

Associazioni italiana professori di diritto amministrativo

**Dossier sul disegno di legge A.S. n. 4860
"Norme generali sull'attività
amministrativa"**

Roma, 25 gennaio 2001

Indice

I	Disegno di legge A.S. 4860	p.	3
II	Dichiarazione di voto finale del deputato Vincenzo Cerulli Irelli sulla proposta di legge n. 6844	p.	7
III	Osservazioni e suggerimenti dei soci:	p.	13
	U. Allegretti, A. Brancasi, A. Corpaci, C. Marzuoli, A. Orsi Battaglini e D. Sorace	p.	13
	A. Travi	p.	24
	G. Falcon	p.	27
	G. Pastori	p.	32
	F. Merloni	p.	34
	A.M. Sandulli	p.	42
	F. Trimarchi Banfi	p.	43
	C.E. Gallo	p.	44
	L. Vandelli	p.	46
	G. Rossi	P	48
	M.P. Chiti	p.	49
	S. Raimondi	p.	51
	V. Cerulli Irelli	p.	57
IV	Bozza di documento d.d.l A.S. n. 4860 " <i>Norme generali sull'attività amministrativa</i> "	p.	61
V	Osservazioni sulla bozza di documento	p.	64
	A. Romano Tassone	P	64
	A. Corpaci e D. Sorace	p.	67
	G. Pastori	p.	70
	E. Ferrari	p.	71
	S. Raimondi	p.	74
VI	Osservazioni conclusive sul d.d.l A.S. n. 4860, " <i>Norme generali sull'attività amministrativa</i> "	p.	76

I TESTO DEL DISEGNO DI LEGGE A.S. N. 4860

SENATO DELLA REPUBBLICA

----- XIII LEGISLATURA -----

N. 4860

DISEGNO DI LEGGE

d'iniziativa del deputato CERULLI IRELLI

(V. Stampato Camera n. 6844)

approvato dalla Camera dei deputati il 25 ottobre 2000

Trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza

il 26 ottobre 2000

Norme generali sull'attività amministrativa

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

(Finalità)

1. La presente legge detta disposizioni che hanno valore di principi generali dell'ordinamento in materia di attività amministrativa. Resta ferma la disciplina stabilita dalle disposizioni di settore compatibili con i principi stabiliti dalla presente legge.

Art. 2.

(Attività amministrativa di diritto privato)

1. Salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato. In ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi.

Art. 3.

(Procedimento amministrativo)

1. Nell'esercizio di poteri amministrativi, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante procedimenti amministrativi secondo la disciplina stabilita da leggi e regolamenti.
2. L'azione amministrativa si conforma a criteri di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà rispetto all'autonomia dei privati.
3. Per la disciplina generale del procedimento amministrativo si applicano le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, ovvero le corrispondenti disposizioni emanate dalle regioni a statuto speciale e dalle province autonome.

Art. 4.

(Comunicazione)

1. Salve espresse deroghe previste dalla legge, il provvedimento amministrativo è comunicato integralmente ai destinatari nelle forme stabilite da leggi e regolamenti.
2. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241.
3. Salvo che la legge disponga diversamente, il provvedimento acquista efficacia nei confronti dei destinatari con la comunicazione. Il provvedimento a carattere non sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia ed esecutività.

Art. 5.

(Esecuzione d'ufficio)

1. Il provvedimento amministrativo che produce obblighi o limitazioni nella sfera giuridica di terzi è eseguito coattivamente, senza necessità di una previa pronuncia dell'autorità giudiziaria, nei casi e nei modi indicati dalla legge.
2. Il procedimento di esecuzione d'ufficio di obblighi fungibili è disciplinato dalle amministrazioni interessate con normativa regolamentare sulla base dei principi stabiliti dalla legge.
3. Il provvedimento amministrativo che produce obblighi fungibili è eseguito dal soggetto interessato nel termine e secondo le modalità stabiliti dallo stesso

provvedimento. Quando l'amministrazione competente, previa diffida, accerta l'inadempimento, il provvedimento è eseguito d'ufficio a spese dell'obbligato. Dell'avvio dell'esecuzione è data comunicazione al soggetto inadempiente.

Art. 6.

(Sospensione)

1. L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento può essere sospesa, per gravi ragioni, dallo stesso organo che lo ha emanato o da altro organo al quale la legge attribuisce espressamente tale potere; salvo che la sospensione venga disposta da un organo giurisdizionale, è sempre indicata la durata della sospensione, che non può in ogni caso essere superiore a sei mesi, con facoltà di proroga per una sola volta, salvo che sia diversamente disposto da norme speciali.

Art. 7.

(Revoca)

1. Il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo al quale la legge attribuisce tale potere, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ovvero in presenza di modifica dei medesimi presupposti di fatto del provvedimento. Ove ne ricorrano i presupposti l'amministrazione è tenuta a risarcire i danni agli interessati.

Art. 8.

(Nullità)

1. È nullo il provvedimento amministrativo:

- a) che è stato adottato in carenza della forma richiesta sotto pena di nullità da legge o regolamento;
- b) che è stato adottato da un ente pubblico locale incompetente per territorio;
- c) che è stato adottato in carenza di oggetto o contenuto determinati o determinabili;
- d) che è destinato a soggetto inesistente.

2. È altresì nullo il provvedimento amministrativo nei casi indicati dalla legge.

Art. 9.

(Annullabilità)

1. È annullabile il provvedimento viziato per incompetenza, adottato in violazione di norme imperative, o viziato per eccesso di potere.
2. È viziato per incompetenza il provvedimento adottato da organi di amministrazioni pubbliche diverse da quelle alle quali il relativo potere è attribuito, nonché, nell'ambito della stessa amministrazione, il provvedimento adottato in violazione delle norme sulla ripartizione della competenza tra gli organi di direzione politica e gli organi amministrativi.
3. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto, quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.
4. Resta salva la facoltà di regolarizzazione, anche in pendenza di ricorso giurisdizionale.
5. All'annullamento del provvedimento amministrativo può provvedere d'ufficio, per motivi di interesse pubblico, l'organo che lo ha emanato ovvero altro organo previsto dalla legge, salva convalida ovvero conversione dello stesso, laddove ne ricorrono i presupposti.
6. La retroattività dell'annullamento si estende agli atti successivi a quello annullato legati ad esso da un diretto rapporto di causalità.

Art. 10.

(Abrogazione di norme)

1. L'articolo 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249, è abrogato.

Art. 11.

(Entrata in vigore)

1. La presente legge entra in vigore trenta giorni dopo quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

II DICHIARAZIONE DI VOTO FINALE DEL DEPUTATO VINCENZO CERULLI IRELLI SULLA PROPOSTA DI LEGGE N. 6844*

VINCENZO CERULLI IRELLI. Il testo che viene al voto dell'Assemblea intende completare, attraverso una serie di norme concernenti fondamentalmente il regime del provvedimento amministrativo, la disciplina generale dell'azione amministrativa di diritto pubblico, contenuta nella legge n. 241 del 1990 (procedimento e diritto d'accesso).

Pur dopo l'emanazione di quella fondamentale legge, restano privi di disciplina alcuni delicati aspetti dell'azione amministrativa, mentre altri, segnatamente quello fondamentale concernente il regime dell'illegittimità, sono ancora regolati da leggi remote (l'articolo 26 del testo unico sul Consiglio di Stato del 1924 risale nella sua formulazione alla legge Crispi del 1889), e perciò necessitano di una revisione.

Il testo che si presenta è strettamente connesso alla recentissima legge approvata dal Parlamento sulla nuova disciplina del processo amministrativo (n. 205 del 2000), e ne costituisce, per così dire, il risvolto di carattere sostanziale.

Il testo consta, come esplicitamente affermato dall'articolo 1, di principi generali dell'ordinamento, che comportano l'abrogazione di quelle norme, anche di carattere settoriale che con essi siano incompatibili; mentre vincolano la legislazione regionale, allo stesso modo delle norme della menzionata legge n. 241 del 1990.

Le due leggi insieme sono chiamate a costituire il *corpus* delle norme generali dell'azione amministrativa di diritto pubblico nell'ordinamento italiano, in tutte le sue articolazioni istituzionali.

Il testo riprende l'affermazione di principio già approvata dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali (legge costituzionale n. 1 del 1997), che le pubbliche amministrazioni, salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, agiscono secondo le norme del diritto privato (articolo 2).

* [Estratto da: *Atti parlamentari*, DISCUSSIONI, SEDUTA DEL 25 OTTOBRE 2000 – N. 798 – P. 134 – 137].

Questa affermazione, oltre ad esplicitare la tendenza dell'ordinamento verso la privatizzazione dei settori di amministrazione nei quali lo strumento pubblicistico non sia strettamente necessario (come di recente è avvenuto nel settore del pubblico impiego), costituisce un criterio fondamentale per l'interprete: in caso di incertezza circa il diritto applicabile a proposito di attività giuridiche che singole amministrazioni debbano porre in essere, in base alla norma si applica il diritto privato, capovolgendo in ciò l'antica affermazione di Cammeo, seguita dalla dottrina successiva, secondo la quale, in caso di incertezza, le pubbliche amministrazioni debbono applicare nel loro agire la normativa del diritto pubblico. Ovviamente il principio che qui viene introdotto, non sposta l'ordine della giurisdizione (ordinaria e amministrativa) in ordine alle controversie con le pubbliche amministrazioni, che resta quello disciplinato dalle leggi vigenti. E laddove la pubblica amministrazione agisce secondo moduli di diritto privato, sarà competente il giudice ordinario, salvo i casi di giurisdizione amministrativa esclusiva.

La norma afferma altresì il principio, per altro di chiara evidenza, che in ogni caso, le pubbliche amministrazioni agiscono per la realizzazione di pubblici interessi. Ciò significa che il complesso dell'azione amministrativa, a prescindere dalla normativa utilizzata, deve essere ispirata ai principi di efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, in funzione di cura dei pubblici interessi, già affermati in maniera solenne dalla legge n. 241 del 1990.

Tuttavia, quando le modalità giuridiche dell'azione sono quelle del diritto privato, la valutazione del rispetto di questi principi e di queste finalità, non dà luogo ad una valutazione di legittimità degli atti giuridici adottati, secondo lo schema dell'eccesso di potere (che è proprio degli atti amministrativi in senso stretto). Ma dà luogo a valutazioni circa il complesso dell'azione amministrativa posta in essere, in sede di controllo di gestione, in sede di esercizio dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, in sede di esercizio dell'azione di responsabilità civile, e così via.

Sulla disciplina generale del provvedimento amministrativo il testo contiene alcune norme che completano il quadro già delineato dalla legge n. 241 del 1990, secondo il medesimo obiettivo perseguito da quella legge, di

una piena ed intera riconduzione della disciplina del provvedimento al principio della legalità. Non esistono poteri amministrativi impliciti o occulti ma i poteri sono quelli previsti dalla legge. Le parti di un rapporto amministrativo sono poste tendenzialmente in una posizione di parità, tutelata dai principi di legge.

Il provvedimento amministrativo deve essere comunicato integralmente ai destinatari e acquista efficacia nei confronti di essi con la comunicazione, salve espresse deroghe legislative. Può tuttavia contenere una clausola, motivata (e perciò successivamente controllabile), di immediata efficacia ed esecutività. Questa norma (articolo 4) completa il regime disegnato dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, espressamente richiamato.

La cosiddetta esecutorietà del provvedimento amministrativo, vecchio *idolum* della nostra dottrina, è ricondotta, secondo l'impostazione più moderna, totalmente al principio di legalità. Laddove un provvedimento amministrativo produca obblighi o limitazioni nella sfera giuridica di terzi, segnatamente nei casi in cui esso imponga un *facere* ai destinatari, può essere eseguito coattivamente, soltanto laddove questo è previsto dalla legge.

L'articolo 5 detta sul punto la disciplina generale dell'esecuzione d'ufficio (sulla falsariga di quella ben conosciuta che risale alla legge del 1865). Il provvedimento deve stabilire il termine e le modalità per la sua esecuzione da parte del destinatario. Una volta accertato da parte dell'amministrazione competente l'inadempimento di questi, il provvedimento viene eseguito a spese dell'obbligato, previa motivata comunicazione.

Il testo contiene inoltre alcune norme che regolano i procedimenti cosiddetti di secondo grado, quelli cioè che hanno ad oggetto provvedimenti amministrativi già emanati ed efficaci, secondo lo schema della autotutela decisoria.

La sospensione e la revoca, poteri che incidono, com'è noto, sull'efficacia del provvedimento, sono attribuiti al medesimo organo che ha emanato l'atto che ne è oggetto, salva espressa attribuzione legislativa ad

altro organo. Con una serie di limitazioni però. La sospensione, secondo lo schema valido per la sospensione giurisdizionale, può essere adottata solo in presenza di gravi ragioni, e ha durata limitata, con facoltà di proroga per una sola volta (articolo 6).

La revoca (articolo 7) è consentita soltanto a proposito dei provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole (come ad esempio le concessioni) e soltanto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o in presenza di una modifica dei presupposti di fatto del provvedimento, e non anche perciò per una modificazione della valutazione circa l'assetto degli interessi pubblici quale delineato dall'originario provvedimento.

Di grande rilievo ordinamentale sono le norme che prevedono la nuova disciplina della invalidità amministrativa (articoli 8 e 9).

Anzitutto il testo fa proprio l'orientamento giurisprudenziale inaugurato da alcune decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, a partire dal 1992, che ha riconosciuto, anche per gli atti amministrativi, la sanzione della nullità, in presenza di particolari violazioni; nella prospettiva della riconduzione del regime degli atti amministrativi al regime generale degli atti giuridici.

La nullità è prevista, nel testo, anzitutto, per i casi tradizionalmente ricevuti in teoria generale, di atti adottati in carenza della forma richiesta *ad substantiam*, di atti adottati in carenza di oggetto o di contenuto ovvero destinati a soggetto inesistente. A questi casi si aggiungono quelli delle nullità previste espressamente dalla legge, nonché il caso tipico del diritto amministrativo, degli atti adottati da un ente pubblico locale incompetente per territorio. Mentre i casi di atti adottati in violazione del principio, che ormai acquista carattere fondamentale nell'ordinamento, del riparto delle competenze tra organi di direzione politica e organi amministrativi (a titolarità burocratica o professionale), vengono ricondotti, diversamente da quanto in precedenza proposto dalla Commissione, a quelli di annullabilità.

La norma concernente l'annullabilità è, invece, fortemente innovativa rispetto alla nostra tradizionale impostazione risalente alla legge del 1889. Essa, mentre riafferma l'annullabilità degli atti amministrativi per

incompetenza, violazione di legge, ed eccesso di potere, ridimensiona la portata dei primi due vizi.

Il vizio di incompetenza viene limitato ai casi di violazione di norme che attribuiscono il potere alle singole amministrazioni; e non si estende, perciò, come viceversa sino ad oggi, alla violazione di norme che distribuiscono la competenza tra i diversi organi nell'ambito di ciascuna amministrazione (salvi i casi appena menzionati, di violazione delle norme che stabiliscono il riparto tra organi di direzione politica e organi amministrativi). In sostanza, l'incompetenza, quale delineata dal testo, viene a coincidere con l'ambito di invalidità attualmente coperto dalla carenza di potere. Ciò è anche la conseguenza della diversa impostazione dell'ordinamento, particolarmente a seguito della legge n. 59 del 1997 e decreti attuativi, circa l'assetto delle fonti concernenti l'organizzazione, ormai in larga misura demandata alla potestà regolamentare delle singole amministrazioni o addirittura ad atti di natura non regolamentare.

Sulla violazione di legge, la norma prevede due importanti novità. Anzitutto limita questo vizio alla violazione di norme operative, il che significa introdurre in diritto pubblico la distinzione propria del diritto privato tra norme imperative e norme dispositive, solo le prime essendo vincolanti. In secondo luogo, introduce il concetto, proprio di altre esperienze europee nei tempi più recenti, che le violazioni di carattere formale o procedimentale non sono rilevanti, e perciò non danno luogo ad annullabilità dell'atto, laddove il contenuto dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Una volta riconosciuto che l'atto, anche se adottato in violazione di qualche norma formale o procedimentale, ha un contenuto conforme a quanto prescritto dalla legge (il vincitore della gara è effettivamente il soggetto dotato dei migliori titoli, il progetto di costruzione sottoposto a licenza edilizia è effettivamente conforme al piano regolatore, eccetera) la violazione non rileva dal punto di vista della invalidità dell'atto. Essa dà luogo a una mera irregolarità, che può essere regolarizzata anche in pendenza di ricorso giurisdizionale.

La stessa norma disciplina l'istituto dell'annullamento d'ufficio: il potere di annullamento è attribuito all'organo che ha emanato l'atto

illegittimo ovvero ad altro organo se espressamente previsto dalla legge: ovviamente in presenza di specifiche ragioni di interesse pubblico. Resta salva la facoltà di convalida ovvero di conversione dell'atto legittimo, laddove ne ricorrono i presupposti. La convalida in particolare diventa strumento di applicazione generale, senza la limitazione di cui all'articolo 6 della legge n. 249 del 1968, che viene espressamente abrogato (articolo 10).

La norma infine chiarisce (articolo 9, ultimo comma) che l'efficacia retroattiva dell'annullamento travolge gli atti successivi a quello annullato, quando questi siano legati ad esso da un diretto rapporto di causalità, facendo propria la distinzione giurisprudenziale tra i casi di annullamento ad effetto caducante (che sono quelli cui fa riferimento la norma) e ad effetto meramente viziante che non producono l'automatica caducazione degli atti stessi, ma solo un vizio di legittimità nella loro struttura, che potrà essere successivamente fatto valere in sede giurisdizionale o amministrativa.

Il presentatore di questa proposta di legge, ampiamente elaborata e migliorata nel lavoro di Commissione, insieme al ringraziamento, alto e sentito, alla presidente onorevole Jervolino Russo, al relatore onorevole Frattini, agli altri colleghi, e all'onorevole Cananzi in rappresentanza del Governo, esprime grande soddisfazione per aver contribuito alla formazione di un testo che completa il processo di modernizzazione del nostro diritto amministrativo: verso esiti che si ragguagliano a quello dei principali paesi europei.

Senza un'incisione forte anche sul versante dei principi dell'azione amministrativa, segnatamente sul punto fondamentale della riduzione dell'area del formalismo (il *red tape* degli americani) e quindi delle invalidità meramente formali, ogni tentativo di riforma della struttura organizzativa, pur avanzato come quello in corso, è incapace di produrre pienamente i suoi effetti positivi, in termini di funzionamento complessivo dell'amministrazione, al servizio dei cittadini (infine, il buon andamento, del vecchio ma non sempre attuale articolo 97 della Costituzione!)

III OSSERVAZIONI PERVENUTE SUL D.D.L. A.S. N. 4860

12 dicembre

**Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,
Carlo Marzuoli, Andrea Orsi Battaglini e Domenico Sorace**

Il d.d.l. in questione merita apprezzamento poiché completa l'opera di codificazione di alcune norme generali sull'attività amministrativa iniziata con la L. n. 241/1990 (nel cui testo peraltro sarebbe opportuno che le norme fossero integrate) e al contempo propone apprezzabili soluzioni innovative tendenti ad eliminare alcuni formalismi del regime degli atti amministrativi.

Data la grande importanza del tema, è peraltro auspicabile che il testo possa essere oggetto di una ponderata valutazione e di una redazione particolarmente attenta.

Qui di seguito, si riportano sommariamente alcune osservazioni e proposte di modifiche elaborate dopo un seminario sul d.d.l. in questione tenuto alcuni giorni or sono all'Università di Firenze, con la partecipazione del collega Vincenzo Cerulli Irelli.

Si tratta evidentemente di osservazioni di diversa rilevanza, che sono esposto in riferimento ai diversi articoli e nell'ordine di questi.

Art.2

(Attività amministrativa di diritto privato)

Premesso che lo stato delle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza non sembra consentire ancora di dare una soluzione chiara e ampiamente condivisa al problema del rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato (il cui assetto, del resto, dovrebbe semmai essere più opportunamente definito in sede costituzionale), così che sarebbe consigliabile non trattare in questa legge l'argomento, si formulano comunque, come contributo alla discussione, le seguenti osservazioni.

Dal momento che il diritto amministrativo attuale conosce provvedimenti amministrativi autoritari (cioè capaci di limitare

unilateralmente le sfere giuridiche di terzi) e provvedimenti non autoritari (come, per esempio, gli atti di un procedimento di assunzione di personale o, almeno secondo alcuni, talune concessioni), nel presente articolo si dovrebbe chiarire meglio se ci si riferisce agli uni o agli altri. Invero, potrebbe essere opportuno distinguere, specificando che solo i provvedimenti autoritari debbono essere di regola sottoposti ad una stringente disciplina legislativa riguardante gli effetti, i presupposti e la competenza ad emanarli; mentre per gli altri la sottoposizione al regime amministrativo non comporta applicazione del c.d. principio di tipicità.

Quanto al rinvio al diritto privato, dalle discussioni parlamentari risulta che, con la precisazione secondo cui in ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi, si è inteso affermare che anche quando agiscono secondo il diritto privato esse debbono rispettare i principi di imparzialità e buon andamento. Ciò potrebbe far pensare ad una sorta di funzionalizzazione degli atti di diritto privato, a cui si finirebbe per applicare un regime ibrido e confuso. Sarebbe più lineare affermare l'uso del diritto privato in tutti casi in cui ciò non sia incompatibile con i principi costituzionali sulla pubblica amministrazione. Un primo suggerimento di riformulazione dell'articolo può essere il seguente:

1. Salvo i casi in cui le leggi ed i regolamenti prevedano l'adozione di atti amministrativi e fermo restando che poteri limitativi della sfera giuridica dei destinatari possono soltanto essere conferiti ad esse espressamente da leggi che prevedano i presupposti, le modalità di esercizio e gli effetti, alle amministrazioni pubbliche si applicano le norme del diritto privato con la sola esclusione dei casi in cui ciò non sia compatibile con i principi costituzionali sulla pubblica amministrazione.

Art. 3
(Procedimento amministrativo)

Non è chiaro il significato dei commi 1 e 3, che non solo sembrano privi di utilità giuridica, ma che potrebbero anche dar adito ad interpretazioni limitative dell'applicabilità delle disposizioni della legge n. 241 .

Il comma 2 contiene disposizioni eterogenee, alcune delle quali possono incidere sul regime degli atti ed altre, invece, riguardano il ruolo della pubblica amministrazione in generale, anche quando agisce secondo il diritto privato. Comunque non si comprende perché si faccia riferimento ai soli tre criteri elencati, non citando né le formulazioni classiche dei principi costituzionali, né quantomeno un principio come quello di trasparenza cui ormai le amministrazioni sono ritenute pacificamente vincolate. Potrebbe essere appropriato anche richiamare i principi del diritto comunitario per l'azione amministrativa svolta in attuazione di quest'ultimo.

Un primo suggerimento potrebbe essere quello di:

sopprimere il comma 1;

riformulare come segue il comma 2, che prende il posto del comma 1:

1. L'azione amministrativa si conforma ai principi costituzionali e segnatamente ai criteri di ragionevolezza, proporzionalità, sussidiarietà rispetto all'autonomia dei privati, trasparenza, nonché ai principi del diritto comunitario quando è svolta in attuazione di quest'ultimo.

e

sopprimere il comma 3

Art.4
(Comunicazione)

Anche in questo caso non è chiaro il significato della conferma del disposto dell'art. 3 della legge n. 241. Sembra piuttosto che i commi 1 e 3

intendano completare il disposto di quest'ultimo articolo. Pertanto si potrebbe suggerire di

sopprimere il comma 2

e riformulare come segue gli altri due commi:

1. All'art.3 della legge 7 agosto 1990, n.241, dopo il comma 2 è inserito il seguente:

"2-bis. Salve espresse deroghe previste dalla legge, l'atto amministrativo è comunicato integralmente ai destinatari nelle forme stabilite da leggi e regolamenti".

2. All'art.3 della legge 7 agosto 1990, n.241, dopo il comma 4 è inserito il seguente:

"5. Salvo che la legge disponga diversamente, il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei destinatari acquista efficacia con la comunicazione. Ove sussistano particolari ragioni di urgenza l'atto amministrativo a carattere non sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia".

Art.5

(Esecuzione d'ufficio)

Il primo comma ipotizza la necessità di una esecuzione coattiva non solo di obblighi ma anche di limitazioni nella sfera giuridica di terzi, ma in questo secondo caso non sembra esservi un'esigenza di esecuzione forzata.

E' opportuno chiarire meglio il rapporto tra le norme regolamentari di cui parla il secondo comma e le disposizioni dettate dal comma terzo, precisando, come è necessario, che nella materia le norme regolamentari hanno carattere solo esecutivo.

Si potrebbe suggerire la seguente riformulazione:

1. I terzi nei cui confronti il provvedimento autoritativo produce obblighi sono tenuti ad adempiere a quanto stabilito. Ove il terzo non adempia,

l'amministrazione, nei casi e nei modi indicati dalla legge, può procedere coattivamente senza necessità di una previa pronuncia dell'autorità giudiziaria.

il comma 3, che prende il posto del comma 2, viene completato come segue:

2. Il provvedimento amministrativo che produce obblighi fungibili è eseguito dal soggetto interessato nel termine e secondo le modalità stabiliti dallo stesso provvedimento. Quando l'amministrazione competente, previa diffida, accerta l'inadempimento, il provvedimento è eseguito d'ufficio a spese dell'obbligato. Dell'avvio dell'esecuzione è data comunicazione al soggetto inadempiente. Le amministrazioni interessate possono dettare norme regolamentari per dare esecuzione alla disciplina sopra esposta.

Art.6 (Sospensione)

Le disposizioni di questo articolo lasciano in primo luogo qualche dubbio sulla loro almeno parziale riferibilità anche alla sospensione disposta da un organo giurisdizionale, materia che è estranea a un disegno di legge come il presente.

Inoltre, pare eccessivo che la durata della sospensione amministrativa possa giungere fino ad un anno

Si suggerisce quindi di riformulare come segue la rubrica e il testo dell'articolo:

(Sospensione amministrativa)

1. L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento può essere sospesa, per gravi ragioni, dallo stesso organo che lo ha emanato o da altro organo amministrativo al quale la legge attribuisce espressamente tale potere. Il provvedimento di sospensione ne indica sempre la durata che deve essere limitata al minimo indispensabile, e non può in ogni caso superare x mesi.

Art.7
(Revoca)

Per quanto dai lavori parlamentari risulti che si vuole escludere un potere di revoca inteso quale diritto di "ripensamento" dell'amministrazione, la formulazione della disposizione appare equivoca sotto questo profilo perché in mancanza di una modifica della situazione di fatto non si può parlare di motivi di interesse pubblico sopravvenuti.

Inoltre, potrebbe essere opportuno determinare con precisione la decorrenza degli effetti della revoca.

Infine, l'ultima disposizione normativa sembra far riferimento ad una ipotetica responsabilità risarcitoria derivante dall'esercizio di un potere conferito dalla legge (ove il provvedimento sia illegittimo varranno evidentemente le regole generali che oggi consentono il risarcimento dei danni da atti illegittimi). Non si fa invece cenno ad un diritto all'indennizzo che, pure, è ormai riconosciuto dall'art.11 della l. n.241/90 per l'analogo potere di recesso.

Si suggerisce, dunque, la seguente riformulazione dell'articolo:

1. Il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato dallo stesso organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo al quale la legge attribuisce tale potere, per sopravvenute e comprovate esigenze di interesse pubblico in relazione al mutamento della situazione di fatto.

2. La revoca determina, a decorrere dalla sua comunicazione, la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Le amministrazioni provvedono alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi subiti dai soggetti nella cui sfera giuridica la revoca incide direttamente.

Art.8
(Nullità)

In questo articolo si recepiscono per lo più i risultati cui è giunta la dottrina e la giurisprudenza.

Peraltro con la formulazione proposta da un lato viene aggiunta l'ipotesi di atto adottato in carenza della forma richiesta a pena di nullità da un regolamento, ma si può dubitare che un regolamento possa disporre in tal senso; dall'altro lato, viene esclusa qualche ipotesi della quale non pare ragionevolmente possibile negare l'analogia con uno dei casi previsti: l'incompetenza territoriale di un ente pubblico parrebbe dover avere i medesimi effetti tanto che tale ente sia qualificabile come locale (termine il cui significato è ancora non pacifico in dottrina) che non. A maggior ragione sembra da comminare la nullità per un atto adottato da amministrazioni pubbliche alle quali il potere non risulta attribuito (come, ad esempio, l'ordine da parte di una qualsivoglia autorità che i cittadini vestano una divisa, una laurea rilasciata da un organo dell'amministrazione finanziaria).

Pertanto si potrebbero suggerire le seguenti modifiche:

1. E' nullo il provvedimento amministrativo:

- a) che è stato adottato da un organo di una amministrazione pubblica in mancanza della attribuzione del relativo potere;*
- b) che è stato adottato in carenza della forma richiesta sotto pena di nullità da legge;*
- c) che è stato adottato da un organo di una amministrazione pubblica diversa da quella alla quale il relativo potere è attribuito, ovvero da un organo di un ente pubblico incompetente per territorio;*
- d) che è stato adottato in carenza di oggetto o contenuto determinati o determinabili;*
- e) che è destinato a soggetto inesistente.*

2. E' altresì nullo il provvedimento amministrativo negli altri casi indicati dalla legge.

Art.9 **(Annullabilità)**

Questo articolo contiene le disposizioni innovative più significative e che meritano la più attenta riflessione. Quale contributo a quest'ultima si può osservare quanto segue.

Il primo comma da un lato riproduce l'elenco dei vizi dell'atto amministrativo risalente alla legge del 1889 (istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato), ad uno dei quali almeno (eccesso di potere) la giurisprudenza ha ormai attribuito un significato diverso ed assai più dilatato rispetto a quello risultante dal significato comune delle parole. Da un altro lato introduce la nuova categoria delle norme imperative, che all'opposto implica l'esistenza di norme che sarebbero derogabili dalle pubbliche amministrazioni, anche, a quanto pare, se di fonte legislativa ed a prescindere dal loro contenuto. E' evidente che il concetto di norma imperativa non può avere nel diritto amministrativo un significato corrispondente a quello che ha nel diritto privato. Il timore è che la sua introduzione apra spazi di arbitrio delle pubbliche amministrazioni e comunque crei incertezze, dal momento che la qualificazione in tal senso di una norma finisce per essere lasciata al giudice. Comunque, se lo scopo pratico perseguito è quello di evitare che la violazione di qualsiasi norma produca necessariamente l'annullabilità dell'atto, risultati più sicuri possono essere ottenuti con disposizioni come quelle di cui ai commi successivi.

Si potrebbe suggerire, piuttosto, una formulazione che riecheggia il disposto dell'art. 230 del Tr.CE; e che sarebbe opportuno fosse accompagnata da analoga riformulazione dell'art.26 TU Consiglio di Stato e degli artt. 2 e 3 I.TAR.

Il secondo comma torna ad occuparsi della incompetenza per limitare i casi in cui essa determina annullabilità dell'atto. Fermo rimanendo quanto detto sopra a proposito della nullità, rimane il fatto che in base a tale disposizione non sarebbe neanche annullabile un atto che venga preso da

un organo di indirizzo politico diverso da quello competente (per esempio: il Sindaco in luogo del Consiglio comunale), né quello preso da un qualsiasi organo amministrativo che appartenga alla stessa amministrazione (per esempio, nel caso dello Stato e, in particolare del Ministero dell'economia e delle finanze, dal Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato anziché dal Dipartimento per la politica economica e finanziaria, oppure dal Prefetto di Catania anziché da quello di Cuneo). Considerato che tale disciplina riguarda il "provvedimento", il quale può essere un atto autoritativo, la disposizione così come formulata desta notevoli perplessità sotto il profilo delle garanzie costituzionali dei diritti di libertà nonché di quelle relative alla tutela giurisdizionale.

A meno di non voler distinguere tra provvedimenti autoritativi, atti amministrativi non autoritativi e atti organizzativi, una soluzione alternativa, mediante la quale parrebbe ugualmente soddisfatta la esigenza cui è ispirata la disposizione proposta, potrebbe essere quella di rendere coerente il regime della incompetenza con il sistema delle fonti in materia di organizzazione quale risulta dalla recente legislazione sulle riforme amministrative, ove la determinazione della competenza con legge o regolamento è prevista soltanto per le strutture di massima dimensione.

Il comma 3 detta una disposizione (simile a quella contenuta nell'art. 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo) che comprende un'ampia serie di fattispecie, alcune delle quali sono talvolta ricondotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane a mere irregolarità. Parrebbe pertanto più opportuno definire come tali le ipotesi di violazione di norme qui considerate, adottando peraltro una definizione che ne sottolinei più incisivamente la differenza dalle ipotesi di invalidità e, quindi, di annullabilità degli atti; così da escludere, per esempio, che possa produrre mera irregolarità la violazione di una norma che abbia impedito la partecipazione degli interessati al procedimento. E' il caso di prevedere comunque l'obbligo di regolarizzare gli atti irregolari, ove questo sia possibile, e di disporre una sanzione a carico di chi commette l'irregolarità, come avviene normalmente in casi del genere (quantomeno, nella forma

prevista per l'ipotesi di mancato rispetto del termine per l'emanazione dei provvedimenti: v. art 3 ter, c. 2, d.l. n. 163/1995, conv. in l. n. 273/1995)

Il comma 4 prevedendo una facoltà di regolarizzazione in connessione con l'ipotesi di pendenza di un ricorso in via giurisdizionale fa sorgere dei dubbi sull'accezione in cui viene usato questo termine.

Il comma 5, conferma il potere dell'amministrazione di provvedere all'annullamento d'ufficio di un provvedimento per motivi di interesse pubblico. Parrebbe opportuno, peraltro, specificare che deve trattarsi di un provvedimento illegittimo e precisare, secondo le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza, che l'interesse pubblico deve essere attuale.

Lo stesso comma 5 dell'art. 9 conferma che, se ne ricorrano i presupposti, un atto illegittimo può essere convalidato o convertito in un atto diverso. D'altro, lato l'art. 10 abroga la norma che attualmente consente la sanatoria dei vizi di incompetenza anche in pendenza di gravame amministrativo e giurisdizionale, ma dai lavori preparatori risulta che da tale abrogazione dovrebbe risultare implicitamente che la sanatoria in pendenza di gravame sarebbe possibile anche per vizi diversi da quelli di incompetenza. Sembrerebbe però opportuno essere espliciti in tal senso, estendendo la sanabilità anche ai vizi relativi alla motivazione.

Se l'estensione delle ipotesi di convalida o di conversione degli atti illegittimi può essere opportuna nell'interesse pubblico, occorre tuttavia tener conto del fatto che ai privati interessati possono derivare da atti del genere pregiudizi, anche soltanto per l'approntamento di eventuali ricorsi, poi vanificati dall'intervento a sanatoria dell'amministrazione. Per tali pregiudizi è opportuno riconoscere esplicitamente il diritto ad essere risarciti.

Per l'art. 9 potrebbe essere suggerita pertanto la seguente formulazione, anche cambiando la sequenza delle disposizioni:

1. *E' annullabile il provvedimento viziato per incompetenza, per violazione di forme sostanziali, per violazione di principi e norme sull'attività amministrativa, ovvero per sviamento di potere.*

2. *E' viziato per incompetenza il provvedimento adottato in violazione delle competenze individuate dalla legge o da atti di natura regolamentare.*

3. *Ove ne ricorrano i presupposti, la facoltà di sanatoria o conversione degli atti viziati ai sensi dei commi precedenti, ivi compresi quelli viziati per difetto della motivazione, è ammessa anche in pendenza di ricorso giurisdizionale o amministrativo. Resta salvo il risarcimento dei pregiudizi comunque subiti dagli interessati, ivi comprese le spese sopportate per provvedere alla tutela dei propri interessi.*

4. *All'annullamento dell'atto amministrativo viziato può procedere d'ufficio, per motivi attuali di interesse pubblico, l'organo che lo ha emanato ovvero altro organo previsto dalla legge.*

5. *Gli effetti dell'annullamento si estendono agli atti successivi a quello annullato legati ad esso da un diretto rapporto di causalità.*

6. *In caso di irregolarità meramente formale che non incida sul suo contenuto l'atto amministrativo non è annullabile. Gli organi competenti sono tenuti a regolarizzarlo ove ciò sia possibile. Del compimento di atti irregolari si tiene conto agli effetti della responsabilità dirigenziale di cui all'art.21 del d. lgs. n. 29/1993 e successive modificazioni.*

7. *Il comma 1 dell'art.26 del R.D. 26 giugno 1924, n.1054 è così modificato:*

"Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per violazione di forme sostanziali, per violazione di principi e norme sull'attività amministrativa ovvero per sviamento di potere contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo

amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria né si tratti di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali".

Il comma 2 dell'art.26 del R.D. 26 giugno 1924, n.1054, è soppresso".

8. Il comma 2, lett.b), dell'art.2 della legge 6 dicembre 1971, n.1034 è così modificato:

"b) sui ricorsi per incompetenza, per violazione di forme sostanziali, per violazione di principi e norme sull'attività amministrativa ovvero per sviamento di potere contro atti e provvedimenti ...

9. Il comma 1 dell'art.3 della legge 6 dicembre 1971, n.1034 è così modificato:

"Sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi per incompetenza, per violazione di forme sostanziali, per violazione di principi e norme sull'attività amministrativa ovvero per sviamento di potere contro atti e provvedimenti ..."

13 dicembre

Aldo Travi

Raccoglio l'invito, contenuto nel recente Bollettino dell'Associazione, ad aprire un dibattito sul disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati "Norme generali sull'attività amministrativa", di cui è imminente l'esame del Senato.

Il testo del disegno di legge mi lascia perplesso su alcuni punti e ho notato analoghe perplessità anche da parte di altri colleghi. Segnalo qui di seguito i punti più oscuri o complessi:

Art. 2 - Il testo dell'articolo mi lascia perplesso, sia per il riferimento generico ai regolamenti come fonte del potere amministrativo, sia per l'idea che quando l'Amministrazione opera con strumenti di diritto privato (si pensi al caso dell'attività contrattuale) sia soggetta solo alle norme di diritto privato. Il procedimento che precede l'accordo contrattuale non è (almeno secondo molti) esercizio di potere, ma non è neppure regolato dal diritto privato.

Art. 3 - Il primo comma mi lascia perplesso per il riferimento generico ai regolamenti come fonte della disciplina dei procedimenti amministrativi.

Il terzo comma mi pare superfluo, tenuto conto di quanto dispone già l'art.29 della legge n. 241/90. Una sovrapposizione fra due normative è francamente da evitare, perché costituirebbe un ulteriore elemento di confusione.

Art. 4 - Il terzo comma mi pare che avrebbe senso, solo se la legge oggi disciplinasse già i casi in cui il provvedimento acquista o non acquista efficacia, dal momento della comunicazione. Non mi pare che questa condizione oggi sussista.

Noto, nel terzo comma, il riferimento esclusivo alla "legge"; manca il riferimento ai regolamenti, riferimento che invece compare in altre disposizioni (cfr. art.2 e 3) a fini di maggiore importanza. Non mi pare che questa varietà di soluzioni sia giustificata.

Art. 5 - L'idea (cfr. 2° comma) che ogni Amministrazione interessata disciplini, con proprio regolamento, l'esecuzione d'ufficio (ossia, l'uso della coazione e della forza), francamente mi lascia molto perplesso; penso che in materia di esecuzione coattiva l'ambito della riserva di legge debba essere molto ampio, se non altro per ragioni di garanzia per il cittadino.

Forti perplessità mi suscita anche il terzo comma, che sembra ammettere che ogni provvedimento "che produce obblighi fungibili" sia passibile di esecuzione d'ufficio. Il comma, per lo meno, non pare ben

coordinato con il primo comma, che invece sembra ritenere tassative le ipotesi di coazione amministrativa.

Art. 7 - La formulazione del primo periodo mi lascia molto perplesso: non riesco a cogliere quali siano i "sopravvenuti motivi di interesse pubblico" (che possono giustificare la revoca) diversi dalle ipotesi di "modifica dei presupposti di fatto del provvedimento".

La formulazione del secondo periodo non mi pare felice: a parte la genericità del rinvio a "ove ne ricorrano i presupposti", il riferimento al risarcimento sta a significare che si è in presenza di un illecito? Non si voleva intendere invece che la revoca fuori dei casi previsti nel periodo precedente comporta per l'Amministrazione un obbligo di indennizzo?

Art.8 - Non riesco a cogliere l'utilità di un articolo sulla nullità del provvedimento, tanto più che non è chiarito quale diversità di disciplina comporti la nullità rispetto all'annullabilità (il punto, fra l'altro, oggi mi pare tutt'altro che pacifico in dottrina e in giurisprudenza).

Art.9 - L'utilizzo, nel primo comma, dell'espressione "violazione di norme imperative", invece di quella consolidata "violazione di legge" non mi pare convincente, tenuto conto anche del fatto che l'espressione "violazione di norme imperative" ha un significato ben preciso nel diritto privato, ma non è altrettanto approfondita e condivisa nel diritto amministrativo.

Nel secondo comma non mi convince l'esclusione del vizio di incompetenza, nel caso in cui il provvedimento sia adottato in violazione di regole che riguardano il riparto delle competenze fra organi di direzione politica o fra organi amministrativi. Il piano regolatore adottato dal Sindaco non è più annullabile: non mi pare un gran risultato.

Dato che poi l'assetto del vizio di incompetenza è consolidato, temo che affermare che non sia viziato da incompetenza un atto che è assunto in violazione delle regole sulla competenza equivalga a dire che l'atto illegittimo per incompetenza non possa essere annullato. La soluzione mi pare inconciliabile con l'art.113 Cost.

Considerazioni analoghe mi pare che valgano anche per il terzo comma, che preclude l'annullamento di atti viziati da illegittimità formali.

Naturalmente ho esposto impressioni 'a prima lettura', che segnalo al solo fine di favorire un dibattito ampio, e nella convinzione che l'argomento trattato nel disegno di legge sia del massimo interesse anche per l'Associazione.

16 dicembre

Giandomenico Falcon

Art. 2.

Mi sembra inaccettabile la disposizione secondo cui "Salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato". Che cosa si vuole dire, esattamente?. Vorrei avere esempi di atti che oggi si considerano provvedimenti, e domani atti di diritto privato.

Ho anche qualche dubbio che la disposizione comporti violazione dell'art. 113 Cost., in quanto, trasformando gli atti "non qualificati" delle amministrazioni in atti di diritto privato, *diminuisce la tutela* in relazione ad essi, eliminando la rilevanza per i terzi e di conseguenza la tutela degli interessi legittimi degli amministrati.

So bene che la stessa affermazione si trovava nel progetto di revisione costituzionale della bicamerale: chissà quale progresso gli autori credevano di avere realizzato, ed in quale direzione: pensavano di tutelare il cittadino (come non è) o l'amministrazione (come invece sarebbe)?. Io non riesco a vedere il progresso.

Il riferimento ai poteri "conferiti da leggi o da regolamenti" non si sa se sia lì per dire che i regolamenti possono conferire i poteri, o perché si teme che altrimenti la regola non si applica a eventuali poteri di fatto

conferiti da regolamenti (non si sa mai!). In ogni modo condivido la critica già espressa da Travi.

Secondo me comunque *la disposizione va soppressa integralmente*: il che non sarà facile ottenere, dato che qualcuno si immagina di ottenere chissà cosa dal mitico "diritto privato".

Art. 3

Non capisco a che cosa serva una norma che dice che l'amministrazione opera per procedimenti (solo nell'esercizio dei poteri amministrativi? V. osservazioni all'art. 2) e che ad essi si applica ai procedimenti la legge 241.

Quanto al comma 2, secondo cui "L'azione amministrativa si conforma a criteri di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà rispetto all'autonomia dei privati", a parte la scarsa utilità di queste affermazioni di principio, osservo che in primo luogo che esso andrebbe semmai posto nell'art. 2, dato che non mi pare sia dubitabile che esso dovrebbe valere anche per gli atti di diritto privato.

In secondo luogo, la legge n. 241 già indica i principi dell'azione amministrativa: se non vanno bene, li si integri o modifichi, ma perché una nuova e diversa disposizione?

Art. 4.

Non capisco il senso della precisazione del comma 2, secondo cui "Resta fermo quanto disposto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241".

L'art. 3 l. 241 per la maggior parte non riguarda la comunicazione. Il comma 3 esonera l'amministrazione dalla comunicazione anche dell'atto dal quale risulta la motivazione, e andrebbe non fatto salvo ma al contrario modificato nel senso che si unisca, e non solo si "renda disponibile", l'atto motivante. Il comma 4 dice che in ogni atto "notificato" al destinatario devono indicarsi le vie rimediale: sarebbe il caso di precisare, novellandolo, che ciò vale per qualunque forma di comunicazione.

Mi pare da ripensare anche il comma 3, secondo cui "Salvo che la legge disponga diversamente, il provvedimento acquista efficacia nei confronti dei destinatari con la comunicazione". Ci sono due problemi: il primo è che a volta l'efficacia può decorrere da un momento anteriore *a favore del destinatario dell'atto*, e a questo modo lo si impedirebbe; il secondo è che ci sono atti urgenti, che per la loro natura devono avere efficacia immediata, e non è detto che nel passato le leggi si siano sempre occupate di precisarlo. Si potrebbe trovare una formulazione più attenta.

Art. 5.

Condivido le critiche già espresse da Travi sul terzo comma, che sembra ammettere sul piano generale l'esecuzione coattiva degli "obblighi fungibili" (tra, l'altro, non mi pare che la fungibilità possa riferirsi agli obblighi, ma semmai alle prestazioni che ne formano l'oggetto).

Condivido anche le perplessità sulla disciplina regolamentare.

Mi lascia poi perplesso che si ribadisca l'onere di comunicazione dell'avvio del procedimento di esecuzione. Non è la diffida ad adempiere, sotto pena di esecuzione di ufficio, che ne tiene il luogo (a suo seguito, l'interessato già "sa tutto"). E per la stessa diffida, la regola vale o non vale?

Art. 6.

Chiamerei l'articolo *Autosospensione*, e lo limiterei a quella disposta dall'autore dell'atto. Eliminerei come inutili i riferimenti alla sospensione giurisdizionale, che ha le proprie regole, che chiaramente non sono coinvolte in questa legge, sicché il coinvolgerle fa solo confusione. Non vedo l'utilità di porre un termine alla sospensione, e meno ancora di impedire di rinnovarla.

Vedo invece un forte problema generale di "controinteresse" di altri soggetti. Secondo me il potere di autosospensione va limitato ai casi in cui non esistano controinteressati: quando esistono, ci deve pensare il giudice. Se è a questo che serve il termine, mi sembra un palliativo.

Art. 7. (Revoca)

Condivido le perplessità espresse da Travi, pur se mi pare di capire che i presupposti di fatto (ma perché "medesimi": medesimi di cosa?) sarebbero quelli specificamente determinati dalla norma, mentre l'interesse pubblico si riferisce a valutazioni più ampie.

Quanto alla seconda frase ("Ove ne ricorrano i presupposti l'amministrazione è tenuta a risarcire i danni agli interessati"), secondo me è ovvio che non ci riferisce all'illecito (che costituisce un problema generale, e non un problema specifico della revoca), ma ad un eventuale dovere di indennizzo (e non di "risarcimento dei danni", che comprendono anche il lucro cessante). Ma il dovere di indennizzo non dovrà essere stabilito dalla legge? Ha senso rinviare genericamente a dei "presupposti", se nessuna legge li prevede in generale?

Art. 8. (Nullità)

Secondo me, un articolo sulla nullità potrebbe anche essere utile, ma quello proposto non mi pare tale.

Esso prevede quattro casi più uno generale (quello del comma 2, secondo cui "È altresì nullo il provvedimento amministrativo nei casi indicati dalla legge": in ogni modo bisognerebbe per l'estetica dire *altri* casi indicati). Quello generale non aggiunge nulla, trattandosi di un "ricordo".

Delle quattro ipotesi "specifiche" la prima rinvia anch'esso a nullità comminate in via normativa. La terza e la quarta sono ovvie, trattandosi di atto privo di oggetto determinato o rivolto a soggetto inesistente. Nessuno può avere mai avuto dubbi sulla relativa nullità, il difficile sta semmai nell'applicazione.

Resta il caso *b)*, dell'atto "che è stato adottato da un ente pubblico locale incompetente per territorio". Non capisco perché "prendersela" proprio con l'*ente pubblico locale*: se invece, poniamo, l'autorità per la riservatezza dei dati rilasciasse una concessione edilizia l'atto non sarebbe nullo? Non secondo i criteri indicati, mi pare. E se il prefetto di Udine autorizzasse l'apertura di un supermercato a Napoli? E se il Provveditore agli studi di Tarando nominasse un insegnante per una scuola di Bologna?

Se si vogliono definire le nullità, bisogna guardarci dentro molto più a fondo. Come mai non si parla della carenza del potere? E' vero che è complicato, ma altrimenti a che cosa serve la norma?

Art. 9. (Annullabilità)

Mi sembra inaccettabile il comma 1, secondo cui "È annullabile il provvedimento viziato per incompetenza, adottato in violazione di norme imperative, o viziato per eccesso di potere". Sono anni che diciamo che l'antica elencazione (più che classificazione) dei vizi fatta nel 1889 non ha alcun particolare valore. In particolare la categoria dell'eccesso di potere non significa assolutamente nulla, come mostra sia l'eterogeneità delle figure che vi si ricomprendono, sia il fatto che nei diritti dei paesi comparabili questa categoria non esiste affatto, e quello che noi vi comprendiamo risulta altrimenti classificato.

Mi sembra dunque assurdo "riproporre" oggi la legge del 1889, come se oggi significasse qualcosa, con la sola variante della violazione di "norme imperative" al posto della tradizionale violazione di legge! Tra l'altro nel diritto amministrativo il vero problema non è di sapere quando le norme sono "imperative", ma semmai di sapere in quali casi la loro violazione non produce il vizio per difetto, per così dire, di "sostanzialità" della lesione: esempio, omissione della comunicazione di avvio del procedimento seguita da partecipazione comunque avvenuta, e altri analoghi.

Sul comma 2, condivido le critiche di Travi. Come si fa a dire che non è sempre viziato da incompetenza un atto assunto da un organo diverso da quello cui è assegnato il potere?

Solo in parte condivido invece le critiche di Travi sul terzo comma, nei termini in cui sono formulate. Qui infatti la questione è ancora quella della "sostanzialità" del vizio, del rilievo che in concreto essa possa avere avuto su ciò che spetta, o può spettare, all'amministrato. Il vizio di competenza, come gli altri vizi "formali", possono avere il massimo rilievo sostanziale quando l'atto sia discrezionale in qualunque senso e misura. Se invece il provvedimento è vincolato, la violazione di pure regole di competenza o

procedura non toglie che il provvedimento sia quello che la legge imponeva di assumere.

Però il fatto è che se l'atto poteva essere diverso o no può essere in realtà accertato dal giudice solo entro un giudizio amministrativo centrato sul rapporto e non sull'atto, nel quale sia l'amministrazione (per gli atti aggressivi) sia l'amministrato (per gli atti a lui favorevoli) possano far valere una propria pretesa, e la controparte eccepire.

Se il giudizio rimane impugnatorio, in realtà lo stesso giudice in genere non può sapere se il provvedimento avrebbe o non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, e dunque la norma ipotizzata è in pratica inapplicabile. Non a caso, una norma corrispondente vale in diritto tedesco, dove però il processo ha diverso carattere.

Il comma 5 è troppo "condensato", e mette insieme cose diverse (annullamento d'ufficio da un lato, convalida o conversione dall'altro).

Il comma 6 mi sembra scritto in modo poco chiaro (che cosa significa che "la *retroattività dell'annullamento* si estende agli atti successivi a quello annullato legati ad esso da un diretto rapporto di causalità?"). Riprendendo il linguaggio della giurisprudenza, si potrebbe dire, volendolo, che l'annullamento comporta la caducazione degli atti ecc.

17 dicembre

Giorgio Pastori

I punti maggiormente problematici del p.d.l. possono essere individuati nei seguenti:

- nell'art. 2 si ammette che i poteri amministrativi (di carattere autoritativo) possano essere previsti anche da regolamenti: il che contrasta con il principio di legalità e con quanto ribadito al riguardo dalla costante giurisprudenza costituzionale;

- nello stesso art. 2 si prevede per tutta la restante attività amministrativa, l'applicazione delle norme di diritto privato, pur riconoscendo giustamente che "in ogni caso le a.p. agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi" (conformemente a quanto stabilisce in apertura l'art. 1 della l.n.241 secondo cui tutta "l'attività amministrativa persegue gli scopi stabiliti dalla legge"). In relazione a ciò, sarebbe meglio dire che le a.p. operano mediante atti (e procedimenti) non autoritativi disciplinati comunque in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità nel perseguimento dei pubblici interessi (senza far rinvio in termini troppo secchi e impagnativi al diritto privato);

- nell'art.3, inversamente, non si può restringere l'applicazione dei procedimenti all'esercizio dei poteri amministrativi. Va tolto perciò l'inciso iniziale del primo comma. In generale si potrebbe ritenere che il 1° e il 3° comma dell'art.3 siano superflui: basta quanto stabilito nella l.n.241;

- analogamente nell'art. 4 è superfluo il 2° comma che ribadisce l'art.3 della legge n. 241. Troppo ampia inoltre è la clausola, contenuta nell'ultimo periodo del 3° comma, che consente di attribuire immediata efficacia ed esecutività a qualsiasi "provvedimento non sanzionatorio". Tale periodo andrebbe eliminato;

- nell'art.5, giustamente il 1° comma precisa che l'esecutorietà sussiste solo "nei casi e nei modi stabiliti dalla legge", però il 2° e il 3° comma non sono coordinati con il 1° comma, lasciando ampi spazi alla potestà regolamentare (il 2° co.) o addirittura provvedimentale (il 3° co.) delle stesse amministrazioni: il 2° e il 3° comma andrebbero soppressi o coordinati meglio con il 1° comma;

- circa l'art. 7, opportunamente vi si disciplina la figura della revoca: tuttavia vanno unificate le due distinte fattispecie di revoca previste che in realtà coincidono, precisando che i sopravvenuti motivi di interesse pubblico dipendono dalla modifica dei presupposti di fatto del provvedimento.

Nell'ultima frase va precisato che si tratta di indennizzo come già previsto all'art.11 l.n.241 per il recesso unilaterale dagli accordi;

- circa l'art. 8, se si conviene di disciplinare la figura della nullità, nella lett.a) occorre riservare solo alla legge la previsione di forme richieste sotto pena di nullità e nella lett. b) occorre prevedere in modo più completo il "difetto di attribuzioni" che dà luogo alla nullità, facendo riferimento in generale ad atti che siano stati adottati da un organo di amministrazioni pubbliche diverse da quella alla quale il relativo potere è attribuito (ipotesi che invece figura nel 2° comma dell'art. 9 come causa di annullabilità);

- nell'art. 9 non si vede la ragione di sostituire al 1° comma il vizio di violazione di legge con quello di violazione di norme imperative (che hanno un senso solo nella sistematica dell'autonomia privata); nel 2° comma va invece ripristinata la previsione che è viziato di incompetenza l'atto adottato nell'ambito della stessa amministrazione da organo diverso da quello cui l'esercizio del relativo potere è attribuito da legge o regolamento; infine il 3° comma (riprodotto dalla legge tedesca del 1976, ma fuori dal contesto complessivo della stessa) andrebbe fatto cadere: esso rischia di rendere irrilevante l'inosservanza di ogni norma procedurale anche di quelle che soddisfano a precise esigenze sostanziali (partecipazione, motivazione, ecc.). Altrimenti andrebbe sostituito con una disposizione del tipo di quella prevista nell'art. 156 c.p.c. secondo cui la violazione di norme di procedura o di forma non è causa di annullabilità quando sia conseguito lo scopo a cui erano preordinate. Oppure sempre ai medesimi fini andrebbe distinto fra regole di procedura e di forma a carattere sostanziale (o essenziale) e quelle invece derogabili;

- circa l'art.10, va fatto cadere: in generale e soprattutto se si ripristina il vizio di incompetenza nella sua configurazione più propria è bene mantenere (non abrogare) l'art. 6 della l.n.249/1968.

18 dicembre

Francesco Merloni*

1. Premessa

Le brevi osservazioni che seguono mirano a segnalare eventuali problemi di interpretazione e applicazione della disciplina proposta con il disegno di legge e sono formulate in tempi necessariamente brevissimi.

Esse sono quindi di prima reazione alla lettura delle norme e non possono essere adeguatamente motivate.

Dato questo carattere le osservazioni saranno di tipo prevalentemente critico e problematico.

Chi scrive apprezza, però, lo spirito di fondo che anima la proposta: mantenendo la tecnica adottata con la legge n. 241 del 1990, si propone di introdurre norme e criteri generali per disciplinare l'azione delle pubbliche amministrazioni, in luogo di una completa opera di "codificazione" legislativa di istituti e principi derivanti da decenni di giurisprudenza, con il notevole contributo della dottrina del diritto amministrativo (sul modello adottato in Spagna) o di puntuale disciplina del procedimento sul modello del processo (come nel caso austriaco).

Questa tecnica ha consentito nella legge n. 241 di qualificare l'intervento del legislatore come intervento "innovativo" rispetto alla prassi amministrativa e in qualche caso anche rispetto agli istituti derivanti dal consolidarsi della giurisprudenza.

2. Osservazioni

2.1. Principi generali dell'azione amministrativa tra legge n.241 e disegno di legge.

Le osservazioni riguardano l'elencazione dei principi generali e il loro rapporto con i poteri di adattamento delle amministrazioni dotate di autonomia normativa.

Sotto il primo profilo ai principi di economicità, efficacia, pubblicità, non aggravamento del procedimento e certezza del termine si

aggiungerebbero i principi di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà. Ma allora perché non modificare direttamente l'articolo 1 della legge n.241. Quanto al merito, i principi di ragionevolezza e proporzionalità appaiono anche tecnicamente preferibili rispetto alla precedente formulazione del principio di non aggravamento, ma proprio per questo un coordinamento definitivo delle formulazioni appare sicuramente opportuno.

Maggiori perplessità relativamente al richiamo del principio di sussidiarietà (in questo caso "orizzontale", tra pubbliche amministrazioni e privati). Questo, a meno di non diventare così onnicomprensivo da perdere di significato, si riferisce ad un criterio di distribuzione di compiti tra intervento diretto delle pubbliche amministrazioni (nell'esercizio di poteri amministrativi o utilizzando strumenti di diritto privato) e intervento di soggetti privati in tutti i casi in cui tale intervento si riveli adeguato al raggiungimento di finalità di interesse pubblico.

Se invece la sussidiarietà viene riferita all'azione amministrativa si deve supporre che sia stata già operata la scelta di un intervento diretto della pubblica amministrazione. In questo caso il ruolo dei soggetti privati sembra essere quello di un contributo partecipativo allo svolgimento dell'azione amministrativa, contributo, peraltro, già previsto e disciplinato dalla legge n.241. Se si ritengono insufficienti le disposizioni della legge del 1990 è su di esse che occorrerebbe operare al fine di adeguarle al nuovo modello di rapporti tra soggetti pubblici e privati.

Sotto il profilo dei rapporti tra norme generali sull'azione amministrativa e poteri di adattamento in sede di esercizio dell'autonomia normativa da parte dei soggetti dotati di autonomia (territoriale o funzionale) il comma 3 dell'articolo 3 si riferisce al potere normativo delle sole regioni (a statuto ordinario o speciale), in nulla innovando rispetto a quanto già previsto dall'articolo 28 della legge n. 241. Meglio sarebbe, invece, adottare una formulazione più ampia che rinvii al potere normativo di tutti i soggetti dotati di autonomia, come avviene per l'adeguamento ai principi generali fissati dal d.lgs. n. 29 del 1993 con l'articolo 27-bis dello

* Le osservazioni sono state predisposte con la collaborazione dei dottori Antonio Bardolini e Alessandra Pioggia.

stesso decreto (che rinvia anche alla potestà statutaria e regolamentare delle "altre pubbliche amministrazioni").

2.2. Attività amministrativa di diritto privato

Nel condividere lo spirito della disposizione, volto a circoscrivere al massimo l'area dell'azione amministrativa autoritativa, la formulazione dell'articolo 2 del disegno di legge desta notevoli perplessità.

In primo luogo l'affermazione in via generale di un simile principio sembra richiedere una fonte di rango costituzionale, che consenta un ampio rinvio all'intervento di altre fonti normative: legislative (in tutti i casi in cui si intenda conferire espressamente – e delimitare – poteri amministrativi autoritativi, come nel caso dei poteri ablatori o sanzionatori) o di rango secondario (in tutti i casi in cui si intenda lasciare alle amministrazioni la scelta tra l'uso di poteri amministrativi e l'impiego di strumenti di diritto privato).

Ma anche nel caso in cui si introduca il principio per via di legge ordinaria, come occorre interpretare e applicare una tale disposizione? Nel senso che in tutti i casi in cui la legge non preveda in modo espresso l'esercizio di poteri amministrativi le amministrazioni devono utilizzare strumenti di diritto privato? Non si dimentichi che, nella gran parte dei casi, la legge si limita a conferire "funzioni" a pubbliche amministrazioni, cioè a definire finalità generali che le amministrazioni devono perseguire, ipotizzando che le stesse amministrazioni agiscano attraverso procedimenti amministrativi o, in alternativa, attraverso strumenti di diritto privato.

Se si intende mantenere il principio (di cui peraltro è incerta la capacità di vincolare il futuro legislatore ordinario), meglio affermare la generale possibilità per le amministrazioni di realizzare dei pubblici interessi anche attraverso attività di tipo privatistico.

2.3. Revoca e risarcimento dei danni

Nel condividere il principio secondo il quale l'azione amministrativa non può sacrificare indebitamente gli interessi dei cittadini, sembra comunque improprio parlare di risarcimento dei danni. Il risarcimento

presuppone un danno ingiusto, mentre nel caso della revoca l'amministrazione agisce legittimamente.

Si consideri, poi, l'estrema distanza tra una previsione come questa e quella dell'articolo 11 della legge n. 241, che, con riferimento ad accordi (disciplinati dal codice civile), si limita a prevedere un semplice indennizzo in caso di recesso della pubblica amministrazione.

Forse sarebbe il caso di considerare in modo unitario tutti i casi in cui l'amministrazione, legittimamente rivedendo una sua precedente decisione, produca dei sacrifici degli interessi dei soggetti che sono coinvolti dall'azione amministrativa. Quando il sacrificio appare eccessivo e sproporzionato, per esempio rispetto all'affidamento che il cittadino abbia riposto sul comportamento dell'amministrazione, occorre prevedere forme precise (anche automatiche) di ristoro di tale sacrificio, cui attribuire, però, una qualificazione giuridica omogenea e coerente.

2.4. *Nullità*

Nel condividere la volontà di "codificare" la nullità del provvedimento amministrativo, vanno, tuttavia, segnalate alcune perplessità.

In effetti si deve osservare che non si tratta di una mera traduzione in norma dei principi espressi dalla giurisprudenza. La sensazione è quella dell'accoglimento di soltanto alcuni orientamenti giurisprudenziali in materia di cause di nullità del provvedimento. A tal fine, va brevemente rammentato che secondo il "diritto vivente" il provvedimento è nullo, quando si verte in un'ipotesi di: a) carenza in astratto di potere o di attribuzione; b) carenza in concreto di potere; c) difetto di uno degli elementi essenziali del provvedimento; d) nullità testuale.

Il disegno di legge recepisce solo una parte di questa "tradizione", sancendo che è nullo il provvedimento che difetti dell'oggetto o del contenuto, nonché del soggetto; è, altresì nullo il provvedimento privo della forma scritta richiesta dalla legge *ad substantiam* e quello adottato da un ente territorialmente incompetente; infine è nullo il provvedimento nei casi previsti testualmente dalla legge (art. 8, ddl cit.).

Come si può facilmente evincere da una comparazione tra il "diritto vivente" ed il contenuto del ddl, la trasposizione del portato giurisprudenziale è parziale. Né a tal fine, può valere come giustificazione il fatto che la c.d. incompetenza assoluta da causa di nullità sia diventata causa di annullabilità (cfr. art. 9, 2° co., d.d.l. cit.): il disegno in esame non prende, infatti, in considerazione le ipotesi di provvedimento nullo per carenza in astratto del potere e per carenza in concreto (violazione del termine perentorio, mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, violazione del c.d. diritto indegradabile, provvedimento elusivo del giudicato).

In altre parole viene del tutto trascurata l'ipotesi della c.d. nullità virtuale del provvedimento.

A questo punto, di fronte al silenzio della norma, le questione che si porrebbe all'interprete è la seguente: occorre vedere se la carenza in astratto ed in concreto siano ancora cause di nullità.

La volontà del d.d.l. sembrerebbe essere nel senso di tramutare carenza in concreto ed in astratto in cause di annullabilità, come emergerebbe dalla previsione fra le cause di annullamento della violazione di norme imperative.

Il che potrebbe comportare un depotenziamento della tutela apprestata al cittadino che non potrebbe più eccepire la nullità a fronte di violazioni così gravi.

2.5. Annullabilità e norme imperative

Si condivide il tentativo di riformare il regime dell'annullabilità degli atti amministrativi, anche in linea con le esperienze straniere (essenzialmente, Germania e Spagna, ma anche Francia) in cui si è cercato di circoscrivere le ipotesi di annullamento dell'atto ai casi in cui ad essere colpite sono situazioni di interesse sostanziale dei ricorrenti e non la pretesa ad una legalità meramente formale. Se, come si crede, il disegno di legge intende collocarsi in questa linea, non convince allora l'uso della distinzione fra norme imperative e dispositive, sottinteso nel testo, che comporterebbe una duplice conseguenza che pare negativa. Da un lato, come sopra visto,

finirebbe per colpire con la mera annullabilità tutti i casi in cui ad essere violate fossero le norme che comportano una carenza in astratto o in concreto del potere; dall'altro lato potrebbe comportare la completa assenza di conseguenze vizianti per atti adottati in violazione di norme dispositive che risultano, tuttavia, lesivi di posizioni sostanziali.

Sembra pertanto preferibile impiegare distinzioni concettuali già presenti nelle esperienze, tanto dell'ordinamento comunitario, quanto dei Paesi membri, in cui la violazione di legge viene distinta in violazione delle regole sostanziali e violazione delle regole non sostanziali.

2.6. Nullità, annullabilità e tutela

Una considerazione di insieme sembra dover essere riservata al rapporto fra le norme in materia di nullità e annullabilità e il complessivo sistema di garanzie giurisdizionali apprestato dall'ordinamento per il cittadino.

Fatta salva l'esigenza di distinguere in maniera certa fra l'una ipotesi e l'altra, occorrerebbe, tuttavia, fissare con norme espresse anche i profili relativi alla giurisdizione. Come avviene in altri Paesi, si potrebbe chiarire che, mentre nel caso dell'annullabilità la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, la nullità possa, invece, essere dichiarata tanto dal giudice ordinario quanto dal giudice amministrativo.

2.7. Annullabilità e incompetenza

Diverse perplessità suscitano anche le scelte operate in materia di "incompetenza". Al di là della ricomprensione in tale categoria delle ipotesi di atti adottati da un'amministrazione pubblica diversa da quella alla quale è attribuito il relativo potere, l'aspetto maggiormente problematico sembra essere quello relativo alla riduzione dell'incompetenza riguardante gli organi del medesimo apparato alle sole ipotesi di violazione del principio di distinzione fra politica e amministrazione. Non v'è dubbio che in questi casi si possa e si debba parlare di incompetenza, ma non sembra che l'attivabilità di tale vizio possa arrestarsi qui. Le ragioni sono "sostanziali" e

tengono conto del valore di garanzia collegato a questo tipo di vizio dell'atto. Se, come si ritiene, l'organizzazione della pubblica amministrazione, anche relativamente alla distribuzione di alcuni compiti fra gli organi di un medesimo apparato, non ha una funzione soltanto tecnica, ma rappresenta un modo per identificare gli interessi e le modalità di tutela di essi, la ridefinizione, comunque necessaria, del vizio di incompetenza relativa, dovrebbe derivare dalla considerazione del rapporto sostanziale fra scelta organizzativa e interessi coinvolti dall'attività. Non sembra, in questi termini, che possa ritenersi irrilevante per i destinatari che ad adottare un atto sia un organo politico, per esempio rappresentativo anche delle minoranze, piuttosto che un altro organo, parimenti politico, ma a diversa composizione. Ma anche con riferimento agli organi di gestione, potrebbe non essere indifferente che all'adozione di un atto provveda un organo con determinate qualità tecniche o un altro organo, ugualmente gestionale, ma con caratteristiche diverse. Non v'è dubbio che, diversamente dalle ipotesi appena fatte, vi siano casi in cui, invece, la individuazione dell'ufficio abilitato all'adozione di atti esterni non rileva in alcun modo sull'azione futura: è questo il caso in cui, ad esempio, l'attività è vincolata oppure la scelta relativa al soggetto agente riguarda la selezione fra uffici aventi le medesime caratteristiche, come molti uffici dirigenziali. Uno spazio di riduzione dell'operatività del vizio sembrerebbe, allora, più opportunamente da rintracciarsi nella ripartizione dei compiti fra certi uffici gestionali.

Un'ultima considerazione sembra dover essere riservata al terzo comma dell'articolo relativo all'annullabilità, in cui è disposto che non è annullabile l'atto adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto, quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Pur riconoscendo l'indubbia opportunità di una previsione di questo tenore, sembra che l'irrilevanza della violazione di norme sul procedimento potrebbe sollevare problemi applicativi, soprattutto in considerazione della difficoltà di fissare un limite oltre il quale il mancato rispetto della sequenza procedimentale si traduce in mancanza di un procedimento in senso proprio. D'altro canto, non si può dimenticare come la formalizzazione, ai fini di garanzia, del

procedimento abbia rappresentato uno dei principali traguardi della l. 241 del 1990.

2.8. *Annullamento d'ufficio, (art. 9, c. 5)*

Una prima considerazione andrebbe riservata alla collocazione "topografica" della disposizione sull'annullamento d'ufficio. Sembra che l'averla, infatti, inserita quale comma dell'articolo 9 sull'annullabilità (essenzialmente giurisdizionale), comporti delle perplessità di ordine sistematico.

Sarebbe più opportuno disciplinare tale istituto con una disposizione *ad hoc*, in modo da evidenziare l'autonomia dell'istituto.

Secondariamente, dal punto di vista contenutistico, vi sono alcune incongruenze che andrebbero eliminate. Non risulta persuasivo, infatti, che, come unico presupposto per procedere all'annullamento d'ufficio, sia prevista la considerazione dei motivi d'interesse pubblico. Più propriamente, l'annullamento d'ufficio va correlata alla rilevazione di vizi inerenti la legittimità del provvedimento, non disgiunta dalla contestuale considerazione dell'interesse attuale e concreto all'annullamento.

La considerazione dell'interesse pubblico ricadrebbe, più propriamente, nell'ambito della disciplina della revoca (art. 7), nel cui contesto sono disciplinate pure le misure di ristoro del sacrificio dell'interesse del destinatario, che nel caso dell'annullamento d'ufficio, così come previsto dall'attuale formulazione, non viene riconosciuta.

2.9. *Sospensione (art. 6)*

Per quanto concerne la disciplina della sospensione, sembrerebbe più appropriato il riferimento, oltre che all'efficacia, all'esecutività del provvedimento piuttosto che alla esecuzione.

Alessandra Maria Sandulli

Apprezzando moltissimo l'iniziativa assunta dal Consiglio Direttivo, invio alcune brevissime (considerato il tempo) riflessioni sul d.d.l. in oggetto

Mi sembra innanzi tutto che l'attuale formulazione dell'art.1, con il riferimento ai "poteri conferiti da regolamenti" possa creare seri problemi di compatibilità con l'art.97 Cost.

Analogamente, l'affermazione generica della regola dell'azione secondo norme di diritto privato crea problemi di conciliazione con le norme comunitarie in tema di evidenza pubblica: il riferimento alla disciplina stabilita dalle disposizioni di settore "compatibili" di cui all'art.1 non sembra evidentemente idoneo a salvarne l'applicazione e rischia di essere fonte di ulteriori incertezze e controversie.

La "motivata clausola di immediata efficacia ed esecutività " di cui all'art.4 dovrebbe essere esclusa per tutti i provvedimenti lato sensu "ablatori" e non soltanto per quelli sanzionatori.

Non mi sembra opportuno "liberare" l'Amministrazione dal rispetto delle norme legislative e regolamentare, circoscrivendo l'annullabilità alle violazioni più gravi. In ogni caso, occorrerebbe circoscrivere l'art.9, co 3 agli atti a contenuto vincolato.

La norma sulla competenza - che mi lascia comunque perplessa - così come formulata sembra consentire la derogabilità delle competenze tra i diversi organi politici di uno stesso ente, con evidente rischio di elusione delle norme a tutela della rappresentatività delle minoranze.

Non è chiaro infine se la "regolarizzazione" di cui all'art.9, co.4 riguardi anche le ipotesi di annullabilità.

Mi ripropongo comunque (augurandomi soltanto di averne il tempo materiale) un'ulteriore riflessione sul documento che verrà inviato mercoledì.

Francesca Trimarchi Banfi

Art. 9, c.3: la disposizione mi pare opportuna. Preciserei che il provvedimento non è annullabile "...quando l'emanazione del medesimo sia dovuta ed il contenuto non avrebbe potuto essere diverso ...".

(non direi "struttura formale" dell'atto).

Art. 9 c.6: anche senza entrare nel merito della categoria dell'effetto "caducante", mi pare non appropriato il ricorso al concetto di causalità per delimitare l'operatività dell'effetto in questione. La caducazione (ammesso che sia da consacrare in via legislativa, cosa che non mi sembra opportuna) dovrebbe operare secondo regole desumibili dalla relazione giuridica che collega gli atti, mentre il concetto di causalità, in questo contesto, sembra fare riferimento ad una causalità di fatto (basterebbe che l'atto annullato sia antecedente necessario - anche solo di fatto - di altro atto).

19 dicembre

Carlo Emanuele Gallo

1) Dal punto di vista sistematico, non appare corretto dettare norme in materia di attività amministrativa prescindendo dalla esistenza di una legge generale, parimenti di principio, sul procedimento amministrativo; così facendo, infatti, si moltiplicano i testi normativi e si rende necessaria la successiva redazione di un testo unico. Sarebbe preferibile in ogni caso introdurre le disposizioni in questione all'interno della legge n. 241 del 1990.

2) Numerose previsioni contenute nel d.d.l. sono null'altro se non l'esplicitazione di principi generali già affermati dalla giurisprudenza amministrativa: poiché la norma giuridica è caratterizzata dal fatto di essere innovativa, dette disposizioni risultano superflue ed inutili.

3) All'art. 3, comma 2, occorre inserire tra i principi generali dell'azione amministrativa il principio di imparzialità, desumibile ovviamente dall'art. 97 Costituzione ed ingiustamente trascurato nella stessa legge 241/90.

4) La definizione del vizio di incompetenza di cui al 2° comma dell'art. 9 è inesatta: ed invero, con quella definizione, il vizio di incompetenza viene sostanzialmente eliminato anche laddove la legge ha inteso attribuire competenze ripartite ai vari organi delle amministrazioni. Ciò non vale soltanto con riferimento all'esempio, emerso durante i lavori parlamentari,

del rapporto tra il Sindaco e il Consiglio comunale ma anche con riferimento ai rapporti tra i vari organi dell'amministrazione, volendosi considerare organi, per esempio, i dirigenti. In una Azienda sanitaria, atti emanati da un dirigente sanitario in materia amministrativa sarebbero da considerare legittimi e, ciò che è ancor più grave, atti in materia sanitaria adottati da un dirigente amministrativo sarebbero da considerare parimenti legittimi. Ciò comporta, a tacer d'altro, la necessità di esecuzione degli atti medesimi da parte degli impiegati sottoposti. Se si intende intervenire sulla competenza lo si può fare laddove si disciplina l'organizzazione amministrativa, ma non ha nessun senso intervenire sulla competenza attraverso una riduzione dell'aspetto patologico e cioè della incompetenza. In questo modo, si rinuncia ad organizzare a priori l'amministrazione e si affida l'organizzazione alle scelte casuali dell'amministrazione medesima: ciò costituisce una puntuale violazione del disposto dell'art. 97 della Costituzione e comunque di tutte le norme che disciplinano l'organizzazione amministrativa (a partire dal d.lgs. n. 29/1993).

5) Parimenti criticabile è il 3° comma dell'art. 9 laddove individua quelle che dovrebbero essere le illegittimità che non danno luogo ad annullamento: ed infatti, il riferimento generico alla violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto consentirebbe di ritenere comunque non di per sé annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme che prevedono la partecipazione del cittadino al procedimento o il provvedimento immotivato. Due conquiste recentissime volte a rendere democratica l'amministrazione sarebbero perciò integralmente vanificate. Non è dato poi di comprendere chi sia competente a valutare, a posteriori, se il provvedimento avrebbe potuto essere diverso nel suo contenuto: è chiaro che questo tipo di previsione, che consente alla stessa amministrazione di ritenere sanabile il vizio con una rinnovata successiva valutazione rimette all'autore della scelta illegittima la possibilità di ritenerla corretta. Ma anche se la valutazione fosse affidata al giudice pure i problemi non sarebbero pochi, a meno di non voler ritenere talmente estesa la giurisdizione piena del giudice amministrativo da consentirgli di ripercorrere autonomamente la scelta dell'amministrazione sostanzialmente effettuando

una valutazione anche di merito (ma questo porrebbe, ovviamente, altri problemi).

6) Da quanto sopra evidenziato, che non è riferito a tutti i profili criticabili della legge ma soltanto a quelli maggiormente evidenti emerge l'assoluta necessità che una disciplina del genere sia profondamente meditata e discussa.

Luciano Vandelli

Il d.d.l. persegue obiettivi di completamento della disciplina generale dell'azione amministrativa e -in particolare- di superamento delle tradizionali rigidità della patologia dell'atto amministrativo, che mi paiono *pienamente condivisibili*, sia per concludere il quadro normativo aperto con la legge 241/90, sia per porre un freno alla crescente tendenza all'espansione di una conflittualità, tuttora eccessivamente ancorata a parametri formali.

Del resto, mi pare estremamente *opportuno* che il Diritto amministrativo si distacchi da una consuetudine basata su un ruolo distorto tra legislatore (fortemente impegnato nella produzione di leggi speciali e specifiche) e giurisprudenza (proiettata sulla ricostruzione di grandi principi, in termini non raramente contraddittori e sprovvisti, appunto, di basi normative), per passare ad un sistema opposto, in cui legislazione, amministrazione e giurisdizione trovino un equilibrio e una funzionalità più accettabili.

In questo contesto, e dando piena adesione all'impianto complessivo del d.d.l., credo tuttavia che alcune disposizioni meritino qualche ulteriore approfondimento.

Mi riferisco, in particolare, al principio affermato dall'art.2, secondo cui "salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato".

Criterio, questo, che -come spiega lo stesso Vincenzo Cerulli, nella dichiarazione di voto finale sulla proposta di legge- esplica "la tendenza

dell'ordinamento verso la privatizzazione dei settori di amministrazione nei quali lo strumento pubblicistico non sia strettamente necessario (come di recente è avvenuto nel settore del pubblico impiego), e "costituisce un criterio fondamentale per l'interprete", sì che "in caso di incertezza circa il diritto applicabile a proposito di attività giuridiche che singole amministrazioni debbano porre in essere si applica il diritto privato".

So bene che un criterio di questo tipo ha trovato, sino dalle elaborazioni che hanno preceduto e accompagnato i lavori della Bicamerale, il sostegno di altri autorevoli amici amministrativisti; eppure la sua sanzione legislativa continua a destarmi qualche perplessità.

In estrema sintesi, questa perplessità mi deriva dalla sensazione che:

- la formula utilizzata vada ben al di là della soluzione di qualche caso incerto, potendo essere intesa come il recepimento legislativo dell'impostazione (particolarmente sostenuta, come è noto, da significativi privatisti) che considera il rapporto tra Diritto privato e Diritto amministrativo come rapporto tra genere e specie, tra diritto comune e diritto speciale;

- il suo accoglimento si giustifichi in base alla (implicita) convinzione che il Diritto privato sia il Diritto della funzionalità e dell'efficienza, e il Diritto amministrativo sia "contro la performance pubblica" (per riprendere l'espressione di un saggio recentemente pubblicato in Francia); convinzione che mi sembra opinabile, precisamente in base alle esperienze ed al dibattito di altri ordinamenti;

- in realtà, ad una tendenza a sottoporre a regole di Diritto privato settori tradizionalmente riservati al Diritto amministrativo, fa riscontro una marcata espansione di regole pubblicistiche ad ambiti ulteriori, spesso per effetto di discipline comunitarie, e spesso a tutela di valori, crescenti nella considerazione sociale (concorrenza, privacy, ambiente, ecc.);

- l'esperienza del pubblico impiego mi pare legata a profili peculiari e non facilmente generalizzabile; del resto mi pare necessario valutare attentamente gli aspetti problematici di quell'esperienza, sino all'applicazione di canoni e schemi tipicamente pubblicistici ad opera dei giudici ordinari (con esiti non sempre entusiasmanti);

- se tento di calare la disposizione negli ambiti in cui attualmente si applicano regole di Diritto amministrativo, non mi risulta facile trovare esempi di casi in cui i poteri amministrativi non si basino su espresso conferimento di legge o di regolamento, e comunque non mi pare agevole valutare gli effetti concreti della disposizione stessa (a parte gli effetti sulle crescenti tendenze a privilegiare le discipline privatistiche su quelle pubblicistiche nelle prove concorsuali e nei percorsi universitari).

In sostanza, sarei del tutto favorevole ad una rapida approvazione del provvedimento, nel suo complesso, mentre mi parrebbe opportuno un ulteriore approfondimento dei rapporti tra Diritto amministrativo e Diritto privato.

Giampaolo Rossi

Come sempre, quando si fanno delle osservazioni si danno per scontati i profili condivisi e ci si concentra sugli altri.

Me ne scuso con il collega e amico Vincenzo Cerulli Irelli al quale va dato, se non altro, il merito di averci fatto riflettere su queste importanti problematiche.

In sintesi, le mie osservazioni critiche sono le seguenti:

- L'art. 1, nel rimettere all'interprete e al giudice la questione delle norme di settore che restano in vigore, provocherà serie incertezze sul quadro normativo;

- Ho già espresso in articoli e nel mio libro più recente la mia perplessità sull'orientamento così generalizzato all'utilizzo del diritto privato (costruito essenzialmente sulle situazioni patrimoniali e fondato sulla libertà) nel perseguimento degli interessi pubblici.

La migliore dottrina civilistica concorda con questa posizione (si vedano, fra i tantissimi, Pugliatti, Santoro Passarelli, Rescigno, Oppo, Giorgianni).

La conseguenza è che l'art. 2 o è inutile (già oggi i poteri sono conferiti con atto normativo) o, a mio avviso, non è condivisibile.

- Il disegno di legge si ispira a un intento garantista, ma, allora perché prevede che un regolamento possa conferire un potere? In questi termini la norma solleva obiezioni di costituzionalità, salvo che non ci si voglia riferire ai regolamenti di organizzazione che ripartiscono tra gli organi i poteri già previsti da leggi; inoltre perché si restringe l'ambito della nullità e dell'incompetenza?

Mario P. Chiti

Il ddl in esame mi lascia perplesso per vari aspetti. Anzitutto introduce una serie di innovazioni davvero sostanziali (basti pensare a quanto previsto all'art. 2 circa l'agire dell'amministrazione, di regola, secondo le norme del diritto privato) senza che le relative disposizioni di legge siano adeguatamente formulate e, soprattutto, completate con altre previsioni atte a consentirne un effettivo inserimento nell'attuale contesto. In secondo luogo, non è ben chiarita la relazione dei nuovi principi con la legge n. 241; pur se l'intenzione del proponente è certamente per mantenere la disciplina generale del procedimento alla legge 241, vi sono vari punti del ddl che non sono formulati in coerenza con tale assunto (es. art. 4, c. 2) ed in generale rimane la sensazione di una tendenziale sovrapposizione delle due normative. In terzo luogo, nel momento in cui si recepiscono alcuni principi generali di diritto comunitario sull'azione amministrativa (es. proporzionalità), non si vede perché escluderne altri (es. affidamento): o il rapporto con il diritto comunitario si lascia all'attuale grado di grande flessibilità, oppure si deve recepire un più vasto corpo di principi generali. Stante la costante evoluzione del diritto comunitario (cfr. ora anche il diritto alla buona amministrazione nell'esperienza dell'Ufficio del Mediatore e nella relativa previsione della Carta dei diritti fondamentali), il primo metodo sembra comunque preferibile. Ancora, il nuovo regime dell'annullabilità sembra fortemente sbilanciato verso le esigenze pubbliche, ma a scapito - nell'attuale formulazione - delle garanzie di tutela degli interessati. Infine, altri aspetti elaborati da giurisprudenza e dottrina sono talmente acquisiti da non necessitare di alcuna codificazione.

L'importanza dei temi trattati e il loro impatto sull'intero sistema amministrativo, ben oltre i confini della disciplina dell'attività, confrontati con l'insoddisfacente stato dell'attuale testo, inducono ad auspicare che il Parlamento decida per una salutare pausa di riflessione.

Fermo rimanendo l'auspicio di un profondo ripensamento del ddl, nello spirito di contribuire anche a possibili miglioramenti dell'attuale testo indico le seguenti maggiori indicazioni per suoi emendamenti.

Art. 2. Non apprezzo né il riferimento ai regolamenti come base giuridica dei poteri amministrativi, né il troppo generale principio dell'agire secondo le norme del diritto privato. E' ben noto quanto più complesso sia l'agire delle pubbliche amministrazioni, anche con provvedimenti non autoritativi ai quali non è chiaro come siano applicabile il nuovo regime. Così come non è chiaro come, alla luce dell'ultimo inciso, la sorte degli atti di diritto privato dell'amministrazione. Trattasi comunque di tipica previsione da testo costituzionale, se del caso.

Art. 3, comma 1; non mi convince il riferimento ai regolamenti, né il principio di fondo dell'agire necessariamente per procedimenti. Al comma 2 vi sono principi generali diversi, anche di origine comunitaria: perché sono richiamati solo quelli e perché l'accezione di sussidiarietà ivi accolta (del tutto diversa da quella prevista dal disegno di revisione costituzionale sul "federalismo") viene lasciata senza sviluppi, con una formulazione che vale forse per la Costituzione, ma non per una legge ordinaria, ancorché contenente disposizioni che hanno valore di principi generali?

Art. 4. Va bene la nuova disciplina della comunicazione, ma il testo (specie il comma 2) evidenzia una delle non felici sovrapposizioni con la legge 241.

Art. 5. Si prevedono assieme principi generali già pacifici, e possibilità di discipline particolari tramite regolamenti di cui non si avverte la necessità (es. comma 2).

Art. 6. Lascia dubbi sui rapporti con la sospensione decisa in sede giudiziaria. Perché poi la previsione sulla durata della sospensione

Art. 7. La revoca è disciplinata in termini invero poco accettabili, dato che "i sopravvenuti motivi di pubblico interessi" appaiono vaghi e

potenzialmente minacciosi. Che vuol dire poi l'espressione "ove ne ricorrano i presupposti ..." ? Non è poi felice il coordinamento con l'art. 11 della legge 241.

Art. 8. La nuova disciplina della nullità non aggiunge alcunché rispetto alle acquisizioni di giurisprudenza e può ingenerare possibili limitazioni. Propongo la soppressione dell'intero articolo e, in subordine, una più precisa formulazione della lettera c), nella parte relativa alla "carenza di oggetto o contenuto determinati o determinabili", assai vaga.

Art. 9. E' una delle disposizioni meno convincenti; ritengo che se si modifica in parte il nomen del vizi del provvedimento (cfr. comma 1) si devono usare formule più moderne (vale per l'eccesso di potere) o più precise (vale per le "norme imperative"). Una soluzione potrebbe essere l'utilizzo della corrispondente formula prevista nel Trattato CE. Per il comma 2 lascia perplessi il nuovo regime della incompetenza, che rischia di lasciare scoperte alcune situazioni di rilievo. Il regime delle irregolarità è mal formulato, perché con l'attuale formulazione potrebbero esservi ricomprese anche situazioni assai rilevanti, come le fasi della partecipazione. Non comprendo poi come sulla base di un regime così sintetico (altra cosa è ad esempio la disciplina tedesca, da cui è stata estrapolata l'idea) si possa accertare che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso, se non dopo un usuale procedimento giurisdizionale.

L'art. 10 nell'attuale formulazione sembra avere un significato diverso da quello voluto dal proponente.

Come si vede da queste pur sintetiche osservazioni, una pausa di riflessione del legislatore sembra più che auspicabile.

Salvatore Raimondi

Avevo dato una scorsa al testo approvato dalla Camera ed alla relazione di accompagnamento, e ne avevo tratto un'impressione decisamente negativa.

L'ho ripreso adesso, a seguito del bollettino n. 11, e ne ho tratto un'impressione ancora più negativa. La brevità del tempo e la molteplicità

degli impegni mi costringe ad essere svelto, e conseguentemente approssimativo.

A) Art. 1. Il secondo periodo desta perplessità, atteso che la disposizione costringerebbe l'interprete, volta per volta, a stabilire se la disciplina di settore sia da ritenere compatibile, si badi, non già con le disposizioni contenute nella legge, ma con i principi da essa stabiliti.

B) Art. 2. La formulazione costituisce un notevole peggioramento rispetto all'art. 106, 2° comma, del testo della Bicamerale nel quale veniva previsto che *"Le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato"*.

Neanche quest'ultima formulazione appare felice. Sembra si volesse riconoscere il principio secondo il quale, normalmente, per il perseguimento dell'interesse pubblico, le amministrazioni agiscono con atti amministrativi, ed affermare che, laddove sia possibile, l'amministrazione adopera strumenti di diritto privato. Il d.d.l. in oggetto afferma invece il principio secondo il quale normalmente le amministrazioni operano secondo le norme di diritto privato, ad eccezione dei casi nei quali specifiche disposizioni di leggi o di regolamento "espressamente" conferiscono poteri amministrativi.

La mia valutazione negativa sul punto è accentuata, e di molto, dalle finalità che la disposizione persegue, evidenziate nella dichiarazione di voto finale di Cerulli Irelli, quella di sottrarre, per quanto possibile, gli atti dell'amministrazione alla tutela giurisdizionale.

Ancora. L'amministrazione soltanto se esercita poteri amministrativi agisce mediante procedimenti amministrativi (art. 3, 1° comma). Non anche quando agisce secondo norme di diritto privato, sebbene persegua interessi pubblici (ultima proposizione dell'art. 2). Dato che persegue interessi pubblici è da ritenere che sia sempre soggetta ai principi di cui all'art. 97 e di cui all'art. 1 L. 241/90. Ed allora come si spiega che si sottrae al procedimento? E nell'agire con un atto unilaterale di diritto privato per il perseguimento dell'interesse pubblico del quale è titolare, come contempera, al di fuori del procedimento, tale interesse con altri interessi, pubblici e/o privati?

Insomma, mi sembra un guazzabuglio. Spero che non passi. Ritengo la previsione degli accordi di cui all'art. 11 L. 241/90 sufficiente a soddisfare l'esigenza di favorire lo strumento consensuale.

Semmai si dovrebbe intervenire sull'art. 11, generalizzando gli accordi sostitutivi.

C) Art. 3, 2° comma. Nulla da obiettare relativamente ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Ma l'affermazione secondo la quale l'azione amministrativa si conforma a criteri di sussidiarietà rispetto all'autonomia dei privati lascia perplessi. Vuol dire che l'amministrazione si deve ritrarre tutte le volte in cui una determinata attività può essere svolta dai privati? Mi sembra un po' forte come principio – un liberalismo forse eccessivamente spinto -. Ma non sarei contrario. Bisogna però avere chiare le idee sulle conseguenze dell'applicazione del principio, e soprattutto bisogna chiedersi se esso sarebbe veramente applicato. Giurerei di no. Sarebbe un manifesto destinato a restare sulla carta. Ma non farebbe danno.

D) Art. 5, 1° comma. E' vero che il principio di esecutorietà è stato enfatizzato (anche nei manuali per uso didattico), ma è altrettanto vero che mai si è dubitato della sua sussistenza relativamente agli atti impositivi di obblighi di *dare*, di *facere* o di *pati*. Ciò posto, la disposizione non è condivisibile dato che a tale regola (il provvedimento che impone obblighi può essere portato ad esecuzione anche senza o contro la volontà dell'obbligato) si sostituisce quella secondo la quale l'atto è esecutivo soltanto se la legge espressamente lo stabilisce. Sicché negli altri casi l'amministrazione si deve rivolgere al giudice. E perché ?

Non solo. Non appare facile coordinare il 1° comma con il 3° comma, che sembra da interpretare nel senso che, in presenza di obblighi fungibili, il provvedimento può sempre essere portato ad esecuzione senza o contro la volontà dell'obbligato. In concreto per questi pare si affermi la generale esecutorietà dell'atto negata invece per la generalità degli atti impositivi degli obblighi. Anche qui: e perché ?

E) Art. 6. La prevista disciplina della sospensione, diversamente da quanto si sostiene nella relazione, non costituisce la codificazione della

giurisprudenza. Vero è che questa negli ultimi anni ha riconosciuto la sospendibilità del provvedimento amministrativo, ma la sospensione viene ammessa con circospezione e con la previsione di limitazioni non contemplate invece nell'art. 6: *"Poiché il potere di sospendere l'efficacia del provvedimento amministrativo ampliativo della sfera giuridica del privato ha natura cautelare e di salvaguardia, il provvedimento di sospensione ha necessariamente efficacia limitata nel tempo, non può essere esercitato se non in presenza di circostanze tali da mettere in dubbio la legittimità del provvedimento della cui efficacia si tratta, deve contenere un'adeguata motivazione in ordine alla sussistenza della comprovata, attuale, ed indifferibile esigenza di paralizzare gli effetti dell'atto gravemente ed irreparabilmente pregiudizievole per l'interesse pubblico"* (IV, 5 maggio 1998, n. 741). E' stato ulteriormente precisato che il provvedimento di sospensione degli effetti di un atto amministrativo, finalizzato, si ribadisce, all'adozione di un autoannullamento, deve essere adottato *"solo per ragioni di legittimità e non anche di opportunità, motivandolo con riferimento al fumus di illegittimità del provvedimento da sospendere ed al periculum derivante dal protrarsi degli effetti di quest'ultimo"* (VI, 24 agosto 1999, n. 1119).

Nell'art. 6, invece, la sospensione del provvedimento viene correlata soltanto alla sussistenza di *"gravi ragioni"*. Troppo poco. Se una siffatta disposizione fosse approvata avremmo un notevole aumento di contenzioso, in quanto sarebbero molti i casi nei quali, ad esempio, un sindaco, di fronte ad un esposto nel quale si adombri la illegittimità di una concessione edilizia, sospenderebbe gli effetti della stessa.

Bisognerebbe, invece, codificare la giurisprudenza introducendo nella disposizione tutti i presupposti dalla stessa contemplati.

Inoltre è eccessivo il termine di sei mesi, prorogabile per altri sei mesi. Si può essere certi che la sospensione verrebbe sempre irrogata per sei mesi. Sarebbe preferibile non indicare un termine massimo ed affermare il principio secondo il quale il tempo deve essere strettamente necessario al riesame dell'atto. Oppure indicare un termine più breve, ad esempio trenta giorni, prorogabili per una sola volta. Sono più che sufficienti per vedere se

l'atto è o meno illegittimo.

F) Art. 9. Per quanto concerne la disciplina dell'annullabilità, non è condivisibile la sostituzione della *"violazione di norme imperative"* alla *"violazione di legge"*. E' sufficiente esaminare la giurisprudenza della Corte di Cassazione formatasi sull'art. 1418 cod. civ. (nullità del contratto) per rendersi conto di quanto sia opinabile il concetto di norma imperativa.

Nella relazione si legge che l'art. 9 trae spunto dall'art. 63, 2° comma, della legge spagnola n. 30 del 1992 e dall'art. 46 della legge tedesca. Ma, il testo che si propone è peggiorativo rispetto ai citati precedenti stranieri.

Nella legge tedesca (nel testo aggiornato nel 1996) viene fatto salvo dall'annullamento un atto, pur violativo di una previsione di carattere procedimentale, della forma, o della competenza territoriale, *"ove risulti in maniera palese, che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione"*, concetto molto diverso da quello recepito all'art. 9, 3° comma: *"quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*.

E per quanto concerne la legge spagnola, si stabilisce che il difetto di forma comporta l'annullabilità soltanto quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per raggiungere il suo fine o sia stato emesso senza che l'interessato abbia potuto fare valere le sue ragioni (se non ho capito male l'espressione *"dé lugar a la indefensión de los interesados"*).

E' condivisibile l'esclusione dell'annullamento per ragioni di carattere meramente formale in presenza di certi presupposti, ma la disposizione è formulata male. Peraltro comporta che viene demandato al giudice amministrativo di stabilire se l'atto avrebbe potuto o meno essere diverso da quello adottato. Sarebbe preferibile copiare la soluzione tedesca la quale ha, tra l'altro, il vantaggio di fare salvi gli interessi procedurali, atteso che la omissione dell'avviso di inizio del procedimento ad uno degli interessati indubbiamente può influire sul contenuto della decisione. E quindi determina l'annullabilità dell'atto.

G) Art. 9, 5° comma. Per quanto concerne l'annullamento d'ufficio, anche in questo caso si tenta di codificare la giurisprudenza, ma riducendo

di molto le garanzie del destinatario dell'atto. Esso può essere annullato *"per motivi di interesse pubblico"* mentre secondo la giurisprudenza occorre l'interesse pubblico *"concreto e specifico all'annullamento"*.

Una considerazione conclusiva. Il disegno di legge contiene due tipi di disposizione: quelle che codificano principi recepiti dalla giurisprudenza e quelle che introducono principi nuovi. Relativamente alle prime è ben visibile il tentativo di svantaggiare il cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Basti pensare alla disposizione sulla sospensione ed a quella sull'annullamento d'ufficio.

Alcuni studiosi, quando apparve la L. n. 241 del 1990 sostennero (ma soltanto verbalmente) che era una legge contro l'amministrazione (invece è la più bella legge amministrativa dell'epoca repubblicana). Ebbene, questa sarebbe una legge contro i cittadini.

Le disposizioni innovative parimenti non sono condivisibili. Sembrano dettate dal desiderio di fare proclami (art. 3, 2° comma: sussidiarietà) ovvero dalla voglia di cambiare senza sapere esattamente per cosa si cambia (art. 2: norme di diritto privato).

Per tali ragioni mi auguro fortemente che il disegno di legge in oggetto faccia la fine che - immeritadamente - fecero i disegni di legge degli anni '50 e '60. E mi auguro che la nostra associazione contribuisca ad affossarla. Dico affossarla perché è talmente malfatta che non credo sia recuperabile attraverso degli aggiustamenti.

Rimarrebbe comunque l'esigenza di una legge generale sull'amministrazione, che dovrebbe avere un contenuto ben più ampio, disciplinando, tra l'altro, il funzionamento degli organi collegiali, istituti come l'astensione e la ricsuzione, ecc.

20 dicembre

Vincenzo Cerulli Irelli

Invio in tempo utile, come richiesto, una scheda che ho predisposto su alcuni ordinamenti stranieri, relativamente al punto principale di innovazione contenuto nel d.d.l. n. 4860 in discussione al Senato.

Come si vede, gli altri ordinamenti europei sono ormai orientati nel senso di ridurre l'area della annullabilità degli atti amministrativi ai casi di violazioni sostanziali e non meramente formali della normativa. Le formule usate sono diverse ma tutte convergono nel senso indicato. Se la formula del testo non appare del tutto soddisfacente, potrebbe essere completata, secondo lo schema della legge spagnola, con il riferimento espresso alla violazione delle norme poste a tutela degli amministrati. In realtà, nella esperienza giurisprudenziale francese, la violazione di questo tipo di norme è considerata comunque di carattere sostanziale senza bisogno di espressa menzione.

In conseguenza, ove si ritenesse necessaria una espressa indicazione in tal senso, la norma di cui all'art. 9, 3° comma, potrebbe essere riformulata nel seguente modo: "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto, *salve quelle poste a tutela degli amministrati*, quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

La Germania

Il § 46 della legge tedesca sul procedimento 25 maggio 1976, titolato "*Conseguenze dei vizi formali e procedurali*" stabilisce che "*l'annullamento di un atto amministrativo, che non sia nullo ai sensi del § 44, non può essere preteso per il solo fatto che esso è stato posto in essere in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma o sulla competenza per territorio, se nessun'altra decisione in materia avrebbe potuto essere adottata*".

La dottrina guarda con favore alla norma, ritenendo irragionevole, sia sotto il profilo dell'efficienza dell'azione amministrativa sia sotto quello

dell'economicità dei rimedi di tutela giurisdizionale, disporre l'annullamento di un atto amministrativo sostanzialmente legittimo per un mero vizio di forma, quando a seguito del predetto annullamento, l'Amministrazione sarebbe tenuta ad adottare un atto di identico contenuto (per tutti, cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munchen, 1992).

La Spagna

In Spagna, la l. 26 novembre 1992 n. 30, contenente disposizioni generali sul procedimento amministrativo all'art. 63, comma 2, afferma che i vizi formali producono l'annullabilità dell'atto soltanto allorché quest'ultimo non è idoneo al raggiungimento del fine cui è preordinato ovvero quando incide negativamente sulle garanzie difensive degli amministrati.

La Francia

Al contrario dei precedenti ordinamenti, quello francese non prevede una specifica disposizione legislativa sulle conseguenze dei vizi procedimentali; è stata la giurisprudenza ad individuare talune regole attraverso le quali evitare situazioni di eccessivo formalismo, distinguendo tra *formalités non substantielles* e *formalités substantielles*.

Le prime consistono in regole di procedura, la cui violazione è destinata a restare ininfluenza sui risultati concreti della decisione e che pertanto non produce l'annullabilità dell'atto. In questa categoria, il *Conseil d'Etat* fa rientrare, ad esempio, la violazione delle regole procedimentali che dispongono obblighi di informazione o di rendiconto (CE 28 juillet 1984, *Bailoul*); che prevedono termini puramente indicativi (CE 27 mars 1987, *Chbre d'agriculture de la Gironde*); nonché, più specificamente, la violazione di quel precetto che impone l'invio attraverso lettera raccomandata con ricevuta di ritorno delle integrazioni documentali ad una domanda di concessione edilizia (CE 29 octobre 1993, *SCI Brèva*).

Nella seconda categoria, la giurisprudenza fa rientrare invece quelle disposizioni procedimentali preordinate a garantire i diritti e gli interessi degli amministrati ovvero a consentire all'Amministrazione procedente la migliore comprensione della realtà dei fatti. Si tratta in questo caso di disposizioni imperative la cui violazione determina senz'altro l'annullamento dell'atto. Si individuano come *formalités substantielles*, ad

esempio, la violazione delle norme che impongono la convocazione e l'audizione degli interessati innanzi organi amministrativi competenti ad adottare provvedimenti nei loro confronti, ovvero che attribuiscono agli stessi il diritto di farsi assistere da persone di propria fiducia (CE 20 janvier 1989, *Mlle Strichel*); che dispongono l'acquisizione di pareri obbligatori (CE 21 octobre 1992, *Catois*); che contengono obblighi per le Commissioni di revisione delle liste elettorali di tenere un registro delle proprie decisioni in cui siano indicate le motivazioni e i documenti a sostegno (CE 23 novembre 1992, *Maire d' Albertacce*).

Peraltro, anche all'interno della categoria delle *formalités substantielles*, la giurisprudenza ha individuato alcune ipotesi nelle quali il vizio di procedura non determina l'annullamento dell'atto.

Al riguardo, la giurisprudenza costruisce la seguente casistica:

- in primo luogo, si individuano i casi in cui la violazione della norma procedurale - in astratto non derogabile - viene ritenuta in concreto *ininfluente* rispetto alla decisione finale; ad esempio, il caso in cui, nonostante il vizio di procedura, il risultato finale viene comunque conseguito (una Commissione di inchiesta aveva ommesso l'acquisizione d'ufficio di alcuni documenti che l'interessato aveva tuttavia esibito spontaneamente, CE 4 juillet 1952, *Decharme*; un organo amministrativo aveva ommesso di indicare ad un soggetto la possibilità di ricorrere in via giurisdizionale avverso un suo atto, il cui contenuto era favorevole al medesimo soggetto, CE 31 juillet 1996, *Bellakeal*);

- in secondo luogo, si esclude la sussistenza di un vizio sostanziale di procedura nel caso in cui sia stato, in concreto, *impossibile* il rispetto della regola procedurale: ad esempio, nel caso in cui i membri di un organo consultivo abbiano deliberatamente rifiutato di esprimersi sulla questione o sul progetto ad esso sottoposto (CE sect. 12 octobre 1956, *Baillet*) ovvero nel caso in cui l'organo consultivo da interpellare non era stato ancora costituito alla data in cui doveva essere adottata la decisione (CE 12 juin 1987, *Ferretti*);

- inoltre, non produce annullabilità dell'atto la violazione procedurale nel caso in cui il rispetto della norma era nella fattispecie *superfluo*; ad

esempio, il mancato esperimento di un preventivo tentativo conciliatorio non è vizio di carattere sostanziale quando una delle parti aveva in precedenza già manifestato il proprio dissenso rispetto a qualunque componimento in via amichevole della controversia (CE 4 février 1994, *SGEN-CFDT*);

- infine, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità che un adempimento procedurale prescritto dalla legge possa essere legittimamente *sostituito* da un altro adempimento *equivalente*: ad esempio, è stata ritenuta legittima la consultazione di un organo consultivo in luogo di un altro che costituiva diretta emanazione del primo (CE Ass. 26 novembre 1976, *Soldani*).

Il diritto comunitario

Anche il diritto comunitario distingue, ai fini dell'annullabilità di un atto, tra violazione di regole sostanziali e non sostanziali (cfr. CGCE, Causa 263/95, sent. del 10-02-1998, Repubblica federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee; Causa 45/86, sent. del 26-03-1987, Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee); e, come gli ordinamenti nazionali sopra citati, ritiene rilevante quell'infrazione procedurale che ha influito sul risultato finale dell'azione (CGCE, causa 142/87, sent. del 21-03-1990, Regno del Belgio c. Commissione delle Comunità europee; causa 301/87, sent. del 14-02-1990, Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee).

IV BOZZA DI DOCUMENTO D.D.L A.S. N. 4860 "NORME GENERALI SULL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA"*

1. Il d.d.l. in questione merita apprezzamento poiché prosegue l'opera di elaborazione di norme e principi generali sull'attività amministrativa iniziata con la legge n. 241/1990, opera un opportuno consolidamento di radicati orientamenti giurisprudenziali e, al contempo, propone apprezzabili soluzioni innovative, tendenti ad eliminare alcuni formalismi del regime degli atti amministrativi. Infine, perché introduce in Italia principi sperimentati in Germania, Spagna e Francia e nel diritto comunitario.

La rilevanza della materia richiede, peraltro, una formulazione il più possibile precisa e chiara delle disposizioni, per non dar luogo a dubbi interpretativi e a difficoltà applicative, oltre che un'attenta considerazione dei rapporti e delle connessioni fra le nuove disposizioni e la disciplina contenuta nella legge n.241/1990.

Le osservazioni illustrate di seguito sono relative soltanto alle questioni che si ritengono di maggiore importanza e riguardano tanto profili di merito come profili di chiarificazione delle nuove regole.

2. La prima questione a venire in evidenza è relativa alla definizione dell'attività amministrativa come attività amministrativa di diritto privato, salvi i casi di espressa attribuzione di potere con legge o regolamento.

Andrebbe riformata la disposizione per garantire sia la disciplina legislativa dei provvedimenti amministrativi autoritativi, sia, ogni caso, per gli atti amministrativi come per gli atti di diritto privato, il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

3. La individuazione dei principi generali del procedimento dovrebbe essere formulata più chiaramente, richiamando tutti i principi costituzionali e i principi del diritto comunitario: la selezione operata dalla norma nella

* La bozza del documento è stata predisposto, sulla base delle osservazioni pervenute, da Sabino Cassese, Alberto Romano e Luisa Torchia.

sua attuale formulazione sembra troppo restrittiva e finisce per non essere innovativa.

4. In materia di esecuzione coattiva, sembra opportuna una chiarificazione del ruolo delle norme regolamentari, che possono avere solo carattere esecutivo della disciplina legislativa. Sembra superflua, inoltre, la previsione di esecuzione coattiva in caso di limitazioni nella sfera giuridica dei terzi.

5. In materia di sospensione, andrebbe chiarito che si tratta di sospensione amministrativa e che la norma non ha effetti, quindi, sulla sospensione disposta da un organo giurisdizionale.

6. In materia di revoca, sembra opportuno introdurre una migliore formulazione dei motivi di interesse pubblico sopravvenuto e, soprattutto determinare con precisione la decorrenza degli effetti della revoca. Quanto all'ipotesi di responsabilità risarcitoria, sembra più corretto prevedere un diritto all'indennizzo.

7. In materia di nullità, le norme recepiscono in larga misura orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati. Sembra peraltro da escludere l'ipotesi di nullità per carenza di forma prevista da un regolamento, in quanto è dubbio che un regolamento possa disporre in materia. E' necessario inoltre estendere l'ipotesi di incompetenza territoriale a tutti gli enti pubblici e non solo all'ente pubblico locale.

8. Per quanto riguarda le disposizioni in materia di annullabilità, è apprezzabile lo sforzo di far corrispondere i vizi dell'atto a violazioni sostanziali e non a mere irregolarità o ad adempimenti formali, dal cui rispetto nessun vantaggio concreto viene all'interessato. Desta qualche perplessità, tuttavia, sia la riproduzione dell'elenco di vizi risalente alla legge del 1889, che andrebbe invece opportunamente aggiornato, sia il richiamo a norme imperative, che non hanno in diritto amministrativo un

significato corrispondente a quello assunto nel diritto privato. Sembrano problematiche, inoltre, le conseguenze della nuova configurazione del vizio di incompetenza, che potrebbero portare, ad esempio, ad un piano regolatore approvato dal Sindaco, o ad atti amministrativi approvati da un dirigente sanitario (e, viceversa, a provvedimenti in materia sanitaria adottati da un dirigente amministrativo di una Asl).

Si ridurrebbe significativamente, così, la garanzia di tutela giurisdizionale, tanto da sollevare qualche dubbio di legittimità costituzionale (e andrebbe comunque chiarito che il regime delle impugnazioni e i termini di decadenza e prescrizione restano immutati). Anche le garanzie derivanti, ad esempio, dalla partecipazione del cittadino al procedimento o dall'obbligo di motivazione risulterebbero fortemente limitate in base alla formulazione assai ampia delle illegittimità che non danno luogo ad annullamento.

Sarebbe, infine, opportuno riformulare la disposizione dell'art. 9, III comma in modo da chiarire, secondo il modello spagnolo, che non è annullabile in sede giurisdizionale il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto, salve quelle poste a tutela degli amministrati, quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ancor meglio sarebbe ricorrere alla formula tedesca, secondo la quale l'annullamento di un atto amministrativo non può essere preteso per il solo fatto che esso è stato posto in essere in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma o sulla competenza per territorio, se nessun'altra decisione in materia avrebbe potuto essere adottata. Oppure sostituendo l'inizio della formula tedesca a quello della formula spagnola.

9. In conclusione, il d.d.l. va certamente nella giusta direzione, con le modificazioni sopra suggerite.

V OSSERVAZIONI SULLA BOZZA DI DOCUMENTO

21 dicembre

Antonio Romano Tassone

1. Il d.d.l. in questione merita apprezzamento poiché prosegue l'opera di elaborazione di norme e principi generali sull'attività amministrativa iniziata con la legge n. 241/1990, opera un opportuno consolidamento di radicati orientamenti giurisprudenziali e, al contempo, propone apprezzabili soluzioni innovative, tendenti ad eliminare alcuni formalismi del regime degli atti amministrativi. Infine, perché introduce in Italia principi sperimentati in Germania, Spagna e Francia e nel diritto comunitario.

La rilevanza della materia richiede, peraltro, una formulazione il più possibile precisa e chiara delle disposizioni, per non dar luogo a dubbi interpretativi e a difficoltà applicative, oltre che un'attenta considerazione dei rapporti e delle connessioni fra le nuove disposizioni e la disciplina contenuta nella legge n.241/1990.

Le osservazioni illustrate di seguito sono relative soltanto alle questioni che si ritengono di maggiore importanza e riguardano tanto profili di merito come profili di chiarificazione delle nuove regole.

2. La prima questione a venire in evidenza è relativa alla definizione dell'attività amministrativa come attività amministrativa di diritto privato, salvi i casi di espressa attribuzione di potere con legge o regolamento.

Andrebbe riformata la disposizione per garantire sia la disciplina legislativa dei provvedimenti amministrativi autoritativi, sia, ogni caso, per gli atti amministrativi come per gli atti di diritto privato, il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

3. La individuazione dei principi generali del procedimento dovrebbe essere formulata più chiaramente, richiamando tutti i principi costituzionali e i principi del diritto comunitario: la selezione operata dalla norma nella

sua attuale formulazione sembra troppo restrittiva e finisce per non essere innovativa.

4. In materia di esecuzione coattiva, sembra opportuna una chiarificazione del ruolo delle norme regolamentari, che possono avere solo carattere esecutivo della disciplina legislativa. Sembra superflua, inoltre, la previsione di esecuzione coattiva in caso di limitazioni nella sfera giuridica dei terzi.

5. In materia di sospensione, andrebbe chiarito che si tratta di sospensione amministrativa e che la norma non ha effetti, quindi, sulla sospensione disposta da un organo giurisdizionale.

6. In materia di revoca, sembra opportuno introdurre una migliore formulazione dei motivi di interesse pubblico sopravvenuto e, soprattutto determinare con precisione la decorrenza degli effetti della revoca. Quanto all'ipotesi di responsabilità risarcitoria, sembra più corretto prevedere un diritto all'indennizzo.

7. In materia di nullità, le norme recepiscono in larga misura orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati. Sembra peraltro da escludere l'ipotesi di nullità per carenza di forma prevista da un regolamento, in quanto è dubbio che un regolamento possa disporre in materia. E' necessario inoltre estendere l'ipotesi di incompetenza territoriale a tutti gli enti pubblici e non solo all'ente pubblico locale.

8. Per quanto riguarda le disposizioni in materia di annullabilità, è apprezzabile lo sforzo di far corrispondere i vizi dell'atto a violazioni sostanziali e non a mere irregolarità o ad adempimenti formali, dal cui rispetto nessun vantaggio concreto viene all'interessato. Desta qualche perplessità, tuttavia, sia la riproduzione dell'elenco di vizi risalente alla legge del 1889, che andrebbe invece opportunamente aggiornato, sia il richiamo a norme imperative, che non hanno in diritto amministrativo un significato corrispondente a quello assunto nel diritto privato. Sembrano problematiche, inoltre, le conseguenze della nuova configurazione del vizio di incompetenza, che potrebbero portare, ad esempio, ad un piano regolatore approvato dal Sindaco, o ad atti amministrativi approvati da un dirigente sanitario (e, viceversa, a provvedimenti in materia sanitaria

adottati da un dirigente amministrativo di una Asl). In questo senso, sono forse da considerare anche le possibili conseguenze negative indirette della nuova disciplina del vizio di incompetenza sull'assetto dell'amministrazione locale: la distinzione tra politica ed amministrazione, che si sta infine faticosamente realizzando, rischia di risultarne del tutto frustrata, data la irresistibile tendenza degli amministratori locali a gestire in proprio, e a non limitarsi all'attività di indirizzo.

Si ridurrebbe significativamente, così, la garanzia di tutela giurisdizionale, tanto da sollevare qualche dubbio di legittimità costituzionale (e andrebbe comunque chiarito che il regime delle impugnazioni e i termini di decadenza e prescrizione restano immutati). Anche le garanzie derivanti, ad esempio, dalla partecipazione del cittadino al procedimento o dall'obbligo di motivazione risulterebbero fortemente limitate in base alla formulazione assai ampia delle illegittimità che non danno luogo ad annullamento.

Sarebbe, infine, opportuno riformulare la disposizione dell'art. 9, III comma in modo da chiarire, secondo il modello spagnolo, che non è annullabile in sede giurisdizionale il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto, salve quelle poste a tutela degli amministrati, quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ancor meglio sarebbe ricorrere alla formula tedesca, secondo la quale l'annullamento di un atto amministrativo non può essere preteso per il solo fatto che esso è stato posto in essere in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma o sulla competenza per territorio, se nessun'altra decisione in materia avrebbe potuto essere adottata. Oppure sostituendo l'inizio della formula tedesca a quello della formula spagnola.

9. In conclusione, il d.d.l. va certamente nella giusta direzione, con le modificazioni sopra suggerite.

Alfredo Corpaci e Domenico Sorace*

1. Il d.d.l. in questione merita apprezzamento poiché prosegue l'opera di elaborazione di norme e principi generali sull'attività amministrativa iniziata con la legge n. 241/1990, opera un opportuno consolidamento di radicati orientamenti giurisprudenziali e, al contempo, propone apprezzabili soluzioni innovative, tendenti ad eliminare alcuni formalismi del regime degli atti amministrativi. Infine, perché intende introdurre in Italia principi sperimentati in Germania, Spagna e Francia e nel diritto comunitario.

La rilevanza della materia richiede, peraltro, una formulazione il più possibile precisa e chiara delle disposizioni, per non dar luogo a dubbi interpretativi e a difficoltà applicative, oltre che un'attenta considerazione dei rapporti e delle connessioni fra le nuove disposizioni e la disciplina contenuta nella legge n.241/1990.

Le osservazioni illustrate di seguito sono relative soltanto alle questioni che si ritengono di maggiore importanza e riguardano tanto profili di merito come profili di chiarificazione delle nuove regole.

2. La prima questione a venire in evidenza è relativa alla definizione dell'attività amministrativa come attività amministrativa di diritto privato, salvi i casi di espressa attribuzione di potere con legge o regolamento. La questione sulla quale allo stato le riflessioni della dottrina non conducono a soluzioni univoche.

Andrebbe riformata la disposizione per garantire sia la disciplina legislativa dei provvedimenti amministrativi autoritativi, sia che, ogni caso, per gli atti amministrativi come per gli atti le norme di diritto privato trovino applicazione solo compatibilmente con i -il rispetto- dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

3. La individuazione dei principi generali del procedimento dovrebbe essere formulata più chiaramente, richiamando tutti i principi costituzionali

* Le osservazioni introdotte dagli autori sono sottolineate.

e i principi del diritto comunitario: la selezione operata dalla norma nella sua attuale formulazione sembra troppo restrittiva e finisce per non essere innovativa.

4. In materia di esecuzione coattiva, sembra opportuna una chiarificazione del ruolo delle norme regolamentari, che possono avere solo carattere esecutivo della disciplina legislativa. Sembra superflua, inoltre, la previsione di esecuzione coattiva in caso di limitazioni nella sfera giuridica dei terzi.

5. In materia di sospensione, andrebbe chiarito che si tratta di sospensione amministrativa e che la norma non ha effetti, quindi, sulla sospensione disposta da un organo giurisdizionale. Inoltre pare eccessivo che la sospensione di un provvedimento regolarmente deliberato possa durare fino ad un anno.

6. In materia di revoca, sembra opportuno introdurre una migliore formulazione dei motivi di interesse pubblico sopravvenuto, che debbono necessariamente essere collegati ad una modifica della situazione di fatto, e ~~soprattutto~~ determinare con precisione la decorrenza degli effetti della revoca. Quanto all'ipotesi di responsabilità risarcitoria, sembra più corretto prevedere un diritto all'indennizzo.

7. In materia di nullità, le norme recepiscono in larga misura orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati. Sembra peraltro da escludere l'ipotesi di nullità per carenza di forma prevista da un regolamento, in quanto è dubbio che un regolamento possa disporre in materia. E' necessario inoltre estendere l'ipotesi di incompetenza territoriale a tutti gli enti pubblici e non solo all'ente pubblico locale, ed estendere l'ipotesi di nullità all'atto adottato in carenza di potere (si pensi ad un ordine impartito da una qualsivoglia autorità che i cittadini vestano una divisa).

8. Per quanto riguarda le disposizioni in materia di annullabilità, è apprezzabile lo sforzo di far corrispondere i vizi dell'atto a violazioni sostanziali e non a mere irregolarità o ad adempimenti formali, dal cui rispetto nessun vantaggio concreto viene all'interessato. Desta qualche perplessità, tuttavia, sia la riproduzione dell'elenco di vizi risalente alla legge del 1889, che andrebbe invece opportunamente aggiornato, sia il richiamo a norme imperative, che non hanno in diritto amministrativo un significato corrispondente a quello assunto nel diritto privato. Sembrano problematiche, inoltre, le conseguenze della nuova configurazione del vizio di incompetenza, che potrebbero portare, ad esempio, ad un piano regolatore approvato dal Sindaco, o ad atti amministrativi approvati da un dirigente sanitario (e, viceversa, a provvedimenti in materia sanitaria adottati da un dirigente amministrativo di una Asl).

Si ridurrebbe significativamente, così, la garanzia di tutela giurisdizionale, tanto da sollevare qualche dubbio di legittimità costituzionale **(e andrebbe comunque chiarito che il regime delle impugnazioni e i termini di decadenza e prescrizione restano immutati)**. Anche le garanzie derivanti, ad esempio, dalla partecipazione del cittadino al procedimento o dall'obbligo di motivazione risulterebbero fortemente limitate in base alla formulazione assai ampia delle illegittimità che non danno luogo ad annullamento.

Commento: Non è chiaro

Sarebbe, ~~infine~~ opportuno riformulare la disposizione dell'art. 9, III comma in modo da chiarire, ~~secondo il modello spagnolo,~~ che non è annullabile in sede giurisdizionale il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto, salve quelle poste a tutela degli amministrati, quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. ~~Ancor meglio sarebbe ricorrere alla formula tedesca, secondo la quale l'annullamento di un atto amministrativo non può essere preteso per il solo fatto che esso è stato posto in essere in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma o sulla competenza per territorio, se nessun'altra decisione in materia avrebbe potuto essere adottata.~~ **Oppure sostituendo l'inizio della formula tedesca a quello della formula spagnola.**

Commento: E' di difficile comprensione

Andrebbe meglio chiarito, infine, la distinzione tra atti irregolari e atti invalidi e precisato il regime della sanatoria di questi ultimi.

9. In conclusione, il d.d.l. va certamente nella giusta direzione, ~~con~~ ma richiede le modificazioni sopra suggerite.

Giorgio Pastori

Nel tempo concesso posso esporre solo le seguenti impressioni di massima:

a) confrontata con i documenti preparatori precedenti, che erano singolarmente convergenti nelle valutazioni complessive e specifiche, la bozza appare largamente elogiativa del p.d.l. al di là delle pur opportune esigenze di cortesia e di convenienza: andrebbe alleggerito a mio giudizio il par.1 da dove si dice che il pdl propone apprezzabili soluzioni innovative e introduce principi già sperimentati in altri Paesi e nel diritto comunitario. Tutto ciò è contraddittorio con quanto si dice poi circa la necessità di rivedere le soluzioni innovative proposte e di completare il testo con il richiamo a norme e principi di altri ordinamenti e dell'ordinamento comunitario; anche il par. 9 (ultimo) andrebbe tolto (o coordinato con quanto rilevato in precedenza);

b) l'approccio alle singole questioni toccate è invece estremamente sintetico e le proposte di modifica non sono formulate in termini di "raccomandazioni normative" come si era concordato a Firenze, così da rendere probabilmente poco utilizzabile il documento dai parlamentari per la risistemazione del progetto; sono state inoltre omesse non poche questioni sollevate nei documenti preparatori; andrebbero credo chiariti, precisati e ampliati perciò in tal senso i parr. da 2 a 7;

c) quanto infine al par.8, l'esposizione è abbastanza incerta e complessa: da un lato si critica la riproduzione dell'elenco dei vizi e dall'altro si critica il fatto che ne sia stata mutata la configurazione; da un lato, si dice giustamente che desta perplessità la nuova configurazione del vizio di incompetenza e dall'altro si dice che comunque andrebbe chiarito che il regime delle impugnazioni e i termini di decadenza e prescrizione restino

immutati; da un lato si parla di limitazione delle garanzie procedurali e poi, come fosse altra questione, dall'altro si chiede la modifica dell'art. 9 3° comma, senza che si capisca bene se si debbano esentare come tali dall'essere sanabili le violazioni di norme procedurali poste a tutela degli interessati o se anche queste rientrano fra quelle sanabili se nessun' altra decisione nel caso poteva essere adottata. Forse è bene che tutta la parte dedicata all'art. 9 3° co. in mancanza di una chiara indicazione propositiva vada tolta. Si deve tener anche conto, mi dice Francesca T., che l'art. 46 della legge tedesca è stato riformato nel 1996 stabilendo (all'incirca) che non vi è annullamento solo se si dimostra che il vizio non ha influito sul contenuto del provvedimento (andrebbe fatto un controllo).

Erminio Ferrari

Nel complesso devo dire che il d.d.l. n. 4860 suscita in me un atteggiamento più critico, ed il suggerimento di una pausa di riflessione, come leggo in Chiti, piuttosto che l'impostazione adesiva degli altri fiorentini, accolto dall'Associazione. Innanzitutto sul collegamento con la 241/90 osservo che:

A) deliberatamente la 241/90 non fu legge di codificazione, ma di intervento "per punti" sulla disciplina del procedimento;

B) le valutazioni, negli ultimi tempi e soprattutto in occasione del decennale sempre più critiche, della 241/90 non mi sono parse affatto mettere in luce l'esigenza di "proseguire" verso la codificazione (o consolidamento).

In direzione opposta, ritengo invece preferibile privilegiare l'elasticità e la flessibilità delle "norme generali": anche nei paesi che a suo tempo hanno codificato le relative norme vengono oggi lette attraverso una spessa giurisprudenza che in realtà nessuno propone di "ricodificare".

In questo senso gioca poi soprattutto il fatto che sui temi affrontati dal d.d.l. non mancano incertezze assai gravi - come dimostra già questo nostro dibattito - con la conseguenza che la trasformazione in legge delle proposizioni proposte aumenterebbe, anziché diminuire le difficoltà

interpretative ed applicative. Per argomentare questa affermazione nel seguito mi limito a formulare appunto alcuni degli interrogativi che a mio parere il testo in questione susciterebbe.

Art. 1. Non mi pare sia stato già commentato, ma vorrei richiamare l'attenzione sul fatto che la legge proposta non avrebbe la consueta efficacia abrogativa, ma fa salva "la disciplina stabilita dalle disposizioni di settore compatibili con i principi" della medesima. L'esclusione dell'effetto abrogativo comporterebbe cioè di stabilire:

A) quali sono i principi e quali le norme di dettaglio nel presente testo,

B) cosa si intenda per "settore" e quali sono le corrispondenti norme (pare infatti che l'efficacia abrogativa opererebbe invece secondo le regole classiche nei confronti di eventuali altre norme "generali"), e infine

C) che vi è compatibilità.

Nessuna delle tre operazioni pare semplice.

E' questo probabilmente il prezzo inevitabile di norme e principi generali che non sono elaborati da giurisprudenza e dottrina partendo dal basso, ma calano dall'alto. Ma è un prezzo oneroso.

Art. 2. Al proposito sono già state fatte numerose osservazioni.

Domando solo, in parziale sviluppo di quanto scritto da Travi: vigente questa norma che ne è della legislazione di contabilità sotto soglia e sopra soglia dei d.lgs. di recepimento delle direttive comunitarie in tema di contratti della pubblica amministrazione? In effetti non mi paiono né norme di diritto privato, né norme attributive di poteri e tanto meno

norme sul perseguimento di interessi pubblici. Meglio: la concorrenza è un interesse pubblico dell'ordinamento, non dell'amministrazione, cosicché il dubbio rimane anche nei confronti del testo fiorentino che parla di "principi costituzionali sulla pubblica amministrazione".

Art. 3. Condivido i rilievi relativi alla riserva di legge, ma vorrei sottolineare soprattutto l'osservazione di Chiti per cui ci sono anche altri principi (per allungare l'elenco ricordando la mucca pazza: quello di

precauzione) e cerco di interpretare le parole "sussidiarietà rispetto all'autonomia dei privati" (secondo comma). A me pare che qui ci si riferisca

al principio di sussidiarietà orizzontale, Stato/società per intenderci. Ma se questo principio dal piano dei rapporti pubblico/privato viene trasformato in cardine dell'azione amministrativa,

l'amministrazione prima di agire dovrà verificare (ed eventualmente render conto del)l'inadeguatezza dei privati a perseguire quel determinato obiettivo? Sembrerebbe una clausola generale di limitazione non tanto della competenza quanto delle attribuzioni stesse delle amministrazioni.

Art. 4. A me questa norma era parsa il tentativo di superare la regola classica per cui il provvedimento amministrativo produce effetti, è imperativo, affievolisce il diritto soggettivo, ecc. dal momento stesso della sua emanazione (o controllo preventivo se previsto), per spostare l'acquisto dell'efficacia al momento della comunicazione. Dopo aver letto le riflessioni degli altri per un verso osservo che non sono più così sicuro di questa interpretazione; per altro verso mi rimane il dubbio - che non ho

il tempo di verificare - che, al di là delle affermazioni dottrinali di carattere generale, la legislazione preveda già ipotesi di atti ricettizi ben più numerose di quanto può sembrare. Del resto tutti i manuali parlando

(della fase integratrice) dell'efficacia citano appunto gli atti ricettizi.

Art. 5. Se sopra ho segnalato perplessità sulla codificazione delle regole sul procedimento e/o provvedimento, sono invece molto favorevole ad una riscrittura delle regole sull'esecuzione forzata, oggi dispersa tra principi, leggi davvero antiche, sovrapposizioni complicate. Questo non è però l'obiettivo dell'art. in questione che aggiunge invece due nuovi frammenti (sui terzi e per gli obblighi fungibili) al già frastagliato mosaico.

Art. 6, 7. Accanto ai rilievi formulati da altri, ribadisco l'idea per cui queste figure corrispondono in realtà ad una pluralità di ipotesi la cui riduzione ad unità può forse riuscire (ma non sempre) nei libri, non in una legge.

Art. 8. Vorrei riproporre l'osservazione di Travi per cui non serve disciplinare le ipotesi di nullità se non si disciplina la nullità. Per esempio: il provvedimento nullo ex art. 8 del presente ddl e tuttavia per ipotesi ugualmente comunicato ex art. 4 dello stesso ddl produce effetti o no?

Art. 9. Alle riflessioni già da altri proposte, soprattutto in tema di norme imperative e del vetusto catalogo dei vizi (di passaggio scaglio un sasso: ma perché deve esserci un catalogo dei vizi approvato per legge? in mancanza della Cost. non si poteva annullare se non in una di quelle tre ipotesi, ma ora?), vorrei aggiungere una piccola difesa della competenza/incompetenza: come potremo chiedere conto al dirigente

della sua gestione, se gli atti del suo ufficio possono essere adottati da un altro? Forse la competenza è una "grana" dal punto di vista

dell'efficienza (ma non ci credo molto: in un'organizzazione in cui non si sa chi fa che cosa, perché forse la fa un altro, probabilmente nessuno non fa niente), ma è la base per la responsabilità: politica, dirigenziale, civile, ecc.. Non penso che la triade "competenze, attribuzioni, responsabilità" dell'art. 97, 2° co., Cost. sia scindibile.

In conclusione vorrei riprendere dall'esperienza applicativa del d.lgs. 80/1998 il fatto che l'introduzione di figure come minimo incerte - in tale occasione quella del servizio pubblico - genera difficoltà ed incertezze che producono non piccoli ostacoli proprio agli obiettivi di riforma che ci si propone.

Salvatore Raimondi

Condivido pienamente l'impostazione delle osservazioni. Diciamo che si va nella giusta direzione, ma che il disegno di legge deve essere interamente cambiato.

Credo che sia sufficiente per ostacolarne l'approvazione in Senato nel testo esitato dalla Camera, e mi auguro che valga ad impedirne l'approvazione in commissione in sede legislativa.

Permettetemi di insistere sulla sospensione. Forse l'argomento non è tra quelli "*di maggiore importanza*", ai quali giustamente sono limitate le osservazioni, ma non è neppure una bazzecola.

L'art. 6 fa a pugni con l'art. 2 L. 241/90. La sospensione è concepibile soltanto in vista di un possibile annullamento (andrebbe specificato). Orbene per un procedimento di secondo grado si prevede un termine di un

anno (sei mesi più sei mesi) a fronte di termini previsti dai regolamenti delle singole amministrazioni per l'adozione dell'atto - quello che poi può essere sospeso -, normalmente molto più brevi, ed a fronte di un termine residuale (avente funzione di esempio) di trenta giorni previsto dall'art. 2, 3° comma (L. 241).

Per quanto concerne i vizi formali (argomento delicatissimo riguardo al quale, con riferimento al § 46 della legge tedesca, come sappiamo, ci sono state in dottrina accese discussioni), forse converrebbe riprodurre tra virgolette la formula tedesca (*"...ore risulti, in maniera palese, che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione"*). Mi sembra importante l'inciso *"in maniera palese"*. Ed il concetto della non influenza sul contenuto della decisione mi pare che accentui il profilo del formarsi dell'atto piuttosto che quello, più secco, della decisione finale. (Sono tuttavia consapevole che si tratta di una sfumatura).

VI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SUL D.D.L N. 4860 SENATO

"NORME GENERALI SULL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA"

1. Il d.d.l. in questione merita apprezzamento poiché prosegue l'opera di elaborazione di norme e principi generali sull'attività amministrativa iniziata con la legge n. 241/1990, opera un opportuno consolidamento di radicati orientamenti giurisprudenziali e, al contempo, propone apprezzabili soluzioni innovative, tendenti ad eliminare alcuni formalismi del regime degli atti amministrativi. Infine, perché intende introdurre in Italia principi sperimentati in Germania, Spagna e Francia e nel diritto comunitario.

La rilevanza della materia richiede, peraltro, una formulazione il più possibile precisa e chiara delle disposizioni, per non dar luogo a dubbi interpretativi e a difficoltà applicative, oltre che un'attenta considerazione dei rapporti e delle connessioni fra le nuove disposizioni e la disciplina contenuta nella legge n. 241/1990.

Le osservazioni illustrate di seguito sono relative soltanto alle questioni che si ritengono di maggiore importanza e riguardano tanto profili di merito come profili di chiarificazione delle nuove regole.

2. La prima questione a venire in evidenza è relativa alla definizione dell'attività amministrativa come attività amministrativa di diritto privato, salvi i casi di espressa attribuzione di potere con legge o regolamento, questione sulla quale allo stato le riflessioni della dottrina non conducono a riflessioni univoche.

Andrebbe riformata la disposizione per garantire sia la disciplina legislativa dei provvedimenti amministrativi autoritativi, sia che le norme di

* Il documento conclusivo è stato predisposto, sulla base delle osservazioni pervenute, da Sabino Cassese, Alberto Romano e Luisa Torchia.

diritto privato trovino applicazione solo compatibilmente con il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

3. La individuazione dei principi generali del procedimento dovrebbe essere formulata più chiaramente, richiamando tutti i principi costituzionali e i principi del diritto comunitario: la selezione operata dalla norma nella sua attuale formulazione sembra troppo restrittiva e finisce per non essere innovativa.

4. In materia di esecuzione coattiva, sembra opportuna una chiarificazione del ruolo delle norme regolamentari, che possono avere solo carattere esecutivo della disciplina legislativa. Sembra superflua, inoltre, la previsione di esecuzione coattiva in caso di limitazioni nella sfera giuridica dei terzi.

5. In materia di sospensione, andrebbe chiarito che si tratta di sospensione amministrativa e che la norma non ha effetti, quindi, sulla sospensione disposta da un organo giurisdizionale. Inoltre pare eccessivo che la sospensione di un provvedimento regolarmente deliberato possa durare fino ad un anno.

6. In materia di revoca, sembra opportuno introdurre una migliore formulazione dei motivi di interesse pubblico sopravvenuto, che debbono essere necessariamente collegati ad una modifica della situazione di fatto e determinare con precisione la decorrenza degli effetti della revoca. Quanto all'ipotesi di responsabilità risarcitoria, sembra più corretto prevedere un diritto all'indennizzo.

7. In materia di nullità, le norme recepiscono in larga misura orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati. Sembra peraltro da escludere l'ipotesi di nullità per carenza di forma prevista da un regolamento, in quanto è dubbio che un regolamento possa disporre in materia. E' necessario inoltre estendere l'ipotesi di incompetenza territoriale

a tutti gli enti pubblici e non solo all'ente pubblico locale ed estendere l'ipotesi di nullità all'atto adottato in carenza di potere.

8. Per quanto riguarda le disposizioni in materia di annullabilità, è apprezzabile lo sforzo di far corrispondere i vizi dell'atto a violazioni sostanziali e non a mere irregolarità o ad adempimenti formali, dal cui rispetto nessun vantaggio concreto viene all'interessato. Desta perplessità, tuttavia, sia la riproduzione dell'elenco di vizi risalente alla legge del 1889, che andrebbe invece opportunamente aggiornato, sia il richiamo a norme imperative, che non hanno in diritto amministrativo un significato corrispondente a quello assunto nel diritto privato. Sembrano problematiche, inoltre, le conseguenze della nuova configurazione del vizio di incompetenza, che potrebbero portare, ad esempio, ad un piano regolatore approvato dal Sindaco, o ad atti amministrativi approvati da un dirigente sanitario (e, viceversa, a provvedimenti in materia sanitaria adottati da un dirigente amministrativo di una Asl). In questo senso, sono forse da considerare anche le possibili conseguenze negative indirette della nuova disciplina del vizio di incompetenza sull'assetto dell'amministrazione locale: la distinzione tra politica ed amministrazione, che si sta infine faticosamente realizzando, rischia di risultarne del tutto frustrata, data la irresistibile tendenza degli amministratori locali a gestire in proprio, e a non limitarsi all'attività di indirizzo.

Si ridurrebbe significativamente, inoltre, la garanzia di tutela giurisdizionale, tanto da sollevare qualche dubbio di legittimità costituzionale. Anche le garanzie derivanti, ad esempio, dalla partecipazione del cittadino al procedimento o dall'obbligo di motivazione risulterebbero fortemente limitate in base alla formulazione assai ampia delle illegittimità che non danno luogo ad annullamento.

Sarebbe opportuno riformulare la disposizione dell'art. 9, III comma in modo da chiarire che non è annullabile in sede giurisdizionale il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla struttura formale dell'atto, salve quelle poste a tutela degli amministrati, quando il contenuto del medesimo non avrebbe potuto essere diverso da

quello in concreto adottato. In alternativa, si potrebbe ricorrere alla formula tedesca, secondo la quale l'annullamento di un atto amministrativo non può essere preteso ove risulti, in maniera palese, che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione. Andrebbe meglio chiarita, infine, la distinzione fra atti irregolari e atti invalidi e precisato il regime della sanatoria di questi ultimi.

9. In conclusione, il d.d.l. va certamente nella giusta direzione, ma richiede le modificazioni sopra suggerite.