



ASTRID – pubblicato in “ASTRID Rassegna” n. 4 del 2005

Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell’azione amministrativa.

Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante “Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241”.

di Vincenzo Cerulli Irelli

1. Premessa.

La definitiva approvazione, da parte della Camera dei Deputati, del disegno di legge Berlusconi, Frattini e altri (3890), che trae, a sua volta, origine dalla precedente proposta di legge Cerulli Irelli (6844), della XIII legislatura, dopo cinque letture parlamentari e con voto pressoché unanime di tutte le forze politiche, introduce, nel nostro sistema amministrativo, una serie di innovazioni assai rilevanti che vanno a comporre un *corpus* normativo di parte generale nell’ambito della legge n. 241/90, fortemente incisivo sulla nostra disciplina.

All’entrata in vigore del testo dovranno seguire riflessioni assai approfondite, da parte nostra, e la giurisprudenza sarà chiamata a pronunciarsi sugli aspetti più delicati della nuova disciplina. Per ora, ci limitiamo ad osservazioni di carattere generale e preliminare.

Le principali innovazioni si possono raggruppare in quattro serie. Anzitutto quelle che riguardano i principi generali dell’azione amministrativa, e i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, e quindi l’utilizzabilità dell’una o dell’altra disciplina nell’esercizio dell’amministrazione. In secondo luogo, quelle che riguardano il procedimento, in quanto tale, e le modalità della sua conclusione; e quindi la disciplina del silenzio, la disciplina della partecipazione, la disciplina della conferenza di servizi. In terzo luogo, le norme che riguardano i procedimenti di secondo grado, la disciplina

della efficacia e della esecuzione del provvedimento, la disciplina dell'invalidità. Si tratta di un settore, di gran lunga il più importante contenuto nella nuova legge, tradizionalmente non oggetto di normazione legislativa (salvo che per alcuni aspetti) ma frutto di elaborazione giurisprudenziale. In quarto luogo, la nuova legge riscrive la disciplina dell'accesso.

2. Principi generali dell'azione amministrativa.

L'art.1, 1° comma, della legge n. 241/90 viene modificato, lievemente, rafforzandone il contenuto. Ai criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità, già previsti come quelli che reggono l'attività amministrativa, si aggiunge quello della trasparenza. Ma in realtà, questo criterio, che significa conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, e quindi controllabilità, e accessibilità agli atti e ai documenti del procedimento, era già pacificamente ritenuto sussistente nel nostro sistema legislativo quale conformato dalla legge n. 241/90. Non a caso, essa veniva e viene denominata, nel linguaggio comune, legge sulla trasparenza; ed essa effettivamente contiene norme tutte intese alla conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, da parte degli interessati, dall'istituto del responsabile del procedimento, a quello dell'avvio del procedimento, ai diversi istituti della partecipazione, alla disciplina dell'accesso. E lo stesso testo dell'art.1, 1° comma, contempla il criterio della pubblicità che, secondo molti autori, comprende in sé quello della trasparenza.

Si tratta perciò di una innovazione non significativa, anzi in qualche modo superflua. Una mera sottolineatura di una impostazione preesistente.

Di maggior rilievo il riferimento, alla fine del comma, ai "principi dell'ordinamento comunitario" come quelli che determinano le modalità di esercizio dell'attività amministrativa. Sul punto si deve tenere presente che i principi dell'ordinamento comunitario, quali elaborati da una ormai cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia, sulla base delle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri, reggono l'esercizio dell'attività amministrativa da parte degli organi e degli uffici dell'Unione Europea, nonché delle Amministrazioni nazionali, quando agiscono in applicazione di normative comunitarie. E lo stesso "diritto ad una buona amministrazione" sancito dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea, adesso inserita nel

testo della Costituzione (Tratt. cost.) riguarda l'azione delle "istituzioni, organi e organismi dell'Unione" (art. II-101).

Questi principi, in quanto tali, non avrebbero applicazione diretta da parte delle Amministrazioni nazionali. Invero, se si va ad osservare di quali principi si tratta, ci si rende conto che essi praticamente coincidono con quelli seguiti negli ordinamenti nazionali e segnatamente nel nostro (del resto essi sono elaborati, come noto, sulla base delle tradizioni comuni). E così, ad esempio, lo stesso art. II-101 prevede il principio di imparzialità, i principi di partecipazione, il diritto di accesso, l'obbligo di motivazione, la risarcibilità dei danni prodotti dall'Amministrazione, il termine ragionevole nel quale le pubbliche Amministrazioni debbono pronunciarsi. Si tratta perciò di principi, ormai pacificamente acquisiti nell'ambito del nostro ordinamento.

Circa l'espreso richiamo dei principi dell'ordinamento comunitario, nell'ambito della sistema nazionale, si può ricordare l'art. 20, 8° comma, lett. c), della legge n. 59/97 e successive modificazioni, che espressamente prevede la soppressione dei procedimenti (nell'ambito della politica di semplificazione) che risultino in contrasto "con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale o comunitario". Ciò che comporta la recezione interna dei principi comunitari, come quelli che vanno a reggere anche i procedimenti di mera attribuzione nazionale.

Tra i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, non tutti risultano corrispondenti a quelli ormai consolidati nella nostra esperienza positiva; che almeno due, di particolare interesse ai nostri fini, risultano almeno parzialmente innovativi, rispetto a questa esperienza. Mi riferisco al principio di proporzionalità, e al principio di legittima aspettativa (*legitimate expectation*); ma occorre anche tener presente il principio di precauzione di più limitato ambito operativo.

Il principio di proporzionalità, a un primo sguardo, si può considerare già presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del principio di ragionevolezza (ogni misura adottata dalla pubblica amministrazione, che va ad incidere su posizioni private deve essere proporzionale rispetto a quanto richiesto dagli obiettivi perseguiti). Irragionevole sarebbe, e perciò, sanzionabile sotto il profilo dell'eccesso di potere una misura incidente sulla sfera privata, non giustificata da specifiche e motivate esigenze di interesse pubblico. Tuttavia, in diritto comunitario, il principio acquista una forte accentuazione circa il rispetto delle posizioni dei soggetti privati a fronte di

esigenze di intervento pubblico. Esso guarda più all'esigenza di non limitazione, se non nei casi di stretta necessità, della libertà dei privati, piuttosto che all'esigenza della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico. E segnatamente, le due articolazioni del principio nella *suitability* e nella *necessity*, che emergono dalla giurisprudenza comunitaria costituiscono una forte sottolineatura di questo aspetto di tutela della libertà dei privati dall'intervento pubblico (v. ad esempio CGCE, C-122/78; C-359/92). Laddove, la nostra proporzionalità, come declinazione del principio di ragionevolezza, guarda piuttosto alla misura adottata dalla pubblica amministrazione in sé, come misura intesa a curare l'interesse pubblico.

E, ancor più, il principio di legittimo affidamento, nella giurisprudenza comunitaria rileva come fortemente caratterizzato in termini di tutela dell'interesse privato, segnatamente laddove viene applicato nei procedimenti di autotutela. Laddove si traduce nella affermazione che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita.

E così, la particolare considerazione dei *vested right* mostra come il principio di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici tende a prevalere, in determinati casi, su quello di legalità. Atti dell'autorità anche se illegittimi possono aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, in relazione alle circostanze di fatto e di diritto nell'ambito delle quali l'autorità ha operato; affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico. E così ad esempio, "la revoca per illegittimità di una decisione la quale ha attribuito diritti soggettivi o concesso vantaggi- anche se in determinati casi non può avere effetto *ex tunc* a cagione dei diritti quesiti- ha sempre effetto *ex nunc*", ed è consentita "entro un termine ragionevole e se l'istituzione da cui proviene tiene adeguatamente conto della misura in cui il destinatario dell'atto ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dello stesso"; affidamento che può limitare "il diritto di revocare" l'atto viziato da illegittimità (CGCE C-15/60; 14/81; 15/85, 90/95)

Il richiamo espresso di questi principi, sicuramente darà luogo a delle conseguenze nell'ambito della nostra giurisprudenza, a successivi adeguamenti di essa a quella comunitaria; ad una impostazione, nella quale la tutela delle posizioni private è

destinata a svolgere un ruolo molto più forte di quanto si riscontra nella nostra giurisprudenza tradizionale.

Il principio di precauzione è emerso con riferimento alla materia della protezione dell'ambiente, e più di recente, alla materia di tutela della salute, nella giurisprudenza comunitaria (adesso, v. anche art. 174, 233, Tratt. Cost.). Esso può rilevare, tuttavia, anche in altre materia come ad esempio la sicurezza dei consumatori, e direi anche in prospettiva la protezione civile e l'incolumità pubblica. Il principio, a fronte di situazioni di rischio, in questi settori, anche non ancora pienamente accertate, consente, e in certa misura impone, l'adozione di provvedimenti di tutela da parte delle Amministrazioni competenti (misure "che possono ledere, finanche in modo profondo, situazioni giuridiche tutelate" Trib. I grado 11.9.2002 n. 70/99). In materia sanitaria, secondo il Tribunale di 1° grado, il principio di precauzione implica che " nel caso in cui sussistono incertezze quanto all'esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono prendere provvedimenti di tutela senza dover attendere che la realtà e la gravità di tali rischi siano pienamente dimostrate; in base a tale principio, nel caso in cui la valutazione scientifica non consenta di stabilire con sufficiente certezza l'esistenza del rischio, la scelta di ricorrere o non ricorrere al principio di precauzione "dipende generalmente dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale".

3. Attività amministrativa di soggetti privati.

L'esigenza del rispetto dei principi dell'attività amministrativa come riformulati dall'art. 1, 1° comma, si estende anche ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, comma 1 *ter*). Si tratta dei *munera*, secondo l'espressione ormai usata diffusamente, che denotano una serie di casi molto differenziati che si va diffondendo nell'esperienza più recente: dai tradizionali concessionari di servizi e di lavori pubblici, ai soggetti agenti nell'ambito di programmi finanziati dallo Stato o dall'Unione Europea, alle funzioni pubbliche rimaste imputate ad organizzazioni precedentemente pubbliche, poi trasformate in società per azioni, e così via.

Si tratta, in ogni caso, di attività di tipo pubblicistico, espressione di funzioni pubbliche affidate dalla legge o in base a rapporti di tipo convenzionale a soggetti privati. In un momento storico caratterizzato da un'accentuata tendenza alla

privatizzazione di organizzazioni pubbliche (trasformazione di queste in s.p.a ovvero in associazioni o fondazioni) la norma acquista un importante risalto. Essa infatti significa che le attività di rilievo pubblico svolte dal soggetto una volta che esso viene privatizzato restano cionondimeno assoggettate alla disciplina dell'azione amministrativa. Solo la parte coperta dal *munus* (ad esempio l'impresa di costruzione concessionaria della pubblica Amministrazione quando stipula appalti o altri contratti con soggetti terzi) resta tuttavia sottoposta al rispetto delle norme e dei principi del diritto amministrativo, nonché al sindacato del giudice amministrativo; restando viceversa esclusa quella parte di attività che gli stessi soggetti pongono in essere nell'ambito della loro autonomia privata.

4. Attività amministrativa secondo norme di diritto privato.

L'art. 1, comma 1 *bis* introduce il principio, che a molti è apparso fortemente innovativo ed è già stato oggetto di critiche e di dibattiti, secondo il quale la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

Da un punto di vista sistematico la norma vuol significare una inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione e in caso di dubbio interpretativo sono sempre le norme di diritto pubblico a doversi applicare da parte delle pubbliche Amministrazioni e non quelle di diritto comune. Sulla base di questa impostazione, infatti l'agire secondo il diritto pubblico è la regola per le pubbliche Amministrazioni; l'agire secondo il diritto privato l'eccezione, limitata ai casi espressamente previsti dalla legge.

Questo principio, peraltro da ritenere superato sia nella prassi applicativa delle pubbliche Amministrazioni, sia nelle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali, viene ribaltato dalla norma in esame. Secondo essa infatti l'agire secondo il diritto pubblico dev'essere oggetto di espressa previsione normativa; chè altrimenti le pubbliche Amministrazioni agiscono secondo il diritto privato, sulla base cioè della capacità giuridica generale ad esse senz'altro riconosciuta.

Restano fuori, secondo la norma, dalla possibilità di applicazione del diritto privato, i casi di esercizio di poteri autoritativi (nella originaria p.d.l. Cerulli Irelli, n.

6844/XIII, si facevano salvi “i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti”, con formula perciò più estensiva).

Si può ritenere ovvio, invero, che attraverso gli strumenti giuridici privatistici non è tecnicamente possibile la produzione di effetti imperativi, l'esercizio dell'autorità tecnicamente intesa. E perciò, in questo campo, la norma non potrebbe avere alcun impatto. E ben sappiamo che il diritto amministrativo si presenta all'origine come la disciplina giuridica degli atti di esercizio dell'autorità (prendendo il luogo di discipline differenziate che nell'Antico Regime reggevano l'esercizio di queste attività giuridiche in genere rapportate alla funzione giurisdizionale). E quindi, laddove si tratti di esercitare l'autorità, emanare perciò atti di carattere imperativo o ablativo, questi avvengono secondo la disciplina di diritto pubblico. Se l'Amministrazione compra un terreno per realizzare un'opera, con l'assenso perciò del proprietario, essa applica il diritto privato. Ma se espropria, visto che l'opera deve essere costruita, e dev'essere costruita secondo il progetto, non secondo la disponibilità dei singoli privati proprietari, in caso di non consenso del proprietario, applica una disciplina giuridica di diritto pubblico che è la disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità.

I problemi applicativi della norma si pongono al di fuori dell'ambito dei poteri autoritativi; cioè in tutti quei casi di esercizio dell'azione amministrativa non autoritativa in cui l'esperienza giuridica dell'ultimo secolo (o poco più) ha costruito moduli di azione di diritto pubblico. Così ad esempio, il procedimento amministrativo di concessione in luogo di un contratto di affitto o di locazione o di uso, il procedimento amministrativo di aggiudicazione per la scelta del contraente negli appalti pubblici in luogo delle trattative negoziali, etc. Si potrebbero aggiungere i procedimenti amministrativi di gestione del rapporto di lavoro del personale pubblico in luogo dei semplici poteri datoriali se questo settore non fosse stato (ma solo in parte, come è noto) oggetto della recente privatizzazione.

In casi di questo tipo l'utilizzo dello strumento privatistico sarebbe, in via di principio e in termini squisitamente tecnici, possibile, poiché l'effetto che si intende produrre è tecnicamente raggiungibile anche con detto strumento (a differenza di quanto avviene negli atti di natura autoritativa, in senso lato, comprensivi anche delle autorizzazioni, degli atti di certezza pubblica e così via).

E' ben noto che l'operazione di trasformazione in atti di diritto pubblico di questi atti che tecnicamente potrebbero avere e che storicamente avevano, nella gran parte dei casi, natura privatistica, è dovuta all'affermarsi di un modello di amministrazione fondato sui principi dell'imparzialità e della ragionevolezza, perciò sempre controllabile dall'esterno e nel quale assumono configurazione di portatori di interessi (situazioni soggettive) giuridicamente rilevanti i terzi, a fronte di una azione amministrativa che possa essere lesiva di quegli interessi. E' proprio la tutela dei terzi, la rilevanza giuridica della loro posizione soggettiva a fronte di una determinata azione amministrativa, che costituisce il vero discrimine tra diritto amministrativo e diritto privato; e la ragione per la quale la disciplina pubblicistica si è estesa storicamente al di fuori dell'ambito degli atti di natura autoritativa sino ad investire tendenzialmente tutta l'azione delle Amministrazioni pubbliche (salva quella di carattere strettamente privatistico-patrimoniale).

Su questa impostazione del nostro sistema positivo viene adesso a cadere questa norma. Essa, tuttavia, come norma di legge ordinaria non ha ovviamente la forza di derogare alla legislazione positiva, peraltro da essa espressamente richiamata. Ben altro impatto avrebbe avuto, come ovvio, la norma di analogo tenore che la Commissione D'Alema (L. Cost n. 1/97) aveva proposto di introdurre in Costituzione ("Le pubbliche Amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato") - art. 106-.

La norma, anzitutto, esprime un principio tendenziale dell'ordinamento, un indirizzo politico legislativo si potrebbe dire, di un certo valore, invero, tenendo conto che su di esso il Parlamento si è pronunciato con cinque letture di esito positivo e con il voto favorevole della grandissima maggioranza delle forze politiche.

Al di là di ciò, la norma, allo stato, diviene operativa soltanto nei casi in cui le Amministrazioni agiscono instaurando rapporti con soggetti terzi non previsti da specifiche norme di diritto pubblico. Si pensi, ad esempio, ai vari rapporti di carattere negoziale che una pubblica Amministrazione può essere chiamata a porre in essere, intorno ad un'opera o ad un bene pubblico, senza che essi abbiano diretta attinenza alla destinazione dell'opera o del bene; e perciò non sono previsti dalla normativa pubblicistica concernente l'opera o il bene stesso. Rapporti di godimento e di uso di beni demaniali, al di fuori della loro specifica destinazione, esercizi commerciali, di

ristorazione o altrimenti serventi ad una pubblica istituzione, ma collaterali rispetto alla sua principale destinazione e non espressamente previsti dalla relativa normativa. In questi casi, lo strumento pubblicistico della concessione, non imposto da singole norme, potrebbe essere sostituito da negozi di diritto comune.

E nella contrattazione pubblica, la fase dell'aggiudicazione, configurata da noi (a differenza che in altri ordinamenti dell'area) come procedimento amministrativo, potrebbe tradursi in attività di selezione pubblica delle offerte nell'ambito di trattative negoziali.

Altro settore nel quale la norma potrebbe avere applicazione è quello delle sovvenzioni (contributi, sussidi, ausili finanziari etc.), per le quali l'art. 12 dispone l'obbligo di predeterminare criteri e modalità; ma ciò non significa affatto che si tratti di esercizio di poteri amministrativi, chè la predeterminazione di criteri e modalità dell'erogazione può avvenire senz'altro nell'ambito di attività negoziale.

Ed è da ritenere, inoltre, che la norma trovi applicazione in tutti i casi in cui lo strumento autoritativo può essere sostituito da quello negoziale, in virtù del consenso del soggetto privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi; la vendita in luogo dell'espropriazione, l'affitto in luogo della requisizione, la costituzione negoziale di servitù in luogo della costituzione coattiva, e così via. La presenza della norma produce la conseguenza, non di poco conto invero, che lo strumento negoziale vada privilegiato sempre, ove possibile, in luogo di avviare il procedimento autoritativo. E ciò in esercizio della capacità negoziale, senza ulteriori vincoli di diritto pubblico (a parte ovviamente quelli di bilancio).

5. Procedimento e partecipazione.

Sulla disciplina del procedimento e della partecipazione la nuova legge contiene una serie di norme, generalmente intese al rafforzamento degli istituti della partecipazione e a rendere più stringente la normativa procedimentale.

Anzitutto, all'art. 2 della legge n. 241/90, è introdotto un comma 4 *bis* che consente l'esperimento immediato del ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 21 *bis* della legge n. 1034/71, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento, come stabiliti ai sensi dello stesso art. 2 comma 2° e 3°: superando quella impostazione giurisprudenziale, probabilmente forzata anche in base alla precedente disciplina della

legge n. 241, ma consolidata, circa la necessità della previa diffida all'Amministrazione inadempiente. La nuova disciplina che espressamente esclude la "necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fintanto che perdura l'inadempimento" rende più stringente il principio della conclusione del procedimento nel termine: una volta questo scaduto, infatti, l'Amministrazione si considera senz'altro inadempiente e la procedura del silenzio può essere attivata. La norma deve essere correlata anche alle modifiche introdotte all'art. 8, laddove si prevede che nella comunicazione di avvio del procedimento sia indicata la data entro la quale esso deve concludersi (e nei procedimenti ad iniziativa di parte la data di presentazione dell'istanza) nonché i rimedi esperibili in caso di inerzia.

Il ricorso avverso il silenzio, in questi casi, deve essere proposto non oltre un anno dalla scadenza dei termini del procedimento. Viene espressamente fatta salva, ma ciò sembra essere una previsione superflua, la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento, ove ne ricorrano i presupposti. E' noto infatti che l'inerzia dell'Amministrazione su un procedimento avviato ad istanza di parte non costituisce esercizio del potere, ma semplice fatto di inadempimento (a differenza di quanto avviene in caso di silenzio assenso). E perciò successivamente il potere può sempre essere esercitato, anche in pendenza di giudizio sul silenzio, anche sulla base di nuova istanza di parte.

Sulla nuova norma, vorrei anche ricordare che essa, rendendo il principio della conclusione del procedimento nel termine assai più stringente, appare del tutto in asse con l'art. già citato II-101 della Costituzione Europea che stabilisce il diritto di ogni persona a che le questione che la riguardano siano trattate tra l'altro "entro un termine ragionevole dalle istituzioni"; norma che in virtù del richiamo di cui all'art. 1, 1° comma è senz'altro applicabile all'amministrazione nazionale.

Nell'articolo relativo ai compiti del responsabile del procedimento, viene inserita una norma (art. 6 lett. e) intesa a dare maggiore forza e autonoma connotazione alla fase istruttoria del procedimento rispetto a quella decisoria. Infatti, l'organo competente all'adozione del provvedimento finale (l'organo decisorio), ove diverso dal responsabile del procedimento, è tenuto a dar conto nel provvedimento finale delle ragioni che l'abbiano indotto a "discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento". Ciò comporta che nell'ambito di ogni procedimento,

nel quale la fase decisoria sia strutturalmente separata da quella istruttoria, in ordine agli uffici rispettivamente competenti, la fase istruttoria deve necessariamente concludersi con una relazione scritta, che viene formalmente a condizionare la decisione finale. Quest'ultima o si adegua alla relazione istruttoria oppure deve motivare, con specifico riferimento alla relazione stessa (e non genericamente ad altri atti del procedimento), le ragioni del dissenso. Ciò ovviamente a pena di illegittimità.

6. Comunicazione preliminare di provvedimenti negativi.

La partecipazione procedimentale è molto rafforzata anche dalla norma di cui all'art.10 *bis*, che modifica la disciplina dei procedimenti ad istanza di parte. La norma introduce in questi procedimenti una ulteriore fase partecipativa, nei casi in cui l'Amministrazione, una volta esaminata l'istanza di parte e conclusa su di essa la fase istruttoria, addiviene alla determinazione di non accogliere l'istanza stessa.

In tal caso essa è tenuta a dare comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza prima di emanare il provvedimento negativo.

Sulla base di questa comunicazione si apre nuova istruttoria con la partecipazione degli istanti, che hanno diritto a rappresentare le loro osservazioni e a depositare documenti, con riferimento alla motivazioni negative dell'Amministrazione. E di queste osservazioni, ove l'Amministrazione resti ferma nella sua determinazione di non accoglimento dell'istanza, deve darsi conto nella motivazione del provvedimento negativo finale.

Si tratta di una norma che indubbiamente comporterà un aggravamento dei procedimenti ad istanza di parte (con qualche contraddizione rispetto al principio di cui all'art. 1, 2° comma). Ma sicuramente essa costituisce un'importante estensione dell'istituto della partecipazione procedimentale, in base al principio che la decisione amministrativa è sempre frutto di una dialettica tra le parti interessate. E può consentire altresì, in molti casi, attraverso il coinvolgimento del soggetto direttamente interessato, il superamento di dubbi e di difficoltà che ove non chiariti possono portare alla emanazione di provvedimenti negativi. E' ovvio che nella fase partecipativa il privato può anche modificare la propria domanda eliminandone elementi che possono apparire in contrasto con esigenze fatte proprie dall'Amministrazione, e perciò condurre ad una conclusione positiva del procedimento.

La norma deve essere letta tendo conto dell'art. 21 *octies*, 2° comma, 2° proposizione, di cui subito appresso. E' da ritenere infatti che la comunicazione prevista dalla norma sia sottoposta alla medesima disciplina della comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art. 7, la cui mancanza può divenire irrilevante nelle circostanze previste dall'art. 21 *octies*. Ciò indubbiamente ne abbassa molto l'impatto in termini pratici.

L'ultima proposizione della norma che espressamente ne esclude l'applicazione alle procedure concorsuali e ai "procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali", appare del tutto superflua (ma essa nasce da una precisa richiesta alla Commissione parlamentare da parte degli enti previdenziali che ne temevano l'applicabilità). Infatti è pacifico che la norma si applica ai procedimenti a carattere discrezionale, nei quali la partecipazione dei soggetti portatori degli interessi apporta elementi utili alla decisione. E non certo ai procedimenti a carattere vincolato e a quelli intesi all'accertamento di diritti a contenuto patrimoniale.

7. Accordi di diritto pubblico.

In materia di accordi, all'art. 11 della legge n. 241 (norma altrettanto famosa e studiata quanto del tutto ignorata dalle Amministrazioni) la nuova legge introduce due significative innovazioni.

Più importante è la prima, soppressiva delle parole "nei casi previsti dalla legge" dal 1° comma della norma. Ciò comporta la generale facoltà, in ogni tipo di procedimento discrezionale, di concludere un accordo con i privati sostitutivo del provvedimento finale.

In sostanza, la conclusione negoziata del procedimento (sinora ridotta a pochissime e marginali fattispecie: si vedano, ad esempio, l'art. 20, t.u. espropriazione e l'art. 18; l. n. 84 del 1994 in tema di concessione di aree e banchine portuali) diviene modalità ordinaria della fase decisoria. In tal modo la norma, la cui applicazione, in ordine agli accordi integrativi è stata finora così scarsa, potrà acquistare ampia possibilità di applicazione sempre che le Amministrazioni saranno indotte a superare la costante difficoltà che hanno sinora manifestato (si direbbe anzitutto per ragioni culturali) nell'utilizzo dello strumento negoziale.

Questo strumento, una volta generalizzato, ridurrà di gran lunga il contenzioso amministrativo, dando luogo a rapporti fondati su atti condivisi, dotati di stabilità.

Il comma 4 *bis* prevede che l'accordo sia preceduto da una determinazione dell'organo "che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento", evidentemente intesa ad esplicitare i motivi che inducano l'Amministrazione a concludere l'accordo.

Non si comprende bene come questa determinazione dell'organo debba essere assunta, se con autonomo provvedimento, ovvero in premessa al testo dell'accordo. Che l'accordo debba trovare il suo presupposto in ragioni di pubblico interesse è ovvio, ed è d'altra parte espressamente detto nel 1° comma ("in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse"). Ed è affermazione ricorrente che l'accordo non possa contenere disposizioni, e in conseguenza produrre effetti, che non si sarebbero potuti produrre attraverso il provvedimento. D'altra parte la tutela dei terzi a fronte dell'accordo è assicurata dal giudice amministrativo (giurisdizione esclusiva), mediante l'impugnazione dell'accordo stesso; si badi bene, a tutela di interessi legittimi dei terzi, chè, quanto ai diritti, il 1° comma stabilisce, come è noto e come è ovvio che l'accordo non possa concludersi "in pregiudizio dei diritti dei terzi" per i quali resta ferma la tutela davanti al giudice ordinario.

Probabilmente, il senso della disposizione deve essere rinvenuto in ciò, che, attraverso questa "determinazione", vengono "tratte le fila" dell'attività istruttoria svolta sino a quel momento, anche con riferimento agli incontri con il destinatario e i controinteressati (comma 1 *bis*). In esito alle conclusioni dell'istruttoria così determinate, l'ufficio manifesta la sua volontà di aderire all'accordo. La determinazione è intesa, da un lato, a dare conto che l'accordo (specie se sostitutivo) non si ponga in contrasto con i diritti di soggetti terzi e che esso persegua in ogni caso l'interesse pubblico; dall'altro, a cristallizzare il contenuto dell'accordo stesso, sul quale deve essere raccolto l'assenso del privato. Si tratterebbe dunque di una sorta di esternazione della motivazione circa la decisione di aderire all'accordo, fondata sulle risultanze istruttorie e propedeutica alla conclusione dell'accordo stesso. Nel contempo in essa si manifesta la volontà dell'Amministrazione circa la sua adesione al contenuto dell'accordo.

E sotto questo secondo profilo, la determinazione di cui al comma 4 *bis*, specie con riferimento agli accordi sostitutivi, sembrerebbe costituire un elemento di una

fattispecie più complessa che si perfeziona appunto con l'assenso del privato. Lo schema pertanto è in qualche misura assimilabile, dal punto di vista funzionale a quello della "deliberazione di contrattare". La determinazione in alcuni casi può essere di competenza di organo diverso rispetto a quello competente alla stipula dell'accordo (ad esempio giunta comunale per la determinazione, dirigente per la stipula dell'accordo), e allora si pone il problema di stabilire quale ambito di negoziazione spetti a quest'ultimo ai fini della conclusione dell'accordo (problema da risolvere caso per caso sulla base del contenuto delle determinazioni)

In definitiva, la disposizione estende anche alla fattispecie dell'accordo le regole proprie dell'evidenza pubblica, al fine di rendere pubbliche e trasparenti le decisioni circa il contenuto dell'accordo stesso nonché le ragioni dell'adesione dell'amministrazione. Anche se questa disciplina comporterà inevitabilmente un aggravio dell'attività negoziale.

Per quanto attiene agli aspetti di tutela, ai privati proponenti l'accordo deve essere riconosciuta la possibilità di impugnare la determinazione negativa (anche solo parzialmente), laddove contenga, ad esempio, una irragionevole o immotivata distanza dalle risultanze istruttorie. Al contrario, i terzi controinteressati rispetto all'accordo hanno l'onere di impugnare la determinazione (ove assunta con atto separato), unitamente all'accordo, dal momento che essa, in ogni caso, ne definisce, in parte o *in toto*, il contenuto.

Laddove si tratta di procedimenti che coinvolgono una pluralità di Amministrazioni (tutti quelli invero a carattere complesso) la conclusione dell'accordo a sua volta presuppone il coinvolgimento di tutte codeste Amministrazioni (le stesse che sono parti necessarie della conferenza di servizi da convocarsi nella fase decisoria del procedimento).

8. Conferenza di servizi.

Sulla conferenza di servizi, divenuta, come è noto, il principale strumento per la composizione della pluralità di interessi pubblici coinvolti nei procedimenti di particolare complessità, sia nella fase istruttoria che nella fase decisoria, il nuovo testo introduce una serie di modifiche, non radicali invero, ma significative.

Nella fase istruttoria la conferenza resta lo strumento normale (non obbligatorio tuttavia) per l'esame contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti nel procedimento (art. 14, 1° comma). In tali casi la relazione conclusiva della conferenza, redatta a cura dell'Amministrazione procedente, tiene il luogo dei diversi atti istruttori richiesti dalla legge (pareri, accertamenti, determinazioni etc.) mantenendone il valore, in termini procedurali, di atti istruttori (dei quali l'Amministrazione procedente deve tener conto, motivatamente, in sede decisoria, attraverso valutazioni di cui essa si assume la responsabilità).

Nella fase decisoria la conferenza ha carattere obbligatorio, in tutti i casi in cui l'Amministrazione procedente "deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche" (art. 14, 2° comma); laddove non li ottenga, dispone la nuova norma, "entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta" (la precedente norma situava il termine a quindici giorni dall'inizio del procedimento). Nel caso in cui le Amministrazioni interpellate, una o più di esse, abbiano risposto nello stesso termine in maniera negativa (mediante il dissenso circa la proposta dell'Amministrazione procedente, nel merito) la conferenza può essere indetta dall'Amministrazione procedente.

Quindi nella fase decisoria pluristrutturata (alla quale cioè partecipino più Amministrazioni, mediante l'emanazione di atti a contenuto decisorio) la conferenza può sempre essere indetta. Anzi è da intendere che essa in tali casi sia oramai lo strumento normale di conclusione del procedimento. E può, altresì, essere indetta laddove l'Amministrazione procedente abbia inoltrato alle altre Amministrazioni la propria proposta di decisione chiedendo l'emanazione degli atti di loro competenza ed abbia ricevuto alcuni dissensi. Mentre diviene strumento obbligatorio laddove nel termine indicato dalla norma, non pervengano le risposte delle Amministrazioni interpellate (è da ritenere anche di una sola di esse).

La conferenza resta strumento facoltativo, secondo il 3° comma dell'art. 14 (testo introdotto dalla legge n. 127/1997) per l' "esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati".

Si tratta della conferenza di servizi interprocedimentale, laddove più procedimenti imputati ad Amministrazioni diverse, abbiano tuttavia il medesimo

oggetto (per esempio un intervento di trasformazione territoriale in zona plurivincolata). In tal caso, un'Amministrazione procedente in senso proprio non esiste, e perciò la norma prevede che la conferenza possa essere indetta da una delle Amministrazioni coinvolte il cui interesse pubblico sia considerato prevalente, sulla base di intesa con le altre, anche su richiesta di una qualsiasi delle Amministrazioni coinvolte.

Nel caso di concessione di lavori pubblici la conferenza è convocata oltre che dal concedente, secondo la precedente disciplina, anche direttamente dal concessionario, tuttavia con il consenso del primo, restando al concedente, ovviamente si direbbe, il diritto di voto (art. 14, 5° comma).

La convocazione nonché lo svolgimento dei lavori della conferenza, può avvenire con l'uso di strumenti informatici, con l'accordo delle Amministrazioni coinvolte e secondo tempi e modalità, precisa la norma, stabilite dalle stesse Amministrazioni (art. 14, comma 5 *bis*). Si tenga conto che il principio della partecipazione procedimentale mediante strumenti informatici è oggetto della disciplina in corso di approvazione nel codice dell'amministrazione digitale (art. 4 e artt. 37 e ss), in attuazione dell'art. 10 della L. n. 229 /03.

La conferenza di servizi preliminare, art. 14 *bis* (introdotto dalla legge n. 340/2000) relativa a progetti di particolare complessità, nonché a insediamenti produttivi di beni e servizi, può essere convocata, secondo la nuova norma, "su motivata richiesta dell'interessato, documentata, in assenza di un progetto preliminare da uno studio di fattibilità". In tal modo si rende più agevole la convocazione della conferenza in questi casi, anticipandola ad un momento che può essere anche anteriore a quello della stessa redazione del progetto preliminare, purché vi sia il relativo studio di fattibilità.

Sui lavori della conferenza si introduce un termine ravvicinato per la convocazione della prima riunione (15 giorni o in caso di particolare complessità dell'istruttoria, 30 giorni, dalla data dell'indizione). La convocazione della prima riunione, anche per via telematica o informatica, deve pervenire almeno 5 giorni prima, in luogo dei 10 previsti dal precedente testo.

La conferenza di servizi è chiamata a determinare all'inizio dei suoi lavori, secondo la precedente disciplina, il termine per l'adozione della decisione conclusiva, che comunque non può superare i novanta giorni. Decorsi questi termini

l'Amministrazione procedente, secondo la nuova disciplina, adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, tenendo conto delle risultanze della conferenza e delle posizioni prevalenti in quella sede (comma 6 *bis*). Si tratta di una norma acceleratoria che consente all'Amministrazione procedente di concludere, comunque, il procedimento, a fronte di mancata collaborazione da parte degli altri.

Si deve segnalare che il comma 6 *bis* costituisce una riformulazione del previgente comma 2 dell'art. 14 *quater* (abrogato). La nuova norma innova la precedente mediante il riferimento alle "posizioni prevalenti espresse" rispetto alla "maggioranza delle posizioni espresse" di cui al precedente testo. Mentre il criterio della maggioranza è eminentemente soggettivo, nel senso che ad ogni Amministrazione partecipante corrisponde un voto, si può ritenere che il criterio della prevalenza vada riferito al tipo e all'importanza delle attribuzioni di ciascuna Amministrazione con riferimento alle questioni in oggetto.

Ne deriva che per stabilire quale sia la posizione prevalente, l'Amministrazione procedente che è responsabile di questa determinazione, dovrà avere riguardo alle singole posizioni che le diverse Amministrazioni coinvolte assumono in sede di conferenza con riferimento al potere che ciascuna di esse avrebbe di determinare l'esito, positivo o negativo, del procedimento, in base alle singole leggi di settore di cui si tratta.

La conferenza si conclude con la determinazione motivata di conclusione, da parte dell'Amministrazione procedente, che può essere adottata, sia alla conclusione dei lavori sia una volta scaduti i termini previsti dalla norma.

Come è evidente, nell'ambito della conferenza, può essersi registrata una convergenza di posizioni sulle proposte dell'Amministrazione procedente (e in tal caso *nulla quaestio*) ovvero può essersi verificato il dissenso di una o più Amministrazioni coinvolte. Anche in tal caso, la conferenza può concludersi con una relazione positiva da parte dell'Amministrazione procedente la quale è tenuta a valutare la prevalenza dei consensi rispetto ai dissensi. Ciò consente, anche nella fase decisoria, di portare a compimento il procedimento, mediante lo strumento della conferenza di servizi, nonostante il dissenso o l'assenza di una delle Amministrazioni competenti circa determinati atti della fase decisoria (ciò che non sarebbe possibile in mancanza dello strumento della conferenza di servizi). Ovviamente, l'Amministrazione dissenziente

avrà a disposizione gli strumenti della tutela giurisdizionale (irrilevante sul punto è la soppressione della seconda parte del 7° comma dell'art. 14 *ter*).

La determinazione conclusiva della conferenza non è tuttavia l'atto conclusivo del procedimento, nei casi in cui le singole leggi di settore della cui applicazione si tratta prevedano un atto conclusivo in capo all'Amministrazione procedente, adottato sulla base di intese, concerti, nulla osta, etc.. In tal caso, l'atto conclusivo imputato all'Amministrazione prevista dalla legge resta fermo. Esso sarà adottato sulla base delle risultanze della conferenza, come determinate ai sensi del comma 6 *bis*, anziché dei diversi atti puntuali previsti dalla legge; e di tutti codesti atti esso prenderà il luogo ad ogni effetto ai sensi del 9° comma.

Laddove, viceversa, non è previsto codesto atto conclusivo, ma la conferenza serve per l'esame contestuale di una pluralità di interessi pubblici coinvolti sul medesimo oggetto, cui corrispondono una pluralità di procedimenti, la determinazione conclusiva della conferenza diviene il provvedimento conclusivo di tutti questi procedimenti, quello produttivo degli effetti, ed è oggetto di impugnazione.

Non sempre, tuttavia, come è ben noto, la conferenza di servizi può concludersi nonostante il dissenso di alcune Amministrazioni coinvolte, in base alle valutazioni dell'Amministrazione procedente assunte con la determinazione conclusiva. Infatti sono previsti i dissensi qualificati, secondo la disciplina che risale alla legge n. 340/2000. Dissensi, cioè che non possono essere superati in sede di conferenza di servizi, e la cui espressione produce l'effetto di rimettere la decisione oggetto della conferenza ad altro e superiore livello di governo (sempre che l'Amministrazione procedente decida di proseguire nel procedimento decisorio, anziché archiviare il procedimento stesso a fronte del dissenso qualificato espresso in sede di conferenza).

Sui dissensi qualificati la nuova disciplina introduce alcune significative innovazioni.

Alle Amministrazioni previste ai fini del dissenso qualificato dalla precedente disciplina (quelle preposte alla tutela ambientale, paesaggistico, territoriale, del patrimonio storico – artistico e della tutela della salute) si aggiungono quelle preposte alla tutela della pubblica incolumità (art. 14 *quater*, 3° comma; 14 *ter* 5° comma, 14 *bis* comma 3 *bis*). La nozione di pubblica incolumità, peraltro non consueta nella nostra normazione positiva, e di contenuto assai ampio, coinvolge tutte le situazioni di pericolo

in cui le persone possono trovarsi, da quelle concernenti fatti di ordine e sicurezza pubblica a quelle concernenti calamità naturali, o incidenti prodotti dall'uomo, o da opere dell'uomo, incendi, crolli di edifici, rottura di argini e così via. La norma perciò apre il dissenso qualificato a molteplici Amministrazioni, dalle forze dell'ordine, ai vigili del fuoco, al Corpo forestale dello Stato, agli uffici della protezione civile e così via.

Ove il dissenso, espresso da un'Amministrazione preposta alla tutela di quegli interessi, avvenga tra Amministrazioni statali, la decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri; mentre in caso di dissenso tra Amministrazioni statali e regionali, o tra Amministrazioni regionali, la decisione è rimessa alla Conferenza stato-regioni; ovvero alla Conferenza unificata (d.l.vo 281/97) se il dissenso intercorra tra Amministrazioni statali o regionali e Amministrazioni locali, o tra più enti locali.

Alle conferenze viene, altresì, rimessa la decisione laddove il motivato dissenso sia espresso da una regione in una delle materie di propria competenza (perciò anche al di fuori della tutela degli interessi pubblici a carattere primario già previsti dalla norma); alla Conferenza Stato – Regioni, laddove il dissenso verta tra una amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali; alla Conferenza unificata se il dissenso verta tra una regione ed un ente locale.

Le Conferenze sono chiamate a pronunciarsi nei termini previsti dalla norma; trascorsi i quali si prevede la possibilità di rimettere la questione al Consiglio dei Ministri, ove si tratti di materie di esclusiva attribuzione statale, sia sul versante legislativo (art. 117, 2° comma Cost.) sia sul versante amministrativo (art. 118 Cost.); e alle competenti giunte regionali negli altri casi (con possibilità, tuttavia di una ulteriore rimessione al Consiglio dei Ministri qualora la giunta regionale non si pronunci nei termini stabiliti dalla norma).

Questa disciplina non si applica laddove si tratti di dissenso tra Amministrazioni regionali, nell'ambito di intese previste dall'art. 117, 8° comma, ratificate con legge dalle regioni interessate.

Come si vede, si tratta di una disciplina del tutto innovativa (art. 14 *quater*, comma 3, 3 *bis*, 3 *ter*, 3 *quater*, 3 *quinqües*) intesa, tra l'altro, a dare ordine alla disciplina della conferenza di servizi, laddove questo strumento venga utilizzato per la composizione di pluralità di interessi pubblici facenti capo a diversi livelli di governo,

le cui attribuzioni sono costituzionalmente garantite. Appare, invero, un po' macchinosa; ma non è facilmente immaginabile una disciplina alternativa più semplice, tenuto conto delle rigidità derivanti dalla Costituzione, nei rapporti tra le attribuzioni spettanti ai diversi livelli di governo.

9. Efficacia degli atti amministrativi.

L'art. 14 della nuova legge introduce il Capo IV *bis* nel testo della legge n.241/1990 (artt. 21-*bis*, 21-*nonies*). Esso contiene la disciplina generale dell'efficacia e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi.

Si tratta di una disciplina legislativa interamente nuova che, in parte recepisce, su alcuni fondamentali istituti della nostra materia, principi elaborati in sede giurisprudenziale, in parte li innova. Segnatamente sull'invalidità degli atti amministrativi questa normativa appare particolarmente innovativa e merita perciò una riflessione molto attenta.

In generale le nuove norme sono ispirate al principio della legalità dell'azione amministrativa. Costante è il richiamo a specifiche previsioni di legge in ordine agli istituti della esecutorietà e dell'autotutela amministrativa. Ciò che supera un'antica impostazione dottrinale e giurisprudenziale secondo la quale una serie di istituti del diritto amministrativo in ordine alla posizione di supremazia dell'Amministrazione nei rapporti con i terzi, trovassero il loro fondamento nella posizione istituzionale dell'Amministrazione stessa, come emanazione del potere esecutivo; a prescindere da specifiche previsioni di legge.

In ordine alla efficacia, anzitutto viene identificata la categoria degli atti recettizi, come quelli che acquistano efficacia nei confronti dei destinatari con la comunicazione. Si tratta dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati. Tutti quelli, dunque, a carattere ablatorio.

La comunicazione, per regola, avviene, direttamente alla persona interessata (comunicazione personale). Ove questa sia irreperibile si seguono le forme stabilite per la notifica agli irreperibili secondo il codice di procedura civile. Nel caso in cui il numero dei destinatari sia tale da rendere impossibile e particolarmente gravosa la comunicazione personale, l'Amministrazione provvederà alla comunicazione stessa

mediante idonee forme di pubblicità, volta a volta stabilite (avvisi a mezzo stampa, pubblicazione nei fogli ufficiali, manifesti murali, etc.).

Si tratta della medesima previsione di cui all'art. 8, 3° comma, relativa alla comunicazione dell'avvio del procedimento.

La regola della comunicazione, secondo lo schema seguito per la comunicazione dell'avvio del procedimento, è derogata nel caso di provvedimenti aventi carattere cautelare ed urgente. Essi sono immediatamente efficaci, a prescindere dalla comunicazione. Sul punto si richiama la giurisprudenza formatasi in ordine alla comunicazione dell'avvio del procedimento (da ult., Cass. n. 68/02).

E' ovvio che in ordine alla sussistenza delle ragioni della cautela e dell'urgenza, che possono giustificare l'immediata esecutività del provvedimento, si esplica il controllo giurisdizionale che può avere sul punto particolare efficacia in sede di istanza cautelare.

Al di là di questi casi in cui sussistono ragioni di cautela e di urgenza, la norma prevede che ogni provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, con l'eccezione però di quelli a carattere sanzionatorio (per questi la regola non può avere eccezione) possa "contenere una motivata clausola di efficacia". Ciò significa che l'Amministrazione può valutare caso per caso, ma sempre con riferimento a motivate ragioni (e non si comprende bene quali queste possano essere al di là di quelle relative a motivi di cautela e di urgenza) la sussistenza di circostanze che inducano alla non applicazione della regola della previa comunicazione; e perciò a conferire all'atto immediata esecutività.

Ovviamente si tratta di una previsione del tutto derogatoria, da interpretare perciò strettamente, a fronte di situazioni eccezionali.

10. Esecutività ed esecutorietà.

Gli articoli 21 *ter* e 21 *quater* affrontano gli antichi istituti dell'esecutività e dell'esecutorietà del provvedimento amministrativo, riportandoli, come si accennava, nell'alveo del principio di legalità.

Anzitutto la norma base dispone l'immediata esecutività dei provvedimenti efficaci, salva diversa disposizione di legge, ovvero stabilita dallo stesso provvedimento (art. 21 *quater*, 1° comma). Questa norma è connessa a quella di cui al 21 *bis* di cui si

è appena detto. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati acquistano efficacia con la comunicazione, ai sensi dell'art. 21 *bis*. Mentre gli altri provvedimenti acquistano efficacia con il loro perfezionamento nelle forme di legge. Gli uni e gli altri una volta divenuti efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che la legge o il provvedimento stesso abbia procrastinato l'attività di esecuzione.

La norma evidentemente fa propria la distinzione dottrinale, ormai largamente recepita, tra efficacia (come fenomeno a carattere prettamente giuridico) ed esecuzione (come insieme di attività materiali).

Laddove il provvedimento amministrativo, divenuto efficace, impone obblighi a carico del destinatario, obblighi di dare o di *facere*, si pone il problema, come è ben noto, di assicurare che questi obblighi vengano adempiuti.

Nella nostra antica dottrina era ritenuto insito nell'efficacia del provvedimento amministrativo, a differenza dei negozi di diritto privato, il carattere dell'esecutorietà, emanazione dell'imperatività del provvedimento. Secondo questa dottrina, a prescindere da specifiche previsioni di legge, il provvedimento amministrativo impositivo di obblighi in capo a terzi, e in genere tutti quelli a carattere ablatorio, possono senz'altro essere portati ad esecuzione dall'Amministrazione agente, a prescindere dal consenso dei destinatari e anche coattivamente nei loro confronti. E' noto che questa dottrina è stata successivamente superata, e l'opinione prevalente in tempi più recenti è da ritenere quella secondo la quale l'esecuzione coattiva degli obblighi imposti da provvedimenti amministrativi possa essere effettuata dall'Amministrazione laddove previsto (pur con molti dubbi in giurisprudenza, come è noto).

La nuova norma accoglie pienamente questa impostazione "legalistica" e afferma il principio che le pubbliche Amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi, costituiti dal provvedimento, "nei casi e con le modalità stabilite dalla legge". Ciò significa che l'esecuzione coattiva deve essere espressamente prevista (chè altrimenti si applica il diritto comune e perciò l'esecuzione in sede giurisdizionale); ed essa va attuata secondo i procedimenti stabiliti dalla stessa legge. Una volta che il provvedimento sia divenuto efficace, ove questo sia costitutivo di obblighi in capo a terzi, sarà responsabilità dell'Amministrazione agente decidere se attivare il procedimento esecutivo ove questo sia previsto. Appare non corretta l'espressione "nei loro confronti" (riferita agli obblighi nei confronti delle pubbliche

Amministrazioni) perché in realtà si tratta in molti casi di attività imposte nell'interesse generale a contenuto non patrimoniale delle quali è difficile predicare un destinatario.

In via generale, la norma stabilisce che il provvedimento costitutivo di obblighi debba indicare termine e modalità di esecuzione da parte del soggetto obbligato. In caso di inottemperanza da parte di questi, la pubblica Amministrazione agente, previa diffida, può provvedere all'esecuzione coattiva "nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge". Ciò significa che ogni provvedimento costitutivo di obblighi deve indicare il termine, e le modalità della sua esecuzione da parte del soggetto obbligato.

Ma in caso di inottemperanza, le Amministrazioni possono procedere all'esecuzione coattiva, una volta esperita la diffida, esclusivamente laddove previsto e secondo le modalità procedurali stabilite dalla legge.

Si avverta che in tutti questi casi l'espressione "legge" usata dalle norme in commento è da intendere in senso stretto, come atto avente forza e valore di legge, sia di competenza dello Stato che delle regioni, secondo l'art. 117 Cost.: ciò in virtù della riserva di legge stabilita in materia dall'art. 23 Cost.

L'art. 21 *ter*, 2° comma conferma la normativa vigente in materia di esecuzione coattiva delle obbligazioni pecuniarie, originariamente prevista per i crediti dello Stato (R.D. 1910 n. 946, d.l.vo 26.2.1999, n. 46), normativa che si applica a tutte le pubbliche Amministrazioni ("enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici"; art. 17 d.l.vo n. 46/99 cit.).

11. Sospensione e revoca.

L'art. 21 *quater*, 2° comma, disciplina il procedimento di sospensione; esattamente distinguendo la sospensione dell'efficacia (cioè degli effetti giuridici del procedimento), da quella dell'esecuzione (cioè dell'attività esecutiva materiale). L'esecuzione ovviamente può riguardare sia l'attività che il privato è chiamato a porre in essere in base al provvedimento, sia la stessa attività che l'Amministrazione può porre in essere in caso di inottemperanza del primo.

La sospensione può essere disposta per gravi ragioni, e per il tempo strettamente necessario; mediante la indicazione di un termine nel provvedimento di sospensione, termine che può essere prorogato o differito per una sola volta e può essere altresì ridotto per sopravvenute esigenze.

La competenza in ordine al provvedimento di sospensione è in capo alla medesima autorità che ha emanato il provvedimento oggetto della sospensione; salvo che la legge espressamente conferisca questo potere ad altro organo.

Il provvedimento di sospensione come gli altri di secondo grado, disciplinati dalla nuova normativa è provvedimento discrezionale, che deve essere espressamente motivato, come peraltro risulta chiaro dalle espressioni usate dalla norma, anche troppo stringenti (“gravi ragioni” , “tempo strettamente necessario”). Ovviamente esso può essere impugnato, da parte di soggetti portatori di interessi contrapposti alla sospensione del provvedimento da cui essi potevano trarre dei vantaggi; e sospeso, a sua volta, in sede giurisdizionale.

Il provvedimento di sospensione può avere ad oggetto tanto provvedimenti ad efficacia istantanea (che per effetto della sospensione viene differita o dei quali viene differita l’esecuzione materiale), che provvedimenti ad efficacia durevole. In questo secondo caso il provvedimento di sospensione si inserisce nell’ambito di un rapporto in essere e viene a sospenderne le reciproche prestazioni, che riprendono corso una volta scaduto il termine della sospensione.

La sospensione *sine die* di un provvedimento amministrativo non è consentita.

L’art. 21 *quinquies* contiene la disciplina generale dell’istituto, importantissimo nella nostra materia, della revoca dei provvedimenti amministrativi. Il potere di revoca è previsto in via generale, come quello di sospensione. Esso non necessita cioè di espressa previsione di legge: limitatamente, tuttavia, ai provvedimenti ad efficacia durevole. Questi possono essere revocati, da parte dello stesso organo emanante, salva espressa attribuzione del potere ad altro organo da parte della legge. L’espressione “legge” usata da questa norma come dall’altra sulla sospensione, è da intendere in senso lato come fonte di norme giuridiche. Ciò significa che anche il regolamento (sia regolamenti di organizzazione sia regolamenti sui diversi procedimenti amministrativi) può conferire poteri di revoca a determinati organi.

Presupposti della revoca possono essere secondo la norma molteplici. Essa cioè accoglie la configurazione della revoca nel suo contenuto più ampio, e consente perciò che essa possa essere adottata sia a fronte di sopravvenuti mutamenti nella situazione di fatto ovvero nell’assetto di interessi (come, ad esempio, previsto dall’art. 11 , 4° comma, a proposito del recesso dall’accordo), sia nel caso in cui si prospetti

all'Amministrazione una "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" . In questo secondo caso, come è ben noto, il potere di revoca comporta una discrezionalità molto estesa che va attentamente controllata, caso per caso, nel suo corretto esercizio. Sul punto, sicuramente si pone un problema di conformità di questo istituto al principio dell'ordinamento comunitario, cui si è accennato, della legittima aspettativa (principio da intendere espressamente richiamato dall'art. 1, 1° comma). Infatti secondo questo principio, forti limitazioni sussistono alla rimozione (da intendersi comprensiva anche della revoca *ex nunc*) di precedenti provvedimenti che hanno costituito in capo a terzi situazioni di vantaggio (*vested rights*). Indubbiamente, la previsione legislativa di questa terza categoria di presupposti della revoca, allarga fortemente l'ambito della revocabilità dei rapporti amministrativi (ciò che risalta maggiormente in un sistema ormai fondato sull'alternanza delle forze politiche al governo degli enti; segnatamente si pensi agli enti territoriali). Ciò che può dare luogo a successive nuove valutazioni degli interessi in gioco a proposito di determinate situazioni già definite: anche per effetto, appunto, di mutati programmi di governo dell'ente usciti vittoriosi dalla competizione elettorale. E ciò manifesta qualche problema in ordine al rispetto del principio della certezza del diritto.

Pacifica è l'efficacia *ex nunc* della revoca, esattamente individuata dalla norma come "la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti".

Una rilevante innovazione è contenuta nella norma laddove prevede l'obbligo generale di indennizzo delle situazioni di pregiudizio arrecate ai soggetti direttamente interessati, in conseguenza della revoca: "soggetti" sono da intendere come parti del rapporto costituito dal provvedimento ad efficacia durevole oggetto di revoca. Tale previsione generalizzata dell'indennizzo funge da contrappeso (se così può dirsi) posto dalla norma alla estesa revocabilità dei rapporti durevoli dalla stessa norma aperta.

Sembra che, in virtù di questa norma, l'indennizzo sia sempre previsto in favore di questi soggetti, a prescindere dalle ragioni di interesse pubblico che hanno portato l'Amministrazione al provvedimento di revoca. Salvo che, ovviamente, non si tratti di ragioni derivanti dal comportamento del soggetto che non abbia rispettato gli obblighi stabiliti dal provvedimento costitutivo del rapporto di cui si tratta. In questi casi, invero, più correttamente si dovrebbe parlare di decadenza, piuttosto che di revoca; ma , come è noto, i due istituti sono spesso confusi nella prassi.

La previsione generalizzata dell'indennizzo, accomuna la revoca dei provvedimenti amministrativi al recesso unilaterale degli accordi, di cui all'art. 11, 4° comma. In entrambi i casi è prevista la liquidazione di un indennizzo in relazione ai pregiudizi in danno verificatisi in capo ai soggetti interessati. Ovviamente il pregiudizio in danno deve essersi verificato e va dimostrato caso per caso. Più corretta appare perciò l'espressione "eventuali pregiudizi" usata dall'art. 11, 4° comma.

L'espressione "pregiudizio in danno" usata da entrambe le norme, è da intendere in senso non tecnico, come quella che fa riferimento a conseguenze pregiudizievoli verificatesi in capo al soggetto che siano economicamente o patrimonialmente valutabili. Non si tratta cioè di danno in senso tecnico (artt.2043, 1218, 1223 cod. civ.) per il cui risarcimento occorre come è ben noto la sussistenza dell'elemento soggettivo almeno della colpa, in capo all'autore (da ult., Cons. St., IV, 15.2.2005, n. 478).

Le controversie in materia di indennizzo (determinazione e corresponsione) sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Anche qui, conformemente a quanto disposto dall'art. 11 in ordine agli accordi. Sul punto si potrà porre qualche problema di costituzionalità sulla base della sentenza della Corte n. 204/04, la quale, come è noto, ha molto ristretto lo spazio della giurisdizione esclusiva: segnatamente laddove le questioni poste riguardino solo la misura dell'indennizzo e non anche la legittimità del provvedimento di revoca.

12. Recesso unilaterale dai contratti.

L'art. 21 *sexies* contiene una norma che non riguarda i provvedimenti amministrativi ma i contratti della pubblica Amministrazione. Quindi è da inserire in tutt'altro contesto normativo.

Essa è tuttavia importante perché limita il recesso unilaterale dai contratti, da parte dell'Amministrazione contraente, ai soli casi previsti dalla legge o dal contratto stesso. Esclude perciò l'applicazione dell'istituto della revoca, cui il recesso unilaterale si può equiparare, ai rapporti che trovano la loro fonte in un contratto anziché in un provvedimento. Mentre il provvedimento amministrativo è sempre revocabile alle condizioni stabilite dalla norma generale di cui si è appena detto, e d'altra parte, dagli accordi di cui all'art. 11 la pubblica amministrazione può unilateralmente recedere per sopravvenuti motivi di pubblico interesse (Cons. St., VI, 20.1.2000, n. 264); dal

contratto, viceversa, l'Amministrazione può recedere unilateralmente soltanto laddove espressamente previsto. Ciò, tra l'altro, sostituisce ulteriore punto di distinzione tra gli accordi conclusivi di procedimenti che restano comunque attratti nella disciplina pubblicistica, ai sensi dell'art. 11, e i contratti della pubblica amministrazione.

Si deve considerare tuttavia che poteri di recesso *ad nutum* o di rescissione unilaterale del contratto sono previste da alcune norme a carattere generale, segnatamente nella materia dei lavori pubblici, norme ben note, la cui operatività non viene toccata dalla norma in esame; la quale appunto fa salvi i casi previsti dalla legge (art. 345 e art. 340 l. n. 20.3.1865 n. 1848 allegato F, art. 142 d.P.R. 21.12.1949 n. 554; nella legislazione antimafia art. 4 d.lgs 8. agosto 1994 n. 490, dpr 3.6.1998 n. 252).

13. Invalidità degli atti amministrativi: la nullità.

La disciplina generale dell'invalidità degli atti amministrativi esce fortemente modificata dalla nuova legge, la quale introduce la prima definizione legislativa degli stati viziati degli atti amministrativi; precedentemente risalente alla perplessa normativa di cui all'art. 26 del T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato, norma peraltro dettata a fini processuali; che a sua volta recepisce, sul punto, l'art. 22 della legge fondamentale del 1889, istitutiva della giustizia amministrativa.

Il primo punto di innovazione è dato dalla espressa previsione di una serie di ipotesi di nullità del provvedimento (art. 21 *septies*). Ipotesi che vengono individuate nella mancanza degli elementi essenziali, nel difetto assoluto di attribuzione, nel fatto che il provvedimento sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi previsti dalla legge.

Al di là delle singole ipotesi di nullità, si deve sottolineare la novità costituita dalla stessa previsione legislativa della categoria della nullità, come quella che insieme all'annullabilità è predicabile in ordine agli atti amministrativi (e che, insieme, vanno a costituire la categoria dell'invalidità amministrativa).

E' noto che la tradizionale impostazione della nostra dottrina era nel senso della non sussistenza di detta categoria di invalidità, prevista in via generale dal codice, in ordine agli atti amministrativi.

L'invalidità degli atti amministrativi, secondo questa impostazione si risolveva senz'altro nella annullabilità, sulla base del regime stabilito dal T.U. sulle leggi sul Consiglio di Stato.

In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione (dalla fondamentale, S.U., n. 1657/49), come è noto, aveva rilevato che stati viziati di particolare gravità del provvedimento amministrativo, quali quelli riconducibili alla nozione di carenza di potere, dessero luogo ad una patologia differenziata rispetto a quella dell'annullabilità, tale da determinare la permanenza in capo ai soggetti destinatari dell'atto di situazioni di diritto soggettivo tutelabili davanti al giudice ordinario. Categoria questa che ha fatto parlare in dottrina a taluno di inesistenza dell'atto amministrativo lesivo, con una espressione sicuramente impropria in termini di teoria generale; e a taluno anche di nullità. Ma l'origine e la *ratio* stessa di questa categoria giurisprudenziale, non a caso inventata dalla Corte regolatrice, stava tutta dentro le problematiche del riparto di giurisdizioni. Essa serviva, cioè, per dare un qualche spazio di cognizione giurisdizionale al giudice ordinario, a tutela di diritti soggettivi lesi da provvedimenti amministrativi; una volta entrata in circolo nella giurisprudenza l'idea (del tutto inaccettabile in termini di teoria generale, tuttavia generalmente accolta) della cd. degradazione del diritto per effetto del provvedimento autoritativo dell'Amministrazione.

La nullità compare in alcuni testi positivi. Tra tutti, importante l'art. 3 del T.U. sul pubblico impiego del 1957, che stabiliva la nullità delle assunzioni senza concorso; l'art. 282, T.U. com. prov 1934, che prevedeva che si avessero come "non avvenute" le deliberazioni di modifica o revoca di precedenti deliberazioni esecutive, ove non facessero "espressa menzione della revoca o della modifica".

Tuttavia anche questi casi restavano dubbi circa l'applicabilità della categoria generale della nullità degli atti giuridici.

A partire da una serie di decisioni assai note del 1992 (Cons. St., ad. pl. n. 1, 2, e altre del 1992) la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha iniziato una nuova fase, secondo la quale, almeno in alcuni casi, le prescrizioni legislative circa la nullità di atti amministrativi vadano intese come ipotesi di vera e propria nullità "intesa in senso civilistico e pertanto imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio".

A questa ipotesi sicuramente si ascrive quella già menzionata di cui all'art. 3 del T.U. ("l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'amministrazione"); e di recente, sicuramente vanno ascritte alla categoria le ipotesi previste dalla L. *prorogatio* (D.l.vo n. 444/1994).

E ipotesi di nullità, a prescindere da singole disposizioni di legge, vengono riscontrate dalla giurisprudenza, negli anni più recenti, a proposito di atti adottati in elusione del giudicato (ad esempio, Cons. St., IV, n. 1001/2000; V, n. 1231/1996). Tale nullità, che la giurisprudenza estende anche agli atti elusivi delle sentenze di primo grado non sospese, opera nei casi in cui, come dice la giurisprudenza "l'atto si pone integralmente in contrasto con il precedente giudicato, e non anche quando l'atto si sorregge su una pluralità di ragioni giustificatrici" (ad esempio, Cons. St., V, n. 494/1993); segnatamente laddove secondo le statuizioni della sentenza da eseguire, "residui all'amministrazione un potere discrezionale".

Possiamo dunque affermare, che pur nel silenzio delle leggi, a parte le ipotesi singolari sopra ricordate, la categoria della nullità degli atti amministrativi sia già entrata da tempo nel contesto del nostro ordinamento; per la via, come di consueto, dell'interpretazione giurisprudenziale.

La nuova norma recepisce nella sostanza questi orientamenti, trasformandoli in prescrizioni legislative; e perciò dando luogo a molteplici conseguenze di ordine positivo.

Circa le specie di vizi che producono la nullità, la prima di esse (mancanza di elementi essenziali) ricalca ovviamente il codice civile che, come noto, all'art. 1418, 2° comma, stabilisce la nullità del contratto per la mancanza di uno dei requisiti stabiliti dal codice all'art. 1325. Questo richiamo è da intendere del tutto condivisibile e vorrei dire anche pacificamente ammesso (v. ad esempio, Cons. St., VI, n. 948/99); nel senso che il provvedimento privo di oggetto o privo di forma, quando essa è prescritta, è sicuramente una fattispecie ascrivibile alla categoria degli atti giuridici affetti da nullità. Anche se si tratta di patologia del tutto trascurata dalla nostra dottrina e quasi priva di riscontri in giurisprudenza (si potrebbe dire, casi di scuola). Sul punto occorre, tuttavia, fare attenzione nel distinguere queste ipotesi da quelle di inesistenza, anche tenendo presente la confusione che da noi veniva fatta tra le due categorie nella precedente

esperienza giurisprudenziale (basti pensare che la nullità per carenza di potere, come s'è ricordato, molte volte in giurisprudenza, e assai spesso da insigni autori, veniva denominata inesistenza).

Sul punto si deve ricordare che l'inesistenza non è una categoria positiva, ma è una categoria di teoria generale; ed indica i casi in cui in un determinato fatto o fenomeno della realtà non è ravvisabile un atto giuridico o quantomeno un atto giuridico ascrivibile alle categorie di cui si tratta (salvo che non si tratti di casi di possibile conversione, ai sensi dell'art. 1424, cod. civ.).

L'atto, com'è stato detto dalla dottrina, in tali casi non è riconoscibile come tale anche nella sua apparenza esteriore e perciò resta allo stato di fatto giuridicamente irrilevante.

Ovviamente la categoria è applicabile nel settore degli atti amministrativi i quali come atti giuridici, prima di potere essere predicati in termini di validità, invalidità, debbono potere essere identificati in quanto tali.

In conseguenza, quando si fa riferimento nella norma in esame alla mancanza di elementi essenziali, ci si riferisce ad un difetto certamente gravissimo ma non tale da rendere l'atto privo di identificazione; ad esempio, non imputabile ad alcun soggetto direttamente o indirettamente riferibile ad una pubblica Amministrazione. Anche in tali casi, l'atto pur carente di alcuni elementi essenziali consiste in una dichiarazione di un certo contenuto ed è imputabile ad un determinato soggetto, cui almeno in astratto, un potere amministrativo può essere riferito. Sul punto, si pone il delicato problema di stabilire a quali atti si debba guardare al fine di determinare se essi manchino degli elementi essenziali. Tenuto conto che l'azione amministrativa è azione procedimentalizzata e spesso, anche nella sola fase decisoria, si compone di una pluralità di atti (concerti, intese, deliberazioni preliminari, etc). ritengo che tutti gli atti della fase decisoria rilevino a tal fine e non il solo provvedimento finale, formalmente inteso (come quello che conclude il procedimento e dà luogo alla produzione degli effetti).

In secondo luogo, la norma fa riferimento al difetto assoluto di attribuzione.

Con questa espressione come è evidente, la norma richiama la nozione, tradizionale in giurisprudenza, di carenza di potere cui si è fatto riferimento.

Tuttavia, rispetto ai diversi contenuti che questa nozione è venuta ad assumere, la norma pone una limitazione ai casi di difetto assoluto di attribuzione, cioè ai casi più gravi in cui il potere di cui si tratta non sussiste, o in via generale, o comunque in capo a quella determinata autorità. E per autorità, in questo caso, si intende il soggetto giuridico (ente, persona giuridica pubblica) o la branca organizzativa autonomamente connotata del soggetto Stato (il Ministero, l’Agenzia, l’Autorità indipendente, etc.). Restano perciò escluse dalla previsione della norma, le altre ipotesi di carenza di potere (in concreto), nelle quali il potere sussiste in capo a quella determinata autorità, nel senso che ad essa è legislativamente imputato; ma nel concreto non sussistono i presupposti per il suo esercizio. Ad esempio, manca l’atto presupposto (espropriazione senza pubblica utilità) o il termine per l’esercizio del potere in quelle determinate circostanze è scaduto; e così via. Queste ipotesi sono ormai da ritenere ricondotte alla specie dell’annullabilità.

L’altra ipotesi è quella della violazione o elusione del giudicato, sulla quale non c’è che da richiamare l’ultima giurisprudenza, di cui si è detto.

L’ultima ipotesi, quella dei casi previsti dalla legge, si arricchisce della previsione della L. *prorogatio* (D.l.vo n. 444/94), sopra ricordata, circa la nullità di atti adottati dall’organo prorogato una volta superati i 45 giorni di proroga.

In ordine alla nullità degli atti amministrativi, si pongono delicati problemi sia a proposito della disciplina sostanziale applicabile a questa specie di invalidità (distinta dall’annullabilità), sia a proposito della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive lese da atti che ne sono affetti (anche per l’assenza di specifiche norme in proposito cui la nuova legge non pone riparo).

Sul piano sostanziale è da ritenere pacifico che l’atto nullo non sia capace di produrre effetti giuridici. Ciò comporta che ogni soggetto obbligato in virtù delle disposizioni dell’atto può rifiutarsi di ottemperare; che l’esecuzione materiale dell’atto da parte dell’Amministrazione, ove avvenuta, può essere rimossa, su domanda di chiunque, da parte del giudice ordinario, anche in sede possessoria; che l’esecuzione da parte dei terzi destinatari dell’atto, dà luogo all’esigenza di ripristino della situazione *qua ante* salve le note eccezioni elaborate dalla giurisprudenza (*factum infectum fieri nequit*). Ovviamente dall’atto nullo, come peraltro era pacifico nella precedente giurisprudenza, non può derivare il fenomeno noto come quello della degradazione del

diritto ad interesse legittimo cui si è accennato, secondo il quale la tutela giurisdizionale del diritto leso da un provvedimento amministrativo segue la forma della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi davanti al giudice amministrativo. In caso di nullità dell'atto lesivo, la tutela giurisdizionale del diritto resta quella che è; e si svolge nelle forme ordinarie davanti al giudice ordinario.

Ciò non significa, si badi, che il giudice ordinario sia sempre competente sulle questioni di nullità di atti amministrativi. E' vero il contrario: il giudice ordinario è competente laddove questi atti siano lesivi di diritti. Negli altri casi è confermata la giurisdizione amministrativa a tutela degli interessi legittimi.

Solo sulle questioni di nullità per violazione o elusione del giudicato la norma ne dispone espressamente la devoluzione alla giurisdizione esclusiva (estese anche al merito? È da ritenere di sì, anche tenendo conto dell'art. 27, n. 4, T.U. Cons. St.). Ciò significa che per questi casi il giudice amministrativo è comunque competente a sindacare della nullità di atti elusivi del giudicato a prescindere dalla situazione soggettiva coinvolta. Si tenga presente che in questi casi il discrimine tra nullità e annullabilità, data la sempre perplessa vicenda dell'esecuzione del giudicato, è assai stretto, e ciò rende estremamente opportuno il conferimento della competenza in via esclusiva al giudice amministrativo.

Sul piano procedurale restano aperti molteplici problemi che concernono l'esercizio dell'azione di nullità, come anche delle altre azioni dichiarative o di mero accertamento davanti al giudice amministrativo, in assenza di una specifica disciplina procedurale. E' noto che la posizione tradizionale della nostra giurisprudenza è, sul punto, di segno negativo, laddove ammette detto tipo di azione, "negli stessi limiti in cui è ammessa nel processo civile, quando si agisce per la tutela di diritti soggettivi, ancorchè non patrimoniali"; mentre in via generale non l'ammette a "tutela degli interessi legittimi, la quale si realizza esclusivamente mediante l'annullamento di un provvedimento o mediante pronunce dichiarative dell'illegittimità di un silenzio assimilabile a un provvedimento" (Cons. St., VI, n. 261/84). Nonostante che alcune azioni esperibili davanti al giudice amministrativo, (si pensi ad esempio a quelle avverso il c.d. silenzio), sono sicuramente ascrivibili in termini di teoria generale alle azioni di accertamento, come in dottrina è assolutamente pacifico.

In sostanza, l'azione di mero accertamento avrebbe dimora nel giudizio amministrativo solo in sede di giurisdizione esclusiva mentre sarebbe esclusa negli altri casi.

Invero, questa posizione, già da molto tempo criticata in dottrina, non appare più condivisibile; e la nuova norma d'altra parte la supera positivamente, laddove espressamente prevede la fattispecie della nullità degli atti amministrativi senza spostare il riparto della giurisdizione. Che azioni di nullità davanti al giudice amministrativo, almeno da questo momento, siano senz'altro esperibili è perciò da ritenere un dato pacifico.

Sul punto, si debbono distinguere i casi in cui il provvedimento amministrativo affetto da nullità sia lesivo di situazioni di diritto soggettivo, nei quali casi, come sopra s'è accennato, la tutela resta in capo al giudice ordinario (non producendosi l'effetto di degradazione); dai casi in cui il provvedimento affetto da nullità sia lesivo di situazioni di interesse legittimo. Chè, in tali casi, la giurisdizione, in assenza di specifica norma modificativa del sistema di riparto, non può che spettare al giudice amministrativo. Sul punto, per nulla viene a incidere la già commentata disposizione del 2° co., la quale limitatamente alle azioni di nullità per violazione o elusione di giudicato, ne attribuisce la cognizione al giudice amministrativo, anche nel caso in cui esse siano promosse a tutela di diritti soggettivi. Essa deroga perciò non alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo a tutela di interessi legittimi, che negli altri casi perciò rimane ferma, ma alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario a tutela di diritti soggettivi (come sempre in caso di norme attributive di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

L'azione di nullità davanti al giudice amministrativo quindi è sicuramente esperibile. Essa è a sua volta sicuramente ascrivibile a quelle dichiarative o di mero accertamento. Occorre perciò che la giurisprudenza faccia fronte in assenza di specifica disciplina normativa, ad adattare gli strumenti procedurali esistenti alle esigenze di quel tipo di azione (come peraltro essa non si è mai rifiutata di fare a fronte di altre e anche più delicate operazioni di adattamento della normativa vigente). D'altra parte, la stessa invenzione giurisprudenziale degli atti paritetici del 1939, servì a uno scopo analogo, adattare cioè alle esigenze proprie della tutela dei diritti uno strumentario procedurale che era stato previsto per altre esigenze di tutela.

Segnatamente, si pone sul punto un problema di individuazione dei termini nei quali l'azione può essere esperita; a mio giudizio, non può che essere seguita la disciplina del codice. Si pone poi un problema di soggetti legittimati ad esperire l'azione; e anche in questo caso non può che essere seguita la disciplina del codice. Per quanto riguarda la rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità, già la giurisprudenza in molteplici occasioni si era pronunciata in senso favorevole (almeno a partire dalle decisioni dell'Adunanza plenaria del 1992, che si sono ricordate).

14. Invalidità degli atti amministrativi: l'annullabilità e il problema dei vizi formali.

Sull'annullabilità l'art. 21 *octies*, al 1° co., ripete l'antica norma di cui all'art. 26 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, nella parte in cui fa riferimento ai vizi di violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza, come quelli che danno luogo all'annullabilità dei provvedimenti amministrativi.

La nuova legge innova sul punto esclusivamente in ordine al carattere della norma; questa volta di natura sostanziale, corrispondente perciò alla normativa codicistica, mentre nell'antico testo si trattava di norma processuale (“ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti o provvedimenti...”). Sul punto quindi non c'è altro da aggiungere; salvo richiamare la cospicua elaborazione giurisprudenziale sulle tre categorie di vizi che vanno a costituire le cause dell'annullabilità del provvedimento amministrativo.

Diversamente, il 2° co. dell'art. 21 *octies* introduce importanti innovazioni nel nostro ordinamento positivo. La norma deroga al 1° co., cioè alla disciplina generale dell'annullabilità, laddove stabilisce che determinate violazioni (di per se stesse ascrivibili alla violazione di legge o all'incompetenza) non comportano l'annullabilità del provvedimento in determinati casi o a proposito di determinate fattispecie che la norma stessa va ad indicare.

La norma si articola in due proposizioni. Nella prima vengono indicate, in termini generali, le violazioni che non danno luogo ad annullabilità, come quelle delle “norme sul procedimento o sulla forma degli atti”, laddove si tratti di provvedimenti a carattere vincolato, nei quali (e ciò deve essere “palese”) “il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Nella seconda proposizione, la norma prevede una specifica disciplina circa il caso della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. In tal caso, ove l'Amministrazione, secondo il medesimo schema, "dimostrasi in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", la violazione predetta non produce l'annullabilità del provvedimento (adottato in esito al procedimento carente nella comunicazione dell'avvio).

Vediamo anzitutto la prima proposizione (su di essa, assai prima dell'entrata in vigore della legge, si è acceso un vasto dibattito in dottrina, che qui si intende richiamato).

La norma affronta il problema, già emerso in giurisprudenza, dei vizi meramente formali dell'atto amministrativo, come quelli che pur comportando violazione di norme di per se stesse cogenti, non danno luogo in concreto ad una situazione di invalidità del provvedimento adottato, perché questo nel suo contenuto sostanziale risponde ai parametri di legge. Si tratta di provvedimenti per loro natura vincolati, perché solo di essi può concretamente predicarsi, da parte del giudice, la corrispondenza al contenuto che la legge prescrive, mentre per gli atti discrezionali la legge si limita a dare delle indicazioni di criteri, di obiettivi, ma il contenuto specifico del provvedimento è stabilito dalla pubblica amministrazione agente. Del contenuto dispositivo di tali atti, perciò è da escludere che si possa predicare da parte del giudice, sulla base di elementi "palesi", la piena conformità alla norma.

La giurisprudenza aveva già, in molteplici casi, riconosciuto questa categoria delle violazioni formali, come quelle che non comportano annullabilità del provvedimento.

Si tratta di tre categorie di violazioni di carattere formale riscontrate dalla giurisprudenza. Anzitutto si tratta di violazioni la cui natura formale si ravvisa nel carattere minimale dell'anomalia, che dà luogo ad una situazione di mera irregolarità dell'atto. In secondo luogo si individuano quelle violazioni qualificabili come formali in quanto inidonee, in concreto, ad alterare lo scopo cui è in astratto preordinata la norma violata. Infine si individuano quelle violazioni che in concreto non hanno influito sul contenuto dispositivo del provvedimento adottato, il quale, ancorché imperfetto nella sua forma, non avrebbe potuto essere diverso. L'anomalia attinge perciò in tali casi ad

una fattispecie provvedimentoale “senza alternative”, il cui contenuto dispositivo è rimasto indifferente alla violazione.

Quanto alla prima categoria, in essa rientrano i casi già tradizionalmente ascritti all’area della mera irregolarità, comprese quelle imperfezioni di forma o di procedura non in contrasto con elementi normativi essenziali, non in contrasto con la formazione della decisione amministrativa, e pertanto sottratte, in ragione della loro marginalità, al regime tipico dell’invalidità per violazione di legge. Si tratta ad esempio dei casi di omessa indicazione del responsabile del procedimento (v. ad esempio Cons. St. , VI, n. 597/99), di una serie di violazioni della normativa elettorale, o fiscale, sulle procedure di notificazione etc. (v. ad esempio Cons. St, V, 449/96; Tar Puglia n. 381/83).

Quanto alla seconda categoria si tratta di casi in cui le norme a carattere procedimentale, oggetto di violazione, hanno comunque raggiunto il loro scopo, determinando perciò l’irrelevanza della violazione stessa.

Sul punto la giurisprudenza è incline ad utilizzare il principio della “strumentalità delle forme”.

Il principio ha trovato ampia applicazione in materia di procedimenti elettorali, nella quale vengono ritenuti invalidanti quei vizi aventi capacità di alterare lo scopo della formalità violata, tali cioè da influire sulla sincerità e sulla libertà del voto (v. ad es., Cons. St, V, n. 5157/02). Ad esempio, “la mancata chiusura delle tabelle di scrutinio non comporta l’inattendibilità dei dati da esse risultanti (e quindi l’invalidità del procedimento elettorale), giacchè tale carenza non impedisce, mediante la verifica incrociata dei due esemplari dei verbali, l’esatta individuazione della volontà espressa dagli elettori” (Tar Trento, n. 222/99). Altra norma la cui violazione viene ritenuta irrilevante ai fini dell’invalidità dell’atto, è quella dell’art. 3 , 4° comma, che prescrive l’indicazione nel provvedimento da comunicare ai destinatari, “del termine e dell’autorità cui è possibile ricorrere” (sul punto, per i profili concernenti il problema della rimessione in termini per scusabilità dell’errore, v. Cons. St. a. p., n. 1/01)

L’applicazione del principio della strumentalità delle forme, che porta ad escludere l’invalidità dei provvedimenti adottati in contrasto con determinate norme, stante il conseguimento *aliunde* dello scopo delle stesse, ha trovato negli anni più recenti molte applicazioni nei casi di violazione dell’art. 7, sulla comunicazione dell’avvio del procedimento. La giurisprudenza tende a considerare irrilevante detta

violazione, laddove il soggetto portatore dell'interesse alla comunicazione abbia comunque avuto notizia dell'avvio del procedimento e sia stato perciò posto in condizione di esercitare il suo diritto alla partecipazione. Quando lo scopo della norma "sia stato in qualsiasi modo raggiunto, una comunicazione formale dell'avvio è superflua e la sua omissione non rende illegittimo il procedimento" (Cons. St, VI, 999/96; IV, n. 3/96; IV, n. 5003/02).

D'altra parte la giurisprudenza tende a considerare irrilevante la comunicazione dell'avvio del procedimento laddove si tratti dell'adozione di atti dovuti e vincolati; salve eccezioni tuttavia in cui la giurisprudenza assume atteggiamenti più rigoristici (v. ad esempio, Tar Liguria I, n. 97/97).

Prevalentemente la giurisprudenza considera non obbligatoria la comunicazione, "ogni qualvolta l'amministrazione è chiamata ad emanare atti dovuti e vincolati per i quali non può esser lasciato alcuno spazio agli strumenti partecipativi" (Tar. Emilia Romagna, I, n. 110/95). Si tratta, ad esempio, di procedimenti di espulsione dal territorio nazionale di cittadini extracomunitari, (Cons. St., IV, n. 1381/01), di procedimenti di repressione di abusi edilizi (Tar Lazio, II, n. 782/01), etc.

In tali casi, tuttavia, ai fini cioè di affermare l'irrilevanza della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, il carattere vincolato del provvedimento deve essere inteso in senso stretto. Ad esempio non può essere esteso ai casi di provvedimenti che, pur privi di contenuto discrezionale, presuppongono accertamenti tecnicamente complessi (v. ad esempio Cons. St., V, n. 474/98).

La giurisprudenza ha chiarito quali siano le condizioni in presenza delle quali la comunicazione può essere ritenuta irrilevante (part. v. Cons st, IV, n. 5003/02), che opportunamente restringono l'area dei provvedimenti da considerare vincolati a tal fine; condizioni la cui presenza viene adesso a limitare, a mio giudizio, l'applicazione dell'art. 21 *octies* nella sua interezza. Sul punto, si ricordi che la giurisprudenza non riconosce in tali casi il carattere formale della violazione dell'art. 7 se non quando l'adozione del provvedimento finale sia doverosa (oltre che vincolata) per l'Amministrazione, i presupposti fattuali dell'atto risultino assolutamente incontestati dalle parti, il quadro normativo di riferimento non presenti margini di incertezza sufficientemente apprezzabili, l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo della comunicazione non priverebbe

l'Amministrazione del potere di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto.

In ordine al provvedimento nel quale si riscontri difetto o mancanza della motivazione, adottato in violazione perciò dell'art. 3, la giurisprudenza tende a considerare ininfluenza questo vizio, laddove si tratti di provvedimenti vincolati (Cons. St., IV, 3539/02); e d'altra parte tende ad ammetterne la convalida in corso di giudizio: "ove l'amministrazione incorsa in vizio di legittimità, suscettibile di sanatoria, intende avvalersi di tale facoltà (convalida in corso di giudizio mediante integrazione di motivazione), non sembra possa essere opposto un "diritto" dell'interessato ad ottenere invece, ad ogni costo, l'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato"(Tar Lazio, n. 398/02; Cons. St., VI, n. 1054/03): il difetto di motivazione sarebbe, secondo questa giurisprudenza, inidoneo di per sè a determinare l'annullamento del provvedimento, laddove il medesimo provvedimento, integrato successivamente nella motivazione, sia rimasto "sostanzialmente inalterato" quanto alle ragioni di infondatezza della originaria pretesa del ricorrente.

15. Segue: art. 21 *octies*, secondo comma.

La norma in commento recepisce tutta questa casistica giurisprudenziale e la fa propria dando ad essa statuto legislativo. Sicuramente nella previsione della norma, limitata nella sua applicabilità, opportunamente, agli atti vincolati, sono comprese le tre categorie di casi già emerse nell'elaborazione giurisprudenziale: ove violazioni di carattere formale e procedimentale non danno luogo ad annullabilità del provvedimento. Sia laddove si tratti di anomalie di carattere minore o del tutto marginale, sia laddove si tratti di violazioni che non hanno ostacolato il raggiungimento dello scopo della norma e che comunque non abbiano modificato il contenuto dispositivo dell'atto quale doveva essere per legge.

Si tratta comunque di nozioni (a cominciare da quella stessa di atti vincolati) che spesso si presentano perplesse nella prassi applicativa e che dovranno perciò essere oggetto di attenta elaborazione da parte della giurisprudenza e della dottrina.

La seconda proposizione specificamente si riferisce al caso, assai ricorrente in giurisprudenza, come s'è visto, della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, cioè della violazione dell'art. 7 della l. n. 241/90. Questa violazione,

secondo la norma, non dà luogo ad annullabilità del provvedimento (“non è comunque annullabile”), “qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Il caso della mancata comunicazione dell’avvio del procedimento, viene perciò considerato dalla norma come una violazione di carattere formale che non produce invalidità in un numero più ampio di casi rispetto a quanto previsto a proposito delle altre violazioni a carattere formale. Infatti, in questo caso la norma non circoscrive la specie dei provvedimenti “non annullabili” a quelli a carattere vincolato. Qui il provvedimento non è “comunque” annullabile, purchè l’Amministrazione possa dimostrare che il provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso. Sicuramente la norma investe i casi di provvedimento vincolato, ma va al di là di essi, perché consente all’Amministrazione, anche con riferimento a provvedimenti discrezionali di dimostrare in giudizio, al di fuori perciò di ogni ipotesi di convalida, che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso; cioè che nel concreto della vicenda procedimentale di cui si tratta, l’apporto del privato avvisato del procedimento mediante comunicazione, sarebbe stato del tutto irrilevante. E ciò ovviamente prescinde dal carattere più o meno vincolato o discrezionale, del provvedimento impugnato.

La previsione della norma con specifico riferimento alla mancata comunicazione dell’avvio, comprende anche i casi già emersi in giurisprudenza, come s’è visto, in cui la comunicazione dell’avvio risulta concretamente irrilevante perché lo scopo della norma (consentire cioè al privato di partecipare al procedimento) risulti essere stato raggiunto per altra via (vedi ad esempio, Tar Sicilia, Palermo, I, n. 466/04 in cui si afferma che “ la mancata comunicazione di avvio non vizia l’atto conclusivo, quando la partecipazione dell’interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione eventualmente idonei ad incidere, in termini a lui favorevoli, sul provvedimento finale”; ma anche Cons. St., IV, n. 5846/03; V n. 3969/03, V n. 1357/03).

L’espressa previsione dell’irrilevanza, ai fini della annullabilità dell’atto, della mancata comunicazione dell’avvio del relativo procedimento, che non era contenuta né nell’originaria pdl n. 6844/XII (Cerulli Irelli), né nel ddl n. 1281/XIV (Frattini), ma è stata aggiunta nel corso dei lavori parlamentari, rende ancor più debole l’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento, di cui all’art. 7, già indebolito dalla nota

giurisprudenza che si è ricordata (obbligo a cui le Amministrazioni sono notoriamente restie ad ottemperare). Si può anche osservare criticamente, che questo ulteriore indebolimento dell'importante norma garantistica, si adatta poco all'impostazione dichiaratamente garantistica cui la legge è generalmente ispirata.

L'impatto dell'art. 21 *octies*, 2° comma, potrà essere rilevante anche sul versante processuale; vorrei dire sulla stessa struttura del giudizio amministrativo. Infatti, in base alla norma, il giudice è chiamato a compiere una sorta di accertamento preliminare della conformità dell'atto impugnato al parametro normativo (al fine di stabilire che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso); ché in tal caso, e solo in tal caso, egli deve rigettare i motivi di illegittimità eventualmente dedotti dal ricorrente circa la violazione di determinate norme (sul procedimento o sulla forma). Mentre ove codesto accertamento dia luogo alla conclusione che il contenuto dispositivo dell'atto avrebbe potuto essere diverso (ad esempio perché trattasi di atto discrezionale) il giudice deve accogliere i motivi dedotti (anche se relativi a violazione di carattere formale o procedimentale). E ciò vale sia in ordine alla prima che alla seconda delle proposizioni di cui consta la norma. In ordine alla seconda, non limitata nella sua applicazione alla specie degli atti vincolati, codesto accertamento, da farsi anche sulla base dei chiarimenti che può rendere in giudizi l'Amministrazione, acquista sicuramente un'ampiezza e una discrezionalità assai maggiore (sino a sfiorare, per qualche aspetto, valutazioni di merito).

16. Annullamento d'ufficio e convalida.

L'art. 21 *nonies* introduce la disciplina legislativa generale sull'annullamento d'ufficio. Si tratta di una disciplina in parte conforme agli orientamenti giurisprudenziali laddove prevede come presupposti dell'annullamento di ufficio, l'illegittimità dell'atto, nonché la sussistenza di ragioni di interesse pubblico (specificamente riferite, come è noto, alla emanazione del provvedimento di secondo grado, di annullamento del primo provvedimento ritenuto illegittimo).

L'annullamento d'ufficio deve avvenire, tuttavia, entro un termine ragionevole.

Ciò anche in conformità agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, cui sopra si è fatto riferimento, relativamente al principio della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo. Ciò in parte innova gli orientamenti

della nostra giurisprudenza che viceversa spesso afferma l'irrilevanza del tempo nel quale l'annullamento d'ufficio perviene (vedi ad esempio, di recente, Cons St., IV, 6956/04).

E ancora, nella medesima prospettiva, la norma espressamente impone che si tenga conto, nell'adozione dell'atto di annullamento, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Cioè di coloro cui il provvedimento annullato si riferisce, che da esso possono aver subito una posizione di vantaggio; e sul lato opposto, dei controinteressati che possono essere portatori di interessi specifici all'annullamento. Insomma, la fattispecie dell'annullamento di ufficio esce fortemente arricchita dalla nuova norma e assai più articolata rispetto alla tradizionale configurazione.

La nuova versione dell'istituto lo pone in asse con gli orientamenti dell'ordinamento europeo (vedi già, nella nostra giurisprudenza, Cons. St., V, 5494/03).

L'annullamento d'ufficio resta tuttavia, come la revoca, di cui abbiamo detto sopra, un istituto a carattere generale che non necessita di specifiche previsioni di legge.

Il potere di annullamento, infatti, nei casi previsti dalla norma generale può sempre essere esercitato dallo stesso organo che ha emanato l'atto che ne è oggetto, salvo che la legge espressamente ne attribuisca il potere ad altro organo (v. ad esempio, l'art. 14, 3° comma, ultima proposizione, D. l.vo n. 165/2001).

Quasi contestualmente alla legge n. 15/05 è entrato in vigore l'art. 1, 136° comma della legge finanziaria 2005 (l. n. 311/2004), il quale prevede, a sua volta, una disciplina dell'annullamento d'ufficio curiosamente agganciata, ciò che rimane del tutto incomprensibile, al fine "di conseguire risparmio o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche" (leggendo la norma sembrerebbe, invero, che il fine perseguito sia proprio l'opposto). Secondo questa norma l'annullamento di atti illegittimi può essere disposto "anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso"; Ma si tratta di indicazione del tutto ovvia non essendosi mai dubitato che anche in tali casi l'annullamento può essere disposto ovviamente a fronte di illegittimità riscontrate e sulla base di ragioni di interesse pubblico.

La norma aggiunge, ancora, che laddove l'annullamento riguardi provvedimenti "incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati" questi devono essere tenuti indenni dall'eventuale pregiudizio patrimoniale subito; e in questi casi, il provvedimento di annullamento non può essere adottato trascorsi tre anni dal momento

in cui il provvedimento di primo grado abbia acquistato efficacia, anche se l'esecuzione del rapporto derivante si ancora in corso.

La prima proposizione di codesta norma sembra essere del tutto superflua e non innovativa. La seconda, viceversa, introduce un particolare regime di indennizzabilità di posizioni private che dall'annullamento d'ufficio possano conseguire pregiudizi patrimoniali. Si tratta di casi in cui il provvedimento oggetto dell'annullamento sia un provvedimento costitutivo di tali rapporti o di essi presupposto; come ad esempio un provvedimento di concessione che instaura un rapporto avente ad oggetto un bene o il servizio oggetto della concessione stessa ovvero un procedimento di aggiudicazione in base al quale viene stipulato un contratto. A questi casi si può anche aggiungere, pur nell'incertezza della normativa, il caso della determinazione preliminare rispetto all'accordo prevista dal nuovo testo dell'art. 11, comma 4 bis di cui si è detto.

La previsione generalizzata dell'indennizzo, in tali casi, è in asse con quanto previsto dall'art. 21 *quinquies*, di cui si è appena detto, a proposito della revoca. Invero, l'annullamento previsto da questa norma, sembra piuttosto ascrivibile alla specie delle revoche con efficacia *ex tunc*, trattandosi di un procedimento di secondo grado che prende in esame un rapporto incorso instaurato da un precedente provvedimento (ad efficacia durevole perciò).

Il carattere speciale di questa previsione, nell'ambito della disciplina generale dell'annullamento d'ufficio, fa ritenere che essa non sia stata implicitamente abrogata dall'entrata in vigore successiva della legge n. 15/05

Il secondo comma fa salva la convalida del provvedimento annullabile; ciò che è ovvio, visto che l'istituto della convalida è generalmente previsto dal nostro ordinamento positivo come quello che, a fronte di vizi a carattere non sostanziale, può sanare una situazione di invalidità. Anche la convalida come l'annullamento, come la revoca, è provvedimento discrezionale e perciò per il suo esercizio occorre la sussistenza di ragioni di interesse pubblico.

E anche per la convalida, secondo la prospettiva sopra indicata del principio della certezza del diritto, la legge prevede che essa sia adottata entro un termine ragionevole.

In ordine alla convalida si pone il problema della permanenza in vigore dell'art.6 della l. n. 249/68, laddove si prevede che, in pendenza di un ricorso giurisdizionale, alla

convalida del provvedimento impugnato possa procedersi soltanto per il vizio di incompetenza. La norma in sostanza pone una limitazione all'esercizio del potere di convalida (per il solo vizio di incompetenza, cioè) in ordine ad un provvedimento impugnato in sede giurisdizionale (da coloro che evidentemente hanno interesse a farli annullare, e quindi un interesse oppositivo rispetto alla convalida).

La norma è stata praticamente ignorata dalla giurisprudenza sopra ricordata che ha ammesso in via generale la convalida degli atti in corso di giudizio purchè si tratti di vizi di carattere formale, che non investano cioè il contenuto dispositivo del provvedimento (Tar Lazio, I, n. 398/02; Cons. St., VI, n. 1054/03). Ma viene viceversa applicata da altra giurisprudenza (v. ad esempio, Tar Lombardia, Milano, III, n. 5521/04). Il problema quindi in giurisprudenza resta aperto.

Nella proposta di legge n. 6844/XIII (Cerulli Irelli) si prevedeva l'espressa abrogazione dell'articolo, ma il disegno di legge n. 1281/XIV (Frattini) confermava viceversa i limiti stabiliti dall'art. 6. Successivamente nel corso dei lavori parlamentari, la menzione della norma è scomparsa del tutto dalla legge. Ciò è da intendere, a mio avviso, nel senso che il Parlamento ha ritenuto superflua questa menzione, trattandosi di norma da ritenere superata nella sua applicabilità in sede giurisprudenziale e coperta dal contenuto generale della norma nuova. Sono del parere perciò, che nel nuovo ordinamento, la convalida dei provvedimenti annullabili, ovviamente ove ne sussistano le condizioni, è sempre ammessa anche in corso di giudizio. Ma in assenza di espressa abrogazione dell'art.6, la questione resta, tuttavia, aperta; e affidata alle valutazioni della giurisprudenza.

Occorre notare che il problema della convalida, avendo ad oggetto questo istituto fondamentalmente sanatoria di vizi a carattere formale che non investono il contenuto sostanziale del provvedimento, appare in larga misura superato o comunque reso meno rilevante per effetto della norma di cui all'art. 21 *octies*, 2° comma, appena commentato. Chè l'irrilevanza di questi vizi, laddove il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, porta in molti casi a rendere superflua la convalida anche in corso di giudizio. Si pensi ad esempio al problema dell'integrazione della motivazione, oggetto della cit. Tar Lazio, n. 398/02 verrebbe probabilmente superato dalla valutazione, cui il giudice in base alla nuova norma

sarebbe legittimato, della rispondenza del contenuto dispositivo dell'atto, pur in presenza di motivazione insufficiente, ai parametri normativi.

Circa l'efficacia dell'annullamento e della convalida, la norma tace (a differenza di quanto viceversa è disposto in ordine alla revoca di cui si è detto). Ciò è da intendere nel senso che rimane fermo sul punto il nostro tradizionale principio circa l'efficacia retroattiva sia dell'uno che dell'altro provvedimento di secondo grado. Il provvedimento di primo grado, cioè oggetto tanto di annullamento che di convalida, esce caducato sin dall'origine nel primo caso e convalidato sin dall'origine nel secondo caso.

17. Diritto di accesso ai documenti come principio generale dell'attività amministrativa.

Sul diritto di accesso, la nuova legge riscrive totalmente la disciplina della legge n. 241/90 (artt. 22, 24, 25). Occorre dunque sul punto, una trattazione organica. Qui di seguito si indicano le principali innovazioni.

L'art. 22 del nuovo testo stabilisce anzitutto una serie di definizioni al fine dell'applicazione della normativa (secondo una tecnica normativa introdotta in sede europea e ormai largamente in uso anche da noi). Si tratta, invero, di definizioni con impatto normativo innovativo (cioè di norme sostanziali).

La norma definisce la nozione di diritto di accesso, di soggetti interessati, di controinteressati, di documento amministrativo, di pubblica amministrazione.

I punti di innovazione sono i seguenti.

Anzitutto, i soggetti interessati, cioè i titolari del diritto di accesso, vengono designati con riferimento ai "soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". Il vecchio testo, come è noto, si limitava a stabilire il riconoscimento del diritto di accesso ai documenti amministrativi "a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti".

La nuova norma, che appare un po' più restrittiva, in realtà non fa che tradurre gli orientamenti della giurisprudenza, la quale più volte ha affermato, come è noto, che l'interesse giuridicamente rilevante tale da legittimare la richiesta di accesso "debba essere concreto e personale, e cioè immediatamente riferibile al soggetto che pretende di

conoscere i documenti e specificatamente inerente alla situazione da tutelare” (così ad es., Tar Lazio, III- *ter*, n. 126/03; Cons. St., IV, n. 569/03; V, n. 2109/99).

Si tratta perciò di un interesse imputabile al soggetto e correlato alla tutela anche solo potenziale di sue situazioni soggettive. Resta fermo che l’interesse che sta alla base del diritto di accesso non necessariamente si ascrive alle due specie del diritto e dell’interesse legittimo, che si può trattare di un interesse solo strumentale alla tutela di essi (Cons. St., VI, n. 5818/02).

Il soggetto perciò si deve trovare in una posizione differenziata rispetto alla generalità non necessariamente ascrivibile *pleno iure* ad una situazione giuridica soggettiva ma strumentale alla tutela di questa.

Si ricorda che solo in materia di ambiente, in virtù del d. l.vo n. 39/37, attuativo della Dirett. 90/313/CEE, l’accesso alle “informazioni in possesso delle autorità pubbliche, nonché la diffusione delle medesime” e assicurato a chiunque (d. cit., art. 1; cfr. Cons. St. IV, n. 5795/04). Mentre, nell’ordinamento degli enti locali, il T.U. vigente (di cui è tuttavia in corso un’ampia revisione: art. 2, L. n. 131/03) afferma che tutti gli atti dell’amministrazione “sono pubblici”, salva espressa riserva di legge, e salvo il divieto di esibizione disposto dall’organo di vertice dell’ente (sindaco o presidente) conformemente ai rispettivi regolamenti, al fine di non recare pregiudizio al diritto alla riservatezza di terzi (art. 10). Ma nonostante questa diversa impostazione della norma rispetto a quella della legge generale, il diritto di accesso nell’ambito degli enti locali resta condizionato nel suo esercizio anche alla sussistenza de requisito di uno specifico interesse protetto in capo al richiedente. Esso cioè non è esteso a chiunque, non apre secondo la giurisprudenza, l’accesso indiscriminato a tutti i documenti delle Amministrazioni degli enti locali (Cons. St. V n. 7773/00; n. 5034/03; n. 6879/04).

La norma individua, specificatamente, la categoria dei “controinteressati”, precedentemente non prevista nel testo, ma emersa nell’ampio contenzioso che ne è seguito. Il controinteressato è il soggetto in capo al quale esigenze di riservatezza (il suo diritto alla riservatezza, dice la norma) sarebbero compromesse dall’accesso ai documenti richiesti. In sede di ricorso il controinteressato inteso in questo senso è parte necessaria del giudizio amministrativo (cfr. Cons. St., a.p. n.16/99; IV, n. 226/03).

La definizione di documento amministrativo ricalca quella precedente, tuttavia con una importante specificazione (anch’essa in asse con le risultanze della

giurisprudenza) laddove fa riferimento agli atti delle pubbliche Amministrazioni nei quali l'attività di amministrazione in senso proprio (come attività di pubblico interesse propriamente si concretizza, a prescindere dalla natura giuridica degli atti stessi, se pubblicistica e privatistica (v. in proposito, Tar Lazio, II, n. 6638/01).

E ancora, la norma definisce la pubblica Amministrazione, come comprensiva non solo di soggetti di diritto pubblico ma anche di soggetti di diritto privato "limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dal diritto comunitario".

Anche su questo punto, la nuova legge si attesta sulle posizioni della giurisprudenza che sottopone all'obbligo di consentire l'accesso ai documenti, non solo le pubbliche Amministrazioni intese in senso stretto, e i gestori di pubblici servizi, come previsto dal vecchio testo (art. 23) peraltro rimasto in vigore, come interpretato dalla giurisprudenza, ma ogni soggetto anche di diritto privato purchè agente nell'ambito di terminate attività sul punto vedi in giurisprudenza (Cons. St., VI, 5873/01, VI, 2855/02).

Sia sul versante della tipologia dell'attività, pubblica o privata, sia sul versante della tipologia dei soggetti, pubblici o privati, purchè si tratti di attività che "costituisca cura concreta degli interessi della collettività" (Tar Lazio, II; 6638/01cit.) il diritto di accesso assume un'estensione assai lata secondo l'interpretazione consolidata della giurisprudenza e recepita dalla nuova legge.

Il diritto d'accesso peraltro viene espressamente qualificato come "principio generale dell'attività amministrativa" al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza (art. 22, 2° comma).

Esso è la traduzione più diretta del principio di pubblicità dell'azione amministrativa, ribadito come principio fondamentale nell'art. 1 della legge e ormai elevato a rango di principio costituzionale dell'Unione Europea secondo l'art. II- 101, Tratt. cost.. Il diritto ad una buon amministrazione comprende infatti "il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi, della riservatezza e del segreto professionale".

Esso correttamente viene qualificato come quello che attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantire su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, 2° comma lett. m) della Costituzione.

Invero, tutti i diritti di partecipazione, traduzione del principio di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, ormai recepiti nel testo della Costituzione Europea, costituiscono livelli essenziali delle prestazioni; nel senso che ogni cittadino italiano, a prescindere dall'ordinamento regionale nel quale opera, ha diritto, nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, a che l'azione amministrativa nei suoi confronti si svolga secondo questi principi. Il che significa, come è noto, accedere al fascicolo, partecipare al procedimento, conoscere i motivi dell'azione amministrativa che lo riguarda, l'autorità a cui ricorrere; e così via.

Si può affermare dunque che, quanto disposto dall'art. 22, 2° comma, vale per tutto il contenuto della legge sul procedimento.

Si tratta perciò di principi, come subito meglio vedremo, che vincolano l'attività amministrativa delle regioni e degli enti locali, e perciò la potestà legislativa e normativa di tutti gli enti del governo territoriale, con riferimento alla materia di loro competenza. Mentre, come è evidente, ma la norma opportunamente lo ribadisce, è nella facoltà di ogni ente, con riferimento all'azione amministrativa di propria competenza, "di garantire livelli ulteriori di tutela". Il che significa ampliare le possibilità di accesso dei cittadini ai documenti, i modi e i contenuti della partecipazione (pur tenendo presente l'esigenza del rispetto del principio di non aggravamento di cui all'art. 1, 2° comma); e così via.

18. Documenti accessibili e tutela.

Quanto ai documenti accessibili, la nuova norma elenca quelli per i quali il diritto di accesso è escluso; ricalcando il vecchio testo mediante la traduzione in norme legislative di alcune norme che erano state adottate con regolamento del Governo ai sensi dell'art. 24, 2° comma. Restano così esclusi dal diritto di accesso i documenti coperti da segreto di Stato, quelli attinenti ai procedimenti tributari, ai quali si aggiungono quelli concernenti l'attività "diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione"; nonché quelli attinenti a "procedimenti selettivi, nei confronti di documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinali, relativi a terzi". Sul punto è da esprimere qualche riserva, in ordine alla limitazione dell'accesso agli atti concernenti i

procedimenti normativi e generali, i quali, anzi, sembrerebbero più degli altri recanti esigenze di pubblicità, anche se probabilmente meno direttamente incidenti su situazioni individuali. Quanto ai procedimenti selettivi, le informazioni di carattere psicoattitudinali, risultano già escluse dall'accesso laddove esse siano protette dal principio di riservatezza (cfr. Tar Lazio, Roma, I, n. 308/2005).

Resta affidato ad un regolamento del Governo la possibilità di prevedere ulteriori casi di sottrazione all'accesso di documenti, laddove l'accesso possa arrecare pregiudizio a interessi considerati preminenti: da quello dell'ordine e della sicurezza pubblica a quello della politica monetaria e valutaria, nonché ovviamente nei casi di tutela della vita privata e della riservatezza delle persone (v. attualmente il D.P.R. n. 352/92). Tale previsione appare limitata ai documenti di pertinenza statale, restando fermo che le singole Amministrazioni individuano le categorie di documenti di loro pertinenza che debbano restare sottratti all'accesso (sulla base dei principi di cui all'art. 24 1° comma). Per altro, come subito si mostra, in ordine a tutto l'ambito di applicazione della legge, l'art. 29 assicura l'autonomia delle regioni e degli enti locali.

L'accesso può essere chiesto con riferimento a documenti, o serie di documenti, individuati, o individuabili nell'ambito di un procedimento. Non essendo ammissibili, precisa la nuova norma, istanze di accesso "preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni" (art. 24, 3° comma).

In materia di accessibilità dei documenti amministrativi, la problematica più delicata si pone, come è noto, nel confronto tra il diritto di accesso a tutela di situazioni giuridicamente rilevanti di determinati soggetti, e il diritto alla riservatezza di terzi, cui l'esercizio del diritto dei primi può in concreto recare anche gravi pregiudizi.

Si tratta di valutazione comparativa assai delicata e spesso perplessa, che diversamente si atteggia a secondo dei casi, come dimostrano le oscillazioni della giurisprudenza, la quale in qualche caso ritiene prevalente il diritto di accesso, segnatamente laddove esso è connesso a specifiche esigenze di tutela giurisdizionale (vedi ad es. Tar Lazio, Roma, III bis, n. 4874/04; Tar Veneto, III n. 1674/04, Cons. St. V n. 5034/03); mentre in altri casi, ritiene senz'altro prevalente il diritto alla riservatezza (vedi ad es. Tar. Lazio, Roma, I n. 308/05).

La nuova legge, sul punto, introduce una norma a contenuto generale, nel senso che debba "comunque essere garantita ai richiedenti l'accesso ai documenti

amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici” (nel precedente testo, v. art 24, 2° comma, lett. d); aggiungendo che laddove si tratti di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l’accesso sia consentito nei limiti in cui sia “strettamente indispensabile”, e richiamando in particolare l’art. 60 d. l.vo n. 196/03 (codice privacy) laddove si tratti di “dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale” più intensamente protetti (art. 24, 7° comma). Non sembra che la norma sia innovativa, a parte l’ovvio richiamo al codice sulla privacy. Resta fermo infatti che i dati concernenti la salute e la vita sessuale hanno un livello di protezione massimi e possono essere accessibili soltanto laddove si tratta di tutela di diritti fondamentali dotati di analogo grado di protezione. Ma, sul punto, le oscillazioni della giurisprudenza si sono richiamate.

In ordine alla tutela, il nuovo testo introduce un procedimento giustiziale, preliminare rispetto al ricorso giurisdizionale, ma facoltativo; davanti al difensore civico territorialmente competente ove costituito. Se non costituito (ad esempio a livello comunale), l’istanza di riesame al diniego dell’accesso può esser rivolta al difensore civico competente nell’ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti statali, sia centrali che periferici (è noto che in ambito statale non è previsto l’ufficio del difensore civico) il procedimento giustiziale è di competenza della Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi, costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, riformata nella sua composizione dalla nuova legge all’art.27.

Il difensore civico o la Commissione, cioè l’organo giustiziale nel procedimento in esame, si pronunciano entro trenta giorni dall’istanza. Scaduto tale termine il procedimento si intende respinto. Nel caso in cui l’autorità giustiziale accerti siccome illegittimo il diniego o il differimento dell’accesso, essa ne informa il richiedente, nonché l’autorità disponente. Quest’ultima, entro i successivi trenta giorni, può confermare il provvedimento di diniego o di differimento, motivatamente. In caso di silenzio l’accesso è consentito.

Nel procedimento giustiziale si inserisce il Garante per la protezione dei dati personali, laddove si tratti di casi di diniego o di differimento “per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi”. In tal caso, “la Commissione”, dice la

norma (ma è da intendere anche il difensore civico) “provvede sull’istanza sentito il Garante”.

La norma prevede, anche, una modifica del procedimento previsto dal d.lgs 196/03 (codice in materia di protezione dei dati personali) disponendo che, ove codesto procedimento relativo al trattamento pubblico dei dati personali, da parte di una pubblica Amministrazione, interessi l’accesso ai documenti amministrativi, il Garante prima di decidere acquisisca il parere della Commissione per l’accesso.

Quanto al ricorso giurisdizionale, i cui termini, sono sospesi in caso di esperimento del procedimento giustiziale, la nuova norma introduce una semplificazione laddove prevede che, in caso di pendenza di giudizio, il ricorso per l’accesso a documenti necessari nell’ambito del giudizio stesso possa essere proposto con istanza al Presidente, depositata presso la segreteria della sezione, previa notifica all’amministrazione e ai controinteressati, e decisa con ordinanza istruttoria, in camera di consiglio.

Ove l’accesso a determinati documenti sia connesso alla materia contenziosa oggetto di un ricorso pendente non occorre perciò esperire nuovo ricorso giurisdizionale, con oggetto il diniego o il differimento dell’accesso, ma è sufficiente appunto una istanza al Presidente che si inserisce nel rapporto processuale in corso. Nell’ambito di un ricorso pendente, l’accesso ai documenti necessari ai fini istruttori può essere sempre disposta con ordinanza istruttoria presidenziale o del collegio, sia d’ufficio sia su istanza di parte; quindi la norma copre soltanto quei casi in cui la presenza di controinteressati all’accesso diversi dalle parti del giudizio principale può rendere necessario l’esperimento di autonomo ricorso ad essi notificato a fronte di un diniego o di un differimento dell’accesso richiesto.

L’art. 25, 5 *bis* conferma la norma già introdotta dalla legge n. 205/2000 disponendo che le parti, nei giudizi in materia di accesso, possono stare in giudizio personalmente e che le Amministrazioni possono essere rappresentate da propri dirigenti (v. art. 4, 3° comma l. n. 205/00).

19. Ambito di applicazione della legge.

L’art. 29 affronta il delicato problema della definizione dell’ambito applicativo della legge (di tutta la legge n. 241/90); tenendo conto delle modifiche costituzionali

apportate dalla legge costituzionale n. 3/01. Sul punto si deve ricordare che, nel testo costituzionale (a differenza di quanto disposto, ad esempio, nella Costituzione spagnola: art. 149, 1° comma, n. 18) non è previsto, tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, quella relativa ai principi generali dell'azione amministrativa o del procedimento amministrativo. Mentre tra queste materie, è compresa, come è noto, la giustizia amministrativa (art. 117, 2° comma lett. 1).

In via di principio si potrebbe, perciò, porre il problema se la disciplina generale dell'azione amministrativa o del procedimento possa essere oggetto di legislazione regionale; nel senso che ogni regione possa disciplinare in maniera anche differenziata questi principi con propria legge. Si ricordi, anche, che la legislazione regionale, in base al nuovo testo costituzionale non è vincolata dai principi generali dell'ordinamento giuridico, come viceversa, accadeva sulla base del precedente testo costituzionale. La legislazione regionale, come quella dello Stato, è vincolata solo dal rispetto dei principi costituzionali e di quelli dell'ordinamento europeo (art. 117, 1° comma); salvo che nelle materie di legislazione concorrente, dai principi fondamentali posti dalla legislazione dello Stato in ordine alle singole materie previste dall'art. 117, 3° comma.

Tuttavia, è da ritenere sussistano sufficienti ragioni per definire diversamente la questione. La prima considerazione riguarda l'ordinamento europeo. La gran parte della disciplina generale dell'azione amministrativa o del procedimento, (pressoché tutti i principi dei quali essa consta), è divenuta oramai in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, parte integrante del diritto europeo, come costruito sulla base delle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri.

E questi principi, almeno nel loro nucleo più essenziale, sono adesso recepiti nel testo della Costituzione europea, segnatamente all'art. II - 101 più volte citato.

E' da ritenere perciò che essi vincolino sia la legislazione dello Stato italiano, sia a maggior ragione, si direbbe, la legislazione delle regioni italiane; come per altro la legislazione di tutti gli Stati membri dell'Unione.

In secondo luogo, si deve ricordare quanto sopra si è detto a proposito del diritto di accesso, laddove espressamente il legislatore fa riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni, come quelli oggetto di legislazione esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, 2° comma lett. m); tra i quali rientrano anche quei principi dell'attività amministrativa, segnatamente oggetto della legge sul procedimento, che riguardano i

rapporti tra l'Amministrazione e i soggetti terzi: diritti alla partecipazione, diritti all'accesso, diritti a conoscere i motivi dell'azione e così via (pubblicità e trasparenza).

Questo ancoraggio dei principi del procedimento ai livelli essenziali delle prestazioni, che risulta molto chiaro nei lavori preparatori della legge, segnatamente al Senato (rel. Bassanini), è assolutamente da condividere. Esso rende non disponibile dai legislatori regionali i principi stessi, da considerarsi come quelli che assicurano livelli di partecipazione essenziali e perciò non comprimibili, fermo restando, come si è detto in materia di accesso, che i legislatori regionali possono stabilire "livelli ulteriori di tutela", cioè spazi più ampi di partecipazione, tenendo sempre presente tuttavia, come si è avvertito, l'esigenza del non aggravamento delle procedure.

In questo quadro si inserisce la nuova norma, la quale in primo luogo stabilisce che le disposizioni della legge., in tutte le loro parti, anche quindi nelle prescrizioni di dettaglio (ad esempio si pensi all'individuazione di alcuni termini) si applicano ai procedimenti amministrativi statali; cioè quelli che si svolgono nell'ambito delle Amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali (anche gli enti di autonomia funzionale?). Per quanto, invece, riguarda i procedimenti di competenza delle regioni e degli enti locali, la norma, con una formula invero un po' contorta, dice in sostanza che questi enti, nell'ambito delle rispettive competenze disciplinano i procedimenti amministrativi ("le materie disciplinate dalla presente legge") con il vincolo dei principi da questa stabiliti, in quanto considerati principi di rango costituzionale.

La locuzione usata dalla norma ("nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come stabilite dai principi della recente legge"), a parte l'involuzione della formula usata, significa sostanzialmente questo.

I principi desumibili dalle norme della legge in oggetto, (peraltro formulata quasi interamente per principi), salve solo marginali norme di dettaglio, divengono vincolanti per le regioni e per gli enti locali in quanto assunti a rango costituzionale.

Interessante è l'equiparazione posta dalla norma tra regioni ed enti locali, come quelli che nell'ambito delle rispettive competenze, regolano i propri procedimenti. In tal modo il legislatore ha voluto dare ampia interpretazione all'art. 117, 6° comma il quale come noto attribuisce agli enti locali potestà regolamentare, tra l'altro, in ordine alla disciplina "dello svolgimento delle funzioni loro attribuite" e perciò dei relativi

procedimenti. Ciò fa intendere che l'ambito riservato alla potestà regolamentare degli enti locali, in ordine ai procedimenti che avvengono al loro interno, è piena e viene perciò a limitare l'ambito della potestà legislativa rispettivamente statale e regionale, nelle materie di rispettiva competenza. Le leggi statali e regionali hanno bensì la potestà di attribuire competenza in ordine a determinati procedimenti amministrativi agli enti locali, ma non anche di disciplinarne lo svolgimento all'interno degli enti locali medesimi.

Resta viceversa di attribuzione esclusiva dello Stato, non solo in termini di principi, la disciplina degli istituti di diritto amministrativo ascrivibili alla nozione di giustizia amministrativa., ai sensi dell'art. 117, 2° comma lett. l.

L'art. 29 espressamente richiama questo punto estendendo a tutte le Amministrazioni pubbliche, ad ogni livello di governo esse siano dislocate, la disciplina da essa stabilita in tema di giustizia amministrativa. Si tratta evidentemente di quella di cui al capo IV *bis*, di cui si è detto, relativa all'efficacia e all'invalidità del provvedimento amministrativo, materie tutte direttamente connesse alla tutela del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa. E alla giustizia amministrativa si ascrive ovviamente il procedimento giustiziale nonché quello giurisdizionale previsto in materia di accesso dei documenti.

20. Problemi di *jus superveniens*.

La legge n. 15/05 entra in vigore in data 8 marzo 2005. Sul punto si pongono, come sempre delicati problemi di diritto intertemporale relativamente all'applicazione della legge e di singole sue norme ai procedimenti in corso.

Il principio che in genere viene seguito in materia è quello di ritenere ciascun atto del procedimento come dotato di propria individualità ai fini di determinare il diritto applicabile. Si ritiene infatti che in diritto amministrativo non esista il principio proprio del processo della *perpetuatio jurisdictionis (administrationis)* che comporterebbe l'applicazione al procedimento della normativa vigente al momento della sua apertura. Sul punto, spiegava Giannini, con la sua autorità, che la norma "sopravvenuta in diritto amministrativo contiene una diversa disciplina o quantomeno una diversa valutazione degli interessi pubblici, per cui non avrebbe senso seguire ad applicare norme abrogate".

Secondo la giurisprudenza, in base al principio del *tempus regit actum*, il provvedimento amministrativo ed anche le regole procedurali devono essere conformi al regolamento vigente al momento in cui esse intervengono”(Cons. St., VI, n. 5252/04); mentre non assume alcun rilievo “la normativa sopravvenuta quando i relativi atti siano già stati perfezionati” (Cons. St. V, n. 6309/03; IV, n. 4994/02). In tema di gare di appalto la disciplina della gara ovviamente è quella stabilita dal bando sulla quale non influiscono modificazioni successive (Cons. St., V n. 5206/02; n. 5212/02) fermo restando il potere di autotuelia da esercitarsi successivamente dall’Amministrazione a seguito dello *jus supervenies* (Cons. St.,V n. 1226/96). Sul punto, tuttavia, sono emersi dubbi in giurisprudenza (v. ad esempio C.GA n. 302/01).

In via di principio, perciò, possiamo affermare che la nuova normativa procedimentale, introdotta dalla L. n. 15/05 trovi applicazione anche ai procedimenti pendenti alla data della sua entrata in vigore, salvo per gli atti di carattere procedimentale che si siano già perfezionati. E perciò, ad esempio l’art. 10 *bis* che introduce una fase procedimentale nuova, anteriore alla conclusione del procedimento ad iniziativa di parte, in caso di esito negativo dello stesso, è da ritenere si applichi ai procedimenti, di autorizzazione, permesso, nullasta etc. che non si siano già conclusi con l’emanazione dell’atto negativo finale, alla data di entrata in vigore della legge. Ciò significa, sul punto, che i procedimenti pendenti a quella data non possono senz’altro concludersi con un provvedimento negativo, ove questo non sia stato già adottato, a pena di illegittimità, prima di averne dato comunicazione al destinatario nei termini indicati dalla norma.

I provvedimenti già perfezionati al momento dell’entrata in vigore della legge sono da ritenere, viceversa, sulla base del medesimo principio esclusi dalla sua applicazione, in riguardo alla loro efficacia. Ciò significa che il nuovo articolo 21 *bis* non si applica ai provvedimenti già perfezionati, ma soltanto a quelli che saranno adottati successivamente all’entrata in vigore della legge. I primi acquistano efficacia nei confronti dei destinatari, secondo il regime anteriormente vigente.

Sui procedimenti di secondo grado, e segnatamente la revoca e l’annullamento, rispettivamente disciplinati agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, la nuova disciplina sicuramente si applica laddove i relativi procedimenti non si siano ancora conclusi; il che significa che i provvedimenti rispettivamente di revoca e di annullamento di ufficio,

assunti dopo l'entrata in vigore della legge, ma sulla base dei procedimenti aperti prima di tale data seguono il regime sostanziale previsto dalle nuove norme e producono anche gli effetti previsti dalle nuove norme, segnatamente in materia di indennizzo.

Sull'indennizzo si può porre il problema se esso si può disporre anche per atti di revoca precedentemente assunti. Riterrei di sì, tenuto conto che si tratta di diritti che la nuova norma esplicitamente riconosce.

Il nuovo regime dell'invalidità che attiene, come si è accennato, al settore della giustizia amministrativa in senso lato, è da ritenere si applichi senz'altro a partire dall'entrata in vigore della legge investendo tutti gli atti amministrativi in essere, della cui validità o invalidità siano aperte questioni in sede giurisdizionale o in sede amministrativa.

Il principio della *perpetuatio jurisdictionis*, non applicabile in diritto amministrativo, vale per le norme di carattere procedurale, ma non anche per quelle sostanziali relative al regime giuridico degli atti che il giudice è tenuto ad applicare al momento della decisione.

Si tratta di una casistica assai complessa che trova in giurisprudenza supporti non sempre stabili. Bisognerà attendere le prime pronunce giurisprudenziali per poter definire orientamenti più precisi.