione dei regimi di diritto amministrativo che fungono da barriere all'accesso ad alcuni mercati, risultano ancora numerose le ipotesi in cui il titolo di legittimazione all'esercizio di talune attività economiche sia costituito da un atto dell'amministrazione. Come si è già anticipato, il problema è spesso legato alla complessità della normativa e all'incapacità della politica di assumere iniziative concrete (basti porre mente ai numerosi piani o programmi varati nel corso degli anni per affrontare la questione); è tuttavia innegabile che la burocrazia inefficiente e indolente costituisca una barriera notevole per i privati.

Si tratta comunque di tema assai dibattuto in dottrina e saldamente, anche se spesso vanamente, collocato al centro delle agende dei politici. Meno consueto è l'approccio che considera l'amministrazione come un ostacolo al pluralismo (e, nei limiti in cui vi sia una connessione tra questi termini, alla democrazia e all'eguaglianza). Qui occorre immediatamente chiarire che, dal punto di vista dei

principi (il dover essere) l'amministrazione deve senz'altro rispettare il principio di eguaglianza ed essere democratica; l'eguaglianza è richiamata dall'art. 3, Cost., e la democrazia è un valore fondamentale nel nostro ordinamento, a tacere dal riferimento espresso contenuto nell'art. 52, u.c. Cost., in ordine a un settore specifico dell'amministrazione (quella militare), ma rappresentativo di un criterio generale. In generale, non si può certamente parlare di un'amministrazione italiana contraria ai principi democratici o al pluralismo.

Tuttavia, non mancano espressioni dell'attività o del modo di essere dell'amministrazione che, magari sottotraccia e in modo non conclamato, possono porsi in tensione con i principi del pluralismo, dell'eguaglianza e della democrazia.

Si tratta di un discorso molto delicato, ma che è opportuno svolgere, al di là dei casi di clamorosa violazione dei principi (scandali, concorsi truccati, pressioni indebite e così via). Non si potrà, infatti, negare che, indipendentemente dal rispetto di regole formali, talora, nei comportamenti concreti, le idee minoritarie e dissenzienti non vengano protette adeguatamente da un'amministrazione pubblica (e in una amministrazione pubblica) che discrimina tra i portatori delle diverse idee. Ciò è molto grave con riferimento alle organizzazioni, come la scuola, ove è impensabile che sia garantita alle persone una tutela dei diritti e delle libertà inferiore a quella assicurata alle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'uomo⁶.

Se la democrazia implica il governo della cosa pubblica "per" il popolo⁷ e se essa, per essere tale, deve rispettare i punti di vista di tutti e (a voler riprendere la felice intuizione di Popper) deve aprirsi alla contestazione e alla falsificazione delle opinioni ufficiali, può dirsi che anche il principio di democrazia talora subisca un *vulnus*.

L'esempio tipico – anche se certamente si tratta di situazioni patologiche – è costituito, come sopra si accennava, dal sistema educativo pubblico, nei limiti in cui esso – in particolare per mezzo delle opinioni espresse o avallate dai docenti, il che è tanto più grave in quanto espresse a fronte di minori e, comunque, di persone in stato di "soggezione" – si pieghi a logiche politiche. Anche a tacere del delicato discorso della sussistenza addirittura di forme di mobbing scolastico, l'esperienza comune conferma la sussistenza di casi in cui quelle opinioni vengono espresse senza assicurare un vero contraddittorio o garantire la rappresentazione di diversi punti di vista, così ponendo in essere atteggiamenti del tutto incompatibili con il carattere della scuola che, in quanto servizio pubblico, è inscindibil-

⁶ Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, in part. 230.

⁷ N. BOBBIO, voce *Democrazia*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, 309 ss.

mente legata al principio di eguaglianza e dovrebbe evitare di essere e di apparire di parte.

Un altro profilo che occorre trattare coinvolge il concetto di eguaglianza sotto un profilo differente. Essa non implica di trattare tutti nello stesso modo. La mancata valorizzazione delle differenze e dei talenti – discorso anche questo irto di insidie e di trabocchetti ideologici – è un gravissimo ostacolo che talora si erge all'interno delle nostre amministrazioni a danno del merito. Non sono certo mancati i tentativi di riforma⁸ ma, al di là dell'architettura normativa spesso inutilmente complessa, il sistema stenta a decollare proprio sul piano della concreta attuazione; la contingenza economica del tutto negativa che stiamo attraversando è solo una delle concause che ne frenano la realizzazione.

Il quarto valore/principio che può essere ostacolato dall'amministrazione è quello della legalità.

Qui il discorso si scinde in molti rivoli. Da un lato, si può far riferimento alla produzione di atti contrari alle norme giuridiche (il vero nodo, in verità, è molto più spesso quello della "qualità" delle decisioni). D'altro lato, non si possono non ricordare gli "ostacoli" che impediscono di dar rilievo all'illegalità, vanificando norme che sulla carta sembrano draconiane: un esempio è rappresentato dall'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990; un ulteriore delicato problema, che chiama in causa ancora una volta il legislatore e le sue scelte, concerne i costi di accesso alla giustizia e l'efficacia delle decisioni del giudice amministrativo, anche alla luce del catalogo di azioni ammissibili. Più in generale, si possono richiamare i comportamenti e le disfunzioni che cozzano con la c.d. "cultura della legalità".

Tutto ciò ha anche la grave conseguenza di incidere sull'immagine istituzionale del soggetto pubblico, minando la fiducia che esso può – e deve – ingenerare nei consociati.

A tale riguardo, non si può non ricordare che la corruzione nell'amministrazione è un freno notevolissimo al nostro Sistema Paese. Come autorevolmente ricordato, alla luce delle rilevazioni compiute da *Transparency International*, l'Italia è collocata al sessantanovesimo posto di un campione rappresentativo di 182 Paesi, mentre l'indice di *Corruption Perception*, che si sviluppa su una scala che da 0 giunge a 10 (assenza di corruzione), per l'Italia è fissato a 3,9, a fronte di una media Ocse di 6,9. Viene altresì riportato il calcolo secondo cui ad ogni punto di discesa della classifica di percezione della corruzione corrisponderebbe la perdita del 16 % degli investimenti dall'estero⁹. Sulla questione occorre verificare atten-

⁸ Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012.

⁹ Su tali profili v. L. GIAMPAOLINO, *Misure di prevenzione amministrativa nella lotta alla corruzione*, Intervento al Convegno *La recente legge "anticorruzione"* (27 novembre 2012), in *L'impor-*

tamente le “colpe” dell’amministrazione e quelle della politica, nonché inquadrare correttamente i fenomeni: dopo la stagione delle tangenti, sostanzialmente finalizzate a finanziare i partiti, abbiamo sperimentato – pur dovendo ovviamente applicare il principio della presunzione di innocenza fino alla sentenza definitiva – quella dell’utilizzo indebito dei fondi da parte dei politici per esigenze personali o, comunque, l’impiego delle tangenti per analoghe ragioni.

5. *L’amministrazione come ostacolo alla fruizione di diritti.*

Nel modello del *welfare*, l’amministrazione riveste un decisivo ruolo in ordine alla fruizione dei diritti da parte delle persone, che richiedono, appunto, un’iniziativa pubblica.

Il discorso riguarda in primo luogo i servizi pubblici, ambito con riferimento al quale, salvi i casi in cui vi sia un vincolo legislativo o costituzionale, l’amministrazione può decidere di non assumere un servizio, così privando il mercato – e gli utenti – di una offerta pubblica di prestazioni e dei correlativi diritti. Il quadro normativo, in continua evoluzione, attualmente è meno attento, rispetto al recentissimo passato, nel delineare un particolare procedimento a livello locale per l’assunzione del servizio a rilevanza economica, dedicando maggior attenzione al momento dell’affidamento (art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. nella l. 17 dicembre 2012, n. 221). D’altro canto, l’assunzione dei servizi può essere un grave ostacolo alla già citata libertà di concorrenza, sicché, al solito, si tratta di contemperare interessi e valori diversi. Una volta effettuata la scelta di assumere un servizio, però, l’amministrazione può adottare scelte gestionali non corrette, così impedendo a taluni utenti di ottenere le prestazioni: la struttura organizzativa, incidendo sulla modalità di erogazione delle prestazioni, in particolare, è potenzialmente un grave ostacolo alla fruizione dei diritti, come è evidente immaginando il caso della sanità.

Più in generale, l’amministrazione spesso impedisce l’acquisto di diritto o comprime quelli esistenti esercitando l’intero spettro dei propri poteri tradizionali. In tali ipotesi, l’ostacolo non è indebito nella misura il cui la decisione sia legittima. Anche a tale riguardo non deve essere dimenticato, come ripetutamente posto in evidenza da parte della dottrina¹⁰, che accondiscendere alla pressione legata alla richiesta di fruizione di diritti sociali può significare una compressione di altri diritti e libertà, incidendo soprattutto sulle finanze pubbliche e sulla fiscalità generale.

tanza delle misure amministrative nella lotta alla corruzione – Raccolta dei discorsi del Presidente della Corte dei conti L. Giampaolino in materia di corruzione (2010-2011-2012), 277 ss.

¹⁰ M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

Il discorso è però più sfumato e complicato anche per altri motivi: da un lato, il catalogo dei diritti si va arricchendo nel tempo; d'altro lato, la barriera viene eretta in modo non sempre evidente. Basti pensare (sempreché di diritti davvero si possa parlare) ai diritti legati all'attività procedimentale, che spaziano dalla partecipazione all'accesso; pure un diritto fondamentale, quale è quello alla *privacy*, è oggi posto sotto tensione: il pensiero corre non tanto al controllo sulla tracciabilità dei flussi finanziari (dove l'attività che l'amministrazione pone in essere è doverosa attuazione di norme legislative), ma soprattutto alla cattiva gestione dei dati di cui i soggetti pubblici sono in possesso.

In tali casi, comportamenti elusivi, disinvolti o di intralcio costituiscono certamente "ostacoli" per i cittadini che vogliono fruire di quelle posizioni di vantaggio.

6. Un caso particolare, ma molto delicato: il ritardo nei pagamenti. Ancora sulla lesione del valore della fiducia.

Gli imprenditori giustamente lamentano spesso che il soggetto pubblico è un pessimo pagatore (si calcola in circa 70 miliardi l'entità del debito commerciale dell'amministrazione pubblica). Si tratta di un comportamento particolarmente urticante, tenendo conto che lo Stato creditore ha un atteggiamento certamente poco accondiscendente. I ritardi nei pagamenti costituiscono uno dei principali intralci causati dall'amministrazione nel mercato, posto che, soprattutto in periodi di crisi, la mancanza di liquidità e la sofferenza dei creditori privati producono a cascata una serie di effetti dannosi sul sistema economico.

Di recente, l'ordinamento ha tentato di porre parzialmente rimedio al problema disciplinando la certificazione dei crediti delle imprese verso la pubblica amministrazione anche ai fini di compensazione dei debiti¹¹.

L'intervento più organico è rappresentato dal d.l. 8 aprile 2013, n. 35, conv. nella l. 6 giugno 2013, n. 64.

Il provvedimento, molto complesso, opera su fronti diversi e, comunque, anche in ragione della criticità del quadro finanziario, non è certo che tutti i debiti saranno saldati. Si prevede la registrazione delle amministrazioni su di un'apposita piattaforma, la ricognizione dei debiti, la comunicazione degli stessi che equivale a certificazione, la comunicazione ai creditori: per altro verso, si estende la possibilità di certificazione, che coinvolge anche i crediti dei professionisti, si

¹¹ V. in particolare d.m. 25 giugno 2012, recante «Modalità di certificazione del credito, anche in forma telematica, di somme dovute per somministrazione, forniture e appalti, da parte delle Regioni, degli Enti locali e degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale, di cui all'art. 9, cc. 3 *bis* e 3 *ter*, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. nella l. 28 gennaio 2009, n. 2»; il d.m. 22 maggio 2012, invece, disciplina il pagamento, su richiesta dei soggetti creditori mediante assegnazione di titoli di Stato.

ampliano gli spazi di compensazione e si semplifica il meccanismo di certificazione, individuando altresì spazi finanziari all'interno del patto di stabilità, il tutto accompagnato dal consueto incremento delle misure sanzionatorie¹².

¹² Le amministrazioni provvedono a registrarsi su di una specifica piattaforma elettronica per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze (la mancata registrazione sulla piattaforma elettronica è rilevante ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comporta responsabilità dirigenziale e disciplinare; i dirigenti responsabili sono assoggettati, altresì, ad una sanzione pecuniaria pari a 100 euro per ogni giorno di ritardo nella registrazione sulla piattaforma elettronica). Le pubbliche amministrazioni debentrici, poi, comunicano a partire dal 1° giugno 2013 ed entro il termine del 15 settembre 2013, utilizzando la piattaforma elettronica per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, l'elenco completo dei debiti certi, liquidi ed esigibili, maturati alla data del 31 dicembre 2012, con l'indicazione dei dati identificativi del creditore (il mancato adempimento da parte delle pubbliche amministrazioni debentrici alle disposizioni testé ricordate rileva ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comporta responsabilità dirigenziale e disciplinare). Il creditore può segnalare all'amministrazione pubblica debitrice, in tempo utile, l'importo e gli estremi identificativi del credito vantato nei confronti della stessa. A regime, poi, a partire dal 1° gennaio 2014, le comunicazioni relative all'elenco completo dei debiti certi, liquidi ed esigibili alla data del 31 dicembre di ciascun anno, sono trasmesse dalle amministrazioni pubbliche per il tramite della piattaforma elettronica entro il 30 aprile dell'anno successivo. In caso di inadempienza, i dirigenti responsabili sono assoggettati, altresì, ad una sanzione pecuniaria pari a 100 euro per ogni giorno di ritardo nella registrazione sulla piattaforma elettronica. Il creditore, poi, in caso di omessa, incompleta o erronea comunicazione da parte dell'amministrazione pubblica di uno o più debiti, può richiedere all'amministrazione di correggere o integrare la comunicazione del debito; decorsi 15 giorni dalla data di ricevimento della richiesta senza che l'amministrazione abbia provveduto ovvero espresso un motivato diniego, il creditore può presentare istanza di nomina di un Commissario ad acta, mediante la piattaforma elettronica. Entro il 30 giugno 2013, le pubbliche amministrazioni comunicano ai creditori, anche a mezzo posta elettronica certificata, l'importo e la data entro la quale provvederanno rispettivamente ai pagamenti dei debiti. L'omessa comunicazione rileva ai fini della responsabilità per danno erariale a carico del responsabile dell'ufficio competente. Le pubbliche amministrazioni pubblicano nel proprio sito internet l'elenco completo, per ordine cronologico di emissione della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, dei debiti per i quali è stata effettuata comunicazione, indicando l'importo e la data prevista di pagamento comunicata al creditore (la mancata pubblicazione è rilevante ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comporta responsabilità; i dirigenti responsabili sono assoggettati altresì ad una sanzione pecuniaria pari a 100 euro per ogni giorno di ritardo nella certificazione del credito). La normativa sblocca circa 40 miliardi in due anni, sottraendo al patto di stabilità i pagamenti entro un limite indicato dal decreto stesso. Qualora le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti accertino, su segnalazione del collegio dei revisori, che gli enti locali, senza giustificato motivo, non abbiano richiesto gli spazi finanziari, ovvero non abbiano proceduto, entro l'esercizio finanziario 2013, ad effettuare pagamenti per almeno il 90 per cento degli spazi concessi, le stesse irrogano una sanzione pecuniaria pari a due mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali, per i responsabili dei servizi interessati e i relativi importi sono acquisiti al bilancio dell'ente. Circa i criteri di pagamento, si prevede che essi sono effettuati dando priorità ai crediti non oggetto di cessione pro-soluto; per altro verso, tra più crediti non oggetto di cessione pro-soluto il pagamento deve essere imputato al credito più antico, come risultante dalla fattura o dalla richiesta equivalen-

Per altro verso, si è intervenuti sul calcolo e sulla decorrenza degli interessi di mora con riferimento alle transazioni commerciali. Il tema è disciplinato dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, che ha recepito la direttiva 2011/7/Ce¹³. Intanto va osservato che la direttiva coglie correttamente il rapporto tra esatto adempimento dell'amministrazione e buon funzionamento del mercato, rilevando come i ritardi costituiscono un fattore distorsivo, soprattutto nei periodi di recessione (v. "considerando" n. 3 e art. 1, c. 10). In ogni caso, l'art. 3 del d.lgs. n. 231 del 2002, dispone oggi che il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile; l'art. 4, poi, statuisce che gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento, che, per le imprese, viene fissato in trenta giorni (generalmente dal ricevimento della fattura o delle merci). Ciò disposto in generale per tutti i rapporti, si stabilisce che, nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione, le parti possono pattuire, purché in modo espresso, un termine per il pagamento superiore, quando ciò sia giustificato dalla natura

te di pagamento. Inoltre, non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento sulle somme destinate ai pagamenti. Un'ulteriore misura, come detto, attiene alla semplificazione della cessione dei crediti certi, liquidi ed esigibili maturati nei confronti delle pubbliche amministrazioni per somministrazioni, forniture ed appalti; essi sono esenti da imposte, tasse e diritti di qualsiasi tipo (ma tale disposizione non riguarda l'Iva); per altro verso, l'autenticazione delle sottoscrizioni degli atti di cessione dei crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni può essere effettuata anche dall'ufficiale rogante dell'amministrazione debitrice, ove presente e, nel caso in cui l'autenticazione delle sottoscrizioni sia effettuata da un notaio gli onorari sono comunque ridotti alla metà (la notificazione dei predetti atti di cessione può essere effettuata direttamente dal creditore anche mediante consegna dell'atto con raccomandata a mano ovvero con avviso di ricevimento). I crediti non prescritti, certi, liquidi ed esigibili, maturati nei confronti dello Stato, degli enti pubblici nazionali, delle regioni, degli enti locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale per somministrazione, forniture e appalti, possono essere compensati con le somme dovute a seguito di iscrizione a ruolo. Per altro verso, i crediti per somministrazione, forniture e appalti, non prescritti, certi, liquidi ed esigibili, maturati al 31 dicembre 2012 nei confronti dello Stato, degli enti pubblici nazionali, delle regioni, degli enti locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale possono essere compensati attraverso i servizi telematici messi a disposizione dall'Agenzia delle entrate, con le somme dovute a seguito di accertamento con adesione, di acquiescenza, di definizione agevolata delle sanzioni, di conciliazione giudiziale, di mediazione. A tal fine è necessario che il credito sia certificato.

¹³ È utile ricordare cosa si intende per: "transazioni commerciali": i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo; "pubblica amministrazione": le amministrazioni di cui all'art. 3, c. 25, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e ogni altro soggetto, allorché svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina di cui al d.lgs. n. 163 del 2006; "imprenditore": ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione.

o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione. In ogni caso i termini non possono essere superiori a sessanta giorni. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto. I termini sono poi raddoppiati per gli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tale fine e per le imprese pubbliche che sono tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza finanziaria di cui al d.lgs. n. 333 del 2003. L'eventuale clausola contrattuale con la quale le parti intendano predeterminare o modificare la data di ricevimento della fattura incorrerebbe nella sanzione della nullità, rilevabile d'ufficio. Per altro verso, nei casi di ritardato pagamento, il creditore ha diritto anche al rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte; si prevede pure un importo forfettario minimo di 40 euro a titolo di risarcimento, che non richiede la costituzione in mora.

A tacere del fatto che non sono mancate incertezze circa l'applicabilità della disciplina ora richiamata – che si riferisce a merci e servizi- ai lavori pubblici (ma nel senso dell'applicabilità, v. circolare 23 gennaio 2013, n. 1293, Ministero dello sviluppo economico – Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), l'introduzione di un doppio binario, con regole specifiche per l'amministrazione e la possibilità di allungamento dei termini, seppur al ricorrere di specifiche circostanze, lascia prevedere una dilatazione dei termini per ottenere quanto dovuto dalle amministrazioni. Più in generale, è davvero difficile che la mera introduzione di una norma di questo tipo – con la prefissione di un termine che, pur maggiormente ampio rispetto alla regola generale, appare breve: non mancano eccezioni virtuose, ma in Italia le amministrazioni pagano entro un termine medio di 180 giorni – sia in grado di invertire una linea di tendenza negativa e radicata nella nostra prassi.

Restano anche altri “ostacoli” normativi che intralciano il privato creditore, quali, in particolare, il regime dell'esecuzione forzata a danno dell'amministrazione. Basti, al riguardo, ricordare che, ai sensi dell'art. 14, d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 convertito nella l. 38 febbraio 1997, n. 30, le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine – sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione europea v. Corte di Giustizia, sent. 11 settembre 2008, c-265/07 – il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto.

Non può poi essere taciuto il frequente intervento, mediante fonte di rango legislativo, sulla stabilità dei rapporti contrattuali in essere, come dimostrato dal recente d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. nella l. 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. *spending review*: v. artt. 1 e 15 che, rispettivamente, consentono a certe condizioni il recesso o la rinegoziazione di contratti già stipulati e la riduzione, in ambito sani-

tario, degli importi e le connesse prestazioni relative a contratti in essere di appalto di servizi e di fornitura di beni e servizi).

In conclusione, la fiducia, valore essenziale sui mercati e nella società, è minata dall'incertezza dei rapporti, dalla presenza di regimi derogatori applicabili all'amministrazione che sia debitore, dai ritardi, dall'illegalità e dalla non prevedibilità delle decisioni pubbliche.

L'amministrazione come ostacolo - *Administration as an obstacle*

Il lavoro ha ad oggetto l'amministrazione come ostacolo.

Dopo aver esaminato le nozioni di "amministrazione" e di "ostacolo", il saggio considera i casi in cui l'ostacolo sia rappresentato dal contesto in cui il soggetto pubblico opera e il tema dell'amministrazione indolente.

Il lavoro considera poi i valori e i principi la cui attuazione può essere ostacolata dall'amministrazione (pluralismo, democrazia, eguaglianza e legalità), nonché i casi in cui la presenza stessa dell'amministrazione sia un ostacolo, volgendosi infine all'analisi dei possibili rimedi, anche in relazione ai principi costituzionali.

The work is on the theme of administration as an obstacle.

After examining the notions of 'administration' and 'obstacle', the paper considers cases in which the obstacle is the context in which the public body operates and the theme of 'slack' administration.

The work then goes on to examine values and principles the application of which could be hindered by administration (pluralism, democracy, equality and legality), as well as cases in which the presence of administration itself represents an obstacle. Finally, there is an analysis of possible remedies, also with reference to constitutional principles.