

Articoli e Saggi

Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (*Psicanalisi degli “uomini del fare” e rivisitazione della “donna è mobile”*)*

Filippo Salvia

SOMMARIO: 1. L'uomo del fare in azione. – 2. Il “*de profundis*” del procedimento. – 3. La metamorfosi degli interessi sensibili: da interessi primari a interessi molesti.

1. *L'uomo del fare in azione*

L'attore principale della Conferenza di servizio (l'amministrazione proponente) è raffigurato come un Brambilla affannato e sudaticcio deciso a operare nell'interesse di una famiglia allargata: il mitico “interesse pubblico”, costi quel che costi. La volontà di non arrendersi di questo simpatico personaggio è attestata tra l'altro dal fatto che se uno dei soggetti coinvolti nel procedimento, bypassando i termini capestro del silenzio-assenso, è riuscito a manifestare validamente il suo dissenso (senza incorrere nelle sanzioni poste oggi a carico di chi boicotta l'operosità altrui), Egli – *il dominus* dell'iniziativa – è abilitato a trascinare *manu militari* il pover'uomo in una nuova conferenza di servizio... per cambiare idea! Segno che per il nostro legislatore, a esser “mobile qual piuma al vento” non è solo la donna, come impropriamente opinava il leggerissimo Gualtiero, Duca di Mantova, ma anche fior di Dirigenti con tanto di laurea, di master in lingua e premio di avvenuto conseguimento degli obiettivi, come si conviene oggi nelle buone famiglie. (Sia sempre più lodata l'ineffabile “leggerezza dell'essere”!).

* Il presente lavoro è destinato agli Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani.

Lo stesso esame di ripetizione è previsto per quegli altri dissensi acquisiti fuori dalla Conferenza di servizio da funzionari vanesi che ritardano impropriamente i tempi della decisione all'unico scopo di far bella figura. Questi dissensi – giurisprudenza alla mano – non valgono un bel niente! Sono da considerare carta straccia (Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4732) o “*ioci causa*” – come direbbe un tardo latinista – perché (*aggiungiamo noi*) nella ratio dell'Amministrazione del *fare* solo l'accerchiamento dei potenziali dissenzienti all'interno della Conferenza di servizio crea le condizioni propizie per decidere bene.

Ma veniamo ora a tutti quegli altri attori addetti alle “intese”, ai “concerti”, ai “nulla osta”, agli “assensi” di ogni tipo. Tutti costoro vengono considerati, in blocco, dal nostro legislatore come persone *nemiche del fare* paragonabili al cane dell'ortolano che non raccoglie, né fa raccogliere o a quel sadico personaggio della canzone di Enzo Jannacci che per puro dispetto nei confronti del suo prossimo ripete ossessivamente “No”, “tu no”. Ma perché? “Perché no”.

Non sarò certamente io a ergermi a paladino di quei personaggi, presenti in diversa misura in tutti gli apparati organizzativi, che – forse per una questione di DNA – tendono a ingarbugliare sempre più le cose, sino a trasformare anche le vicende più semplici in veri e propri labirinti senza uscita. E ciò, non solo per averli visti all'opera più volte, ma anche per aver seguito molto da vicino le traversie di quel povero agrimensore di cui ci parla Kafka nel Castello. Assunto per un mero errore burocratico nei ranghi dell'amministrazione austro-ungarica e invitato a prendere servizio un certo giorno nel prestigioso Centro direzionale – denominato “Il Castello” –, Egli non riuscirà mai a mettere piede nel medesimo per tutta la durata del racconto che si protrae per ben 450 pagine assai fitte quanto minuziose, rimaste peraltro incompiute. Ma mi guardo anche bene dal magnificare i molti Brambilla desiderosi del fare che popolano oggi la nostra scena! Si tratta nella stragrande maggioranza dei casi di soggetti pericolosissimi, il cui unico pensiero è quello di captare denaro pubblico, che altrimenti (*a loro dire*) andrebbe perduto se non speso sino all'ultimo centesimo entro l'anno. La nobiltà del fine – il non far perdere la “Grazia di Dio” – giustificherebbe in pieno l'utilizzazione dissennata delle risorse, secondo una cultura divenuta purtroppo egemone sin dai lontani tempi della Cassa per il Mezzogiorno. E infatti grazie a questa logica, il nostro territorio da anni è infestato da ecomostri, da incompiute, da grandi opere abbandonate subito dopo il collaudo per i proibitivi costi gestionali, da strutture universitarie appollaiate in cima ai monti, da aeroporti e grandi ospedali privi di bacini d'utenza. Tutte cose che hanno contribuito certamente alla progressiva dilatazione della spesa pubblica e del debito pubblico, alla caduta verticale degli investimenti capaci di innescare processi produttivi non effimeri. E forse anche al venir meno di ogni forma di *ordi-*

narietà nella gestione della cosa pubblica: dalla manutenzione ordinaria dei beni pubblici, all'assunzione di personale stabile negli uffici, nelle scuole, negli ospedali e in altre strutture similari, in mano ormai da tempo al precariato. È venuto meno così quel fisiologico ricambio generazionale che è essenziale per il rinnovamento senza traumi di ogni struttura organizzativa preposta a un qualsiasi gruppo sociale. Quando poi, per avventura (o disavventura), la "fattività" di base dell'*homo faber* si coniuga con dosi non modiche di perbenismo mistico, la miscela diviene ancor più letale. Perché si perde definitivamente il contatto con le cose, si entra nel mondo dell'astrazione pura. Nasce l'Etica di un fare frenetico proiettato al nulla, diviene motivo di vanto la fatica pura e semplice, il sudore della fronte biblico come tributo da pagare per la colpa di Adamo. Ciò spiega la circostanza che tutti coloro che oggi si agitano nell'agorà con buone prospettive di "farsi avanti" ripetono ossessivamente di *lavorare, lavorare, lavorare*, senza tuttavia darsi mai carico di chiarire al loro prossimo le ragioni che giustificano una sì grande tribolazione. E cioè: se si tratti di un lavoro-espiazione buono per maturare qualche "credito" ai fini della vita eterna, o di qualcosa di più immediata utilità per il mondo in cui viviamo. Il non aver chiarito questo aspetto fondamentale ha contribuito ad accrescere enormemente negli ultimi anni il furore degli uomini del fare nei confronti dei fannulloni. Che – devo confessarlo anche a costo di perdere qualche "credito" – cominciano ad occupare un posto di rilievo nella mia sfera affettiva, rimanendo sempre più colpito dell'atteggiamento sobrio e composto dei medesimi, rimasti forse gli unici, nell'attuale girandola dei diritti in *spes*, a non bussare alla porta di quel grande Opificio addetto alla coniazione di nuovi diritti, per chiedere una qualche benemerenzia in compenso del loro status ozioso.

Com'è facile dedurre, nella logica degli uomini del fare il bene comune è sempre estromesso. Permane solo confusamente l'idea keynesiana distorta che il "giro di denaro" in sé e per sé possa produrre comunque nuova ricchezza. Ecco perché la manomissione di ambienti pregiati, la realizzazione di macrostrutture stradali, di nuovi trafori, di porti turistici, la prospettiva di grandi eventi, di cittadelle per lo sport, del Ponte di Messina (sempre in cima ai pensieri degli uomini del fare), vengono percepite come "occasioni da non perdere", senza mai interrogarsi seriamente sulla reale utilità di quanto vuol realizzarsi, sulla sostenibilità ambientale dell'impatto, sui costi economici e sociali di lungo periodo degli interventi stessi. Lo stesso clima allergico al "bene comune" diviene palpabile quando vengono al pettine i nodi di quelle attività economiche legate ai *giochi e alle scommesse*, la cui carica devastante sembra sfuggire stranamente alla gran parte dei soggetti investiti di pubbliche funzioni che, proprio per ragioni del loro ufficio dovrebbero avere invece le antenne più sensibili a percepire le

patologie sociali, specie quelle più inquietanti che gravano soprattutto sui soggetti deboli (per età, cultura, situazioni di bisogno). Non sembrano sfuggire a tale atteggiamento minimalistico neppure le più blasonate Corti sovranazionali e interne abilitate a pronunciarsi sui massimi sistemi della convivenza umana, nonché i Governi nazionali che si susseguono nel tempo a prescindere dal loro colore politico. Le prime ricorrendo all'espedito, proprio delle situazioni difficili, di isolare e marmorizzare le libertà economiche per renderle impenetrabili all'azione limitativa delle libertà altrui, anche a costo di accantonare per un momento il delicato equilibrio delle libertà kantiane, che però a parole si continua a proclamare saldissimo e irrinunciabile. Si avrà modo di vedere al par. 3 che un tentativo ancor più radicale di "sublimazione" delle libertà economiche aveva preso corpo, in altra stagione di grande fioritura dei valori del "Mercato", in un disegno di legge costituzionale di modifica dell'art. 41 Cost. (per fortuna non andato in porto) che avrebbe dovuto estrarre dal medesimo qualsiasi riferimento all'utilità sociale e ad ogni altro interesse attinente alla sfera pubblica. I secondi (i Governi) paventando invece effetti catastrofici a catena da un'eventuale turbativa delle attività ludiche. Ciò che in particolare si teme è una caduta verticale delle entrate pubbliche che potrebbe a sua volta riversarsi come un macigno sul *bene comune*: un'entità per vero, che nel mondo in cui viviamo (fortemente improntato dalla logica della finanza) compare e scompare in modo casuale, secondo le occorrenze del caso.

Anche il principio di sussidiarietà *ex art.* 118 Cost. (con i correlati limiti all'intervento pubblico in nome dell'autonomia del *sociale*) finisce paradossalmente per portare acqua allo stesso mulino, essendo noto che le benefiche "Fondazioni" – che fanno oggi capo a diverse formazioni politiche – non disdegnano quasi mai di accettare le generose elargizioni provenienti dai gestori delle attività dei giochi e delle scommesse, miracolosamente prospere anche in tempi di crisi. Si tratta in molti casi di contribuzioni del tutto lecite sotto il profilo formale – come non mancano mai di stigmatizzare i diretti interessati – ma che presentano tuttavia il tallone di Achille (se così può dirsi) di innescare una corrispondenza di amorosi sensi tra il benefattore e il beneficiario che può produrre qualche fastidio d'immagine ai meno robusti appartenenti alla sfera dei beneficiati trattandosi di regalie provenienti da una economia, che il popolino sin dai tempi di Al Capone si ostina ancora a considerare poco trasparente e comunque di non *estrema utilità sociale*. Ma a parte questi dettagli non può disconoscersi che gli effetti positivi dell'anzidetta alleanza pubblico-privato nel campo in discussione sono visibili a occhio nudo. *Slot machine*, videogiochi, gratta e vinci, scommesse di ogni tipo, sono le uniche attività in crescita e per questo forse sempre più corteggiate (almeno) da chi ha voce in capitolo. Si può quindi asserire pacifica-

mente che nella moderna Casa di vetro imperniata sulle tre “E” (economicità, efficienza, efficacia), il risultato inteso come “utile sociale” (come frammento di bene comune) non conta niente. Ciò che conta invece è il conseguimento dell’*obiettivo* che è ben altra cosa. Un obiettivo calibrato *ad usum delphini* che riprende peraltro le modalità organizzative ed ideologiche proprie dell’Alto Medioevo, basate su complicate catene di fedeltà *ad personam*. Solo se si entra in questo distorto modo di pensare (che purtroppo non sembra stupire più nessuno) è possibile, a nostro avviso, comprendere talune vicende sconcertanti dei nostri tempi, altrimenti inspiegabili. Come ad es. la circostanza che, nel più bello della recente crisi bancaria, siano stati distribuiti cospicui premi di rendimento a dirigenti e operatori del settore, per aver collocato sul... *Mercato* (la “clientela più sprovvista”) titoli spazzatura, senza incontrare resistenze di sorta. O come sia stato possibile premiare per anni quei manager della sanità che avevano conseguito l’obiettivo della riduzione della spesa, bloccando negli ultimi mesi dell’anno l’erogazione dei servizi sanitari. Col *risultato reale* (ben diverso da quello manageriale) di far pagare il prezzo del fermo ai soggetti più svantaggiati: quelli che avrebbero avuto invece pieno titolo per la gratuità del servizio. Anche la statistica schizofrenica dei “parti cesarei” (prima diffusissimi, oggi quasi scomparsi) è spiegabile con l’anzidetta logica di bottega, che nulla ha a che fare col giuramento di Ippocrate. Quando oggi sentiamo parlare delle sorti “magnifiche e progressive” della “amministrazione di risultato” lo scenario che ci si presenta è quello anzidetto. Non ci vengono certamente in mente altre realtà più consolanti, come ad es. i risultati straordinari conseguiti recentemente da altri nostri conazionali nell’ambito del Cern con la “cattura” del bosone di Higgs: la misteriosa “particella di Dio”, da cui sarebbe derivato il tutto.

Ciò va detto senza mezzi termini. Anche se deve subito aggiungersi che in quella occasione il nostro Governo (attraverso il Ministero competente) fece di tutto per dare la massima rilevanza all’evento, spingendosi addirittura a esplicitare (com’è ancora impresso nella memoria collettiva) che nei giorni dell’esperimento altra minuscola particella fantasma il neutrino faceva incessantemente la spola tra il Gran Sasso d’Italia e il Cern di Ginevra grazie a una misteriosa galleria di collegamento realizzata da una “mano pubblica”, anch’essa ignota. Com’è facile notare, tutte le volte in cui la palla in gioco ritorna nella disponibilità dell’amministrazione riformata secondo il trittico manageriale anzidetto i... risultati non mancano.

2. *Il “de profundis” del procedimento*

Passiamo adesso all'esame di altri aspetti della Conferenza di servizio meno legati al profilo psicologico e comportamentale dei protagonisti, partendo dalla storia.

È a tutti noto che il contributo più significativo dato dagli studiosi nel corso degli anni '60 del secolo scorso e nei decenni successivi al diritto amministrativo è stato quello di aver dipanato le nebbie che ancora avvolgevano i processi decisionali pubblici, chiarendo in particolare che la volontà della p.a. (il contenuto delle decisioni pubbliche) non si forma per incanto nel momento in cui viene emanato l'atto ma è frutto di un più lungo travaglio *conoscitivo-decisionale* che passa sostanzialmente attraverso tutte le fasi del procedimento anteriori al medesimo.

Anche nel mondo dei privati avviene invero qualcosa di simile. Ma con questa fondamentale differenza: che mentre in quest'ultimo, tutto il travaglio decisionale antecedente alla stipula del contratto rimane generalmente confinato nella sfera puramente interna; al contrario, nel campo pubblicistico esso assume rilevanza formale nel procedimento, perché l'amministrazione – agendo nell'interesse della collettività e con denaro pubblico – deve dar conto in modo visibile e convincente dell'iter logico e delle modalità che l'hanno portata a determinare un certo assetto agli interessi coinvolti nella decisione. Le stesse ragioni hanno indotto più tardi il legislatore a codificare il procedimento amministrativo col dichiarato intento di poter rafforzare con la forza della legge scritta (legge n. 241/1990) i principi basilari dell'azione amministrativa (in gran parte per verità individuati dalla giurisprudenza), espungendo così dal mondo dell'amministrazione l'incubo dell'incertezza e dell'arbitrio. La stessa legge tuttavia, avvertendo anche l'esigenza di semplificare il modo di operare delle pubbliche amministrazioni, ha previsto diversi meccanismi acceleratori per bilanciare così le due anzidette esigenze della *trasparenza* e della *speditezza operativa*.

In questo quadro prende vita appunto la “Conferenza di servizio”, concepita originariamente dal legislatore come mera modalità di avvicinamento dei soggetti coinvolti in un medesimo procedimento per facilitarne il confronto ai fini della decisione. Non per vero come strumento di riassetto degli interessi. Ma la legislazione successiva è andata molto al di là: ha esteso notevolmente l'ambito della conferenza; ha modificato in modo radicale le modalità di funzionamento della medesima (trasformandola sostanzialmente in un organo collegiale); ha eroso sempre più il regime privilegiato riservato (dalla legge base) agli interessi sensibili; ha introdotto soprattutto termini capestro a ogni passaggio decisionale trasformando così i *silenzi* più o meno consapevoli (o imbarazzati) in *assensi* a

tutti gli effetti. In questo modo, se non vado errato, tutta la logica procedimentale è andata in fumo, perché – soprattutto nel caso in cui la conferenza di servizio ha la pretesa di inglobare una pluralità di procedimenti complessi – essa produce l'effetto di *depotenziare la fase conoscitiva* dell'agire amministrativo, che nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale dagli anni sessanta in poi era invece considerata determinante ai fini della decisione da assumere. I numerosi *procedimenti unici* prodotti dall'esperienza degli ultimi anni confermano come tutte le anzidette scorciatoie operative, non incidono solo sui tempi, ma anche sull'esito delle scelte (non si spiegherebbe altrimenti la giurisprudenza richiamata al par.1 che considera "*tamquam non esset*" il parere acquisito fuori dalla conferenza di servizio). Volendo riassumere in poche parole i concetti sopra espressi si potrebbe dire questo. Che in poco più di mezzo secolo, il momento fondamentale del processo decisionale pubblico si è spostato più volte e in modo non lineare: in un primo momento dall'atto al procedimento (dalla metà dell'ottocento alla metà del novecento); successivamente dal procedimento alla conferenza di servizio (fine del novecento/primi anni del 2000), per radicarsi poi nell'ultimo periodo, in un *sistema decisionale atipico*, basato ancora sulla conferenza di servizio e quindi su forti dosi di collegialità, ma integrato e falsificato da una miscela di assensi taciti legati allo scadere di termini capestro dislocati nei punti strategici del procedimento. Il quadro che ne emerge è quindi ancora quello di una amministrazione ambigua e imprevedibile che, in una cornice formale di partecipazione, trasparenza e cortesia, ripropone in modo più raffinato gli *arcana imperii* di una volta.

3. *La metamorfosi degli interessi sensibili: da interessi primari a interessi molesti*

Sempre nel periodo assai fertile degli anni '60 entrano in scena a pieno titolo nel diritto amministrativo i principi costituzionali. Gli studiosi più attenti percepiscono l'avvento di una sorta di gerarchia nell'ambito degli interessi pubblici. Si afferma così la tesi del *carattere primario* degli interessi strettamente legati alla persona (come la salute, i beni culturali, il paesaggio, e similari), e la possibilità quindi di uno scontro con altri interessi (come quelli economici), anch'essi previsti in Costituzione.

Ma negli ultimi decenni è prevalso il convincimento che proprio gli interessi più blasonati (legati al nocciolo duro della Costituzione) sarebbero d'impaccio per la crescita e lo sviluppo, tarpando le ali a chi ha voglia di fare. Ricorderanno i nostri lettori che qualche anno fa, un autorevole gruppo di uomini di

governo (alcuni dei quali muniti anche di cattedra universitaria) – interpretando il novello *grido di dolore* proveniente da tutte le contrade più operose d’Italia – aveva avuto la bella idea di depurare l’art. 41 Cost. del *troppo e vano*, liberandolo in particolare dall’ingombrante presenza del 2° e 3° comma, in modo che esso potesse finalmente recitare in modo limpido “l’iniziativa economica privata è libera”, senza l’inutile fardello della sicurezza, del lavoro, dell’ambiente, dei beni culturali e di tutte quelle altre quisquiglie che, nella mente degli odierni liberisti troverebbero invece più solida tutela nell’infallibile Mano invisibile del Mercato. Ciò al nobile scopo di velocizzare l’apertura di nuove imprese e cantieri per completare finalmente quella che potrebbe essere definita la “grande incompiuta”: la cementificazione definitiva della Penisola.

Purtroppo però non se ne fece nulla. Qualche tempo prima sotto l’egida del reganismo che – anticipando la disinvoltura degli ultimi tempi – aveva prodotto nuove forme di “rapaci” indomabili, era stato anche formulato l’auspicio di sopprimere l’art. 43 Cost., ritenuto ormai incompatibile con i principi comunitari della concorrenza. Ma anche questa riforma era andata in fumo. Travolta da una valanga di nazionalizzazioni mascherate, disposte dai governi di mezzo mondo nel tentativo di fronteggiare la grande crisi. Una vicenda già vista negli anni ’30 del secolo scorso e attentamente vagliata dai nostri Costituenti – proprio in sede di redazione del titolo III – che dimostra ancora una volta implicitamente la maggiore lungimiranza dei riformatori del primissimo dopoguerra rispetto a quelli odierni troppo legati forse al contingente e proprio per questo travolti assai spesso dalle loro stesse riforme.

Di fronte a tante chiusure paralizzanti (talune per vero non messe originariamente in conto) la *leadership* moderata degli uomini del “fare” ha pensato bene di mettere a punto una inedita strategia di basso profilo e dalla impronta “mite”, che può essere riassunta in tre punti: a) bando alle teste calde; b) bando alle modifiche costituzionali (il Titolo III della Costituzione così com’è va benissimo, potendo essere innocuizzato in altro modo); c) bando alle guerre di religione (il nemico non va affrontato frontalmente, ma ai fianchi al fine di depotenziarlo progressivamente).

I risultati di questa nuova strategia non si sono fatti attendere e sono già ben visibili: la legge n. 241/1990, concepita inizialmente come una sorta di *Corpus iuris* valevole per l’eternità, è diventata in poco tempo un colabrodo. Le parti più bersagliate della medesima (e non poteva essere diversamente) sono proprio quelle relative alla Conferenza dei servizi e ai silenzi, essendosi scoperto che attraverso la nuova miscela chimica dei comportamenti taciturni e dei termini capestro è possibile sconfiggere pacatamente l’ultimo dei più pericolosi nemici di sempre: il cane dell’ortolano nemico del “fare”.

In tal modo senza “schiamazzi”, com’è nello stile proprio di ogni moderato che si rispetti, gli *interessi primari* – che per decenni avevano esaltato giuristi di ogni disciplina e di tutte le generazioni – sono stati convertiti in poco tempo in *interessi molesti*, di cui sbarazzarsi al più presto, anche col consenso di quelli che un tempo ne erano stati i più accesi sostenitori. Straordinarie anche qui le assonanze col mondo kafkiano. In un altro Racconto dal titolo “La metamorfosi”, il nostro A. narra la storia di un giovane dabbene perfettamente integrato nella famiglia d’origine, che un brutto giorno scopre di non appartenere più al mondo degli umani, ma a quello degli invertebrati, essendo stato trasformato misteriosamente in un grosso verme, divenuto ormai d’impaccio anche per i conviventi. Saranno proprio i suoi parenti più stretti, a seguito di un breve Consiglio di famiglia, a darsi carico della *rottamazione* del medesimo, per sopravvenuta incompatibilità ambientale¹.

¹ In principio l’espressione “rottamazione” era rigorosamente circoscritta alla sfera dell’*inanimato*, per indicare il destino finale di oggetti fuori uso, quali macchinari e simili. Ma, grazie al contributo degli uomini del fare, essa viene oggi usata anche per entità del mondo animale e umano. Confortato da ciò ho ritenuto di dover ricorrere anch’io alla anzidetta espressione, non avendo trovato, nel caso specifico, un vocabolo più appropriato per rendere il concetto.

Filippo Salvia - Abstracts

Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (Psicanalisi degli uomini del fare” e rivisitazione della “donna è mobile”)

Il lavoro, analizzando l’istituto della Conferenza di servizi, svolge critiche considerazioni sulla stagione del riformismo e sul ruolo degli interessi sensibili in seno all’ordinamento amministrativo.

Tests of realism in the study of administrative law: On the ‘Conferenza di servizi’ and related aspects (A psychoanalysis of the ‘pro-active man’ figure and a reappraisal of ‘la donna è mobile’)

The work, analysing the establishment of the ‘Conferenza di servizi’, offers critical considerations on the season of reformism and on the role of sensitive interests within the administrative order.