

La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura

(a cura di Alberto MASSERA*)

Sommario: 1. LA RIFORMA DELLA L. 241/1990 E LE PROSPETTIVE APERTE - 2. I PRINCIPI GENERALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA TRA CONCRETIZZAZIONE DELLA COSTITUZIONE FORMALE ED INTEGRAZIONE DELLA COSTITUZIONE MATERIALE - 3. IL RICHIAMO AI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO NELLA NUOVA LEGGE SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA - 4. NORME GENERALI SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI DIRITTO PRIVATO - 5. AZIONE AMMINISTRATIVA ED INNOVAZIONI TECNOLOGICHE - 6. LA CONFERENZA DI SERVIZI - 7. EFFICACIA, ESECUZIONE ED ESECUTORIETÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO - 8. NULLITÀ, ANNULLAMENTO E REVOCA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO - 9. L'ANNULLABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO TRA SOSTANZIALITÀ DEL VIZIO E LIMITI ALLA TUTELA - 10. LA DISCIPLINA DELL'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI - 11. LA RIFORMA DELLA COMMISSIONE PER L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI: NASCITA O ABORTO DI UN'AUTORITÀ INDIPENDENTE? - 12. LE NOVITÀ PER GLI ENTI TERRITORIALI.

1. La riforma della l. 241/1990 e le prospettive aperte

di Alberto Massera

Anche la l. 11 febbraio 2005, n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla l. 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, condivide, con i precedenti interventi legislativi sulla materia e indipendentemente dal successo del tentativo di innovazione con essi intrapreso, un'origine "colta".

In questa tornata temporale, infatti, l'originario intento di porre una nuova disciplina, che non si limitava ad introdurre mere modifiche alla legge 241/1990 in funzione essenzialmente di semplificazione, ma a configurare un vero e proprio corpo di "norme generali sull'azione amministrativa", risale all'iniziativa di un giurista accademico in veste di parlamentare (proposta di legge n. 6844, presentata dal deputato Cerulli Irelli l'8 marzo 2000), per essere poi sostanzialmente ripreso in un ddl governativo, approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2002, seppur all'interno di un testo che si presentava innanzitutto come recante modifiche e integrazioni della l. 241/1990.

Va parimenti ricordato che si deve alla Commissione per la riforma dello Stato (presieduta da Ugo Forti) una prima, elaborata proposta per una "legge generale sull'azione amministrativa" (1948), cui hanno fatto seguito gli sfortunati tentativi di legificazione degli anni '50 e '60, ispirati

* Gli Autori del commento sono tutti dottorandi in "Diritto dei servizi pubblici nazionali e locali" presso l'Università di Pisa, nonché partecipanti alla ricerca interuniversitaria di interesse nazionale (MIUR 2004) sul tema "La tutela nel e col procedimento" coordinata a livello locale da Alberto Massera.

dall'Ufficio per la riforma dell'amministrazione (cui era preposto con apposita delega Roberto Lucifredi), per approdare finalmente al testo finora vigente, ed ora novellato, largamente basato sui lavori di una apposita commissione di studio (presieduta da Mario Nigro).

L'impronta che l'attuale testo ha ricevuto è particolarmente evidente nell'attenzione che esso porta alla definizione di alcune questioni fondamentali del diritto amministrativo, la cui mancanza nel diritto positivo, come disciplina non settoriale, era ben nota in dottrina (e da taluni lamentata, anche guardando al confronto con altre legislazioni, come quelle tedesca e spagnola), quali quelle concernenti l'invalidità, l'efficacia, l'esecuzione del provvedimento e l'intera materia dei provvedimenti di secondo grado; questioni in relazione alle quali ora campeggia con forte evidenza il nuovo Capo IV-*bis* della l. 241/1990.

L'originario proponente era anche consapevole della necessità, resa più stringente dall'evoluzione istituzionale dell'ultimo quindicennio ed anche dai mutamenti intercorsi, nello stesso periodo, nella realtà economico-sociale, di delimitare i confini ovvero, se si vuole, di definire la regola fondamentale di convivenza, nell'azione amministrativa, tra utilizzo delle forme e degli istituti del diritto amministrativo e utilizzo delle forme e degli istituti del diritto privato. Questione alla quale si era affiancata presto (fin dalla prima tappa dell'iter parlamentare dell'originario progetto di legge: si veda il testo trasmesso dopo l'approvazione da parte della Camera ed assunto con il n. 4860 dal Senato ancora nella precedente legislatura) l'altra questione dei rapporti tra azione amministrativa e principi comunitari ovvero, se si vuole, della relazione tra diritto amministrativo nazionale e diritto amministrativo comunitario. Temi, questi, che trovano entrambi trattazione, ora, nel testo novellato ed arricchito di due commi dell'art. 1.

Mancanza (o lacunosità) di disciplina di diritto positivo non significava, ovviamente, mancanza di qualsiasi disciplina. E' a tutti noto il fortissimo ruolo pretorio giocato dal giudice amministrativo nella formazione e nel consolidamento del regime dell'amministrazione *à droit administratif*; e molto incisivo – dato questo parimenti noto – è stato finora il ruolo del giudice comunitario, proprio in modo particolare per quanto riguarda la formazione di quei principi, a partire dagli stessi criteri fondamentali che presiedono alle relazioni tra ordinamento sopranazionale e ordinamento nazionale, che trovano ora menzione espressa nel citato art. 1 della l. 241/1990.

Proprio per questo, si tratta allora di tentare di individuare, per sommi capi e in modo necessariamente sintetico, alcune almeno delle (macro) problematiche che, in prospettiva, potranno ora scaturire dall'applicazione della nuova normativa.

Innanzitutto, vanno prese in considerazione le ricadute che la nuova normativa potrà comportare sul versante più propriamente istituzionale.

Prima ancora che guardare al ruolo fondamentale che inevitabilmente i giudici avranno nel definire le piegature che concretamente la nuova legge verrà ad assumere, è da accennare brevemente a come la legge stessa si inserisce in un tessuto ordinamentale interno che è mutato, rispetto al momento primigenio di origine dell'iter politico del progetto, con la riforma del Titolo V della Cost. e che più compiutamente ha assunto, con tale riforma, la configurazione di sistema di federalismo amministrativo. Superate, infatti, le prime incertezze sulla stessa legittimità costituzionale della permanenza di una legge generale "statale" sul procedimento amministrativo (preoccupazioni infondate, a parere di chi scrive: bastava guardare al diritto pubblico comparato), la legge si pone correttamente come normativa di immediato svolgimento dei principi costituzionali sull'esercizio della funzione amministrativa, che in quanto tale "pretende", come fattore di riduzione della complessità istituzionale, puntuale applicazione là dove definisce istituti e materie riconducibili alla tutela giurisdizionale della persona (art. 29, c. 1) o ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (come avviene per il diritto d'accesso, salva la possibilità di trattamenti più favorevoli: art. 22, c. 2). Mentre richiede, in senso più generico, il rispetto dei suoi principi, anche da parte degli enti pubblici ad autonomia costituzionalmente garantita, per la parte almeno che concerne "il rispetto delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa" (art. 29, c. 2); ma anche a questo proposito non è azzardato ritenere (e già altri lo hanno sostenuto) che si sarebbe potuto più compiutamente riportare l'intera disciplina (almeno nella parte non di dettaglio) di nuovo nell'area della definizione delle prestazioni concernenti il "servizio pubblico amministrativo" ed anche dei fattori costitutivi dell'ordinamento civile (utilizzando una traccia in qualche misura segnata a livello sopranazionale, nella giurisprudenza della CEDU).

La "nuova" legge 241/1990, come si è appena detto, si pone anche per la parte da ultimo introdotta – quella contenente norme generali sull'azione amministrativa – come legge di immediato svolgimento di principi costituzionali, a sua volta contenente principi che dovranno, per la parte vista, essere rispettati dalle normative degli enti autonomi. Ma basta questo a darle un rango particolare nel quadro delle fonti?

Problema ben noto, questo, cui il legislatore statale, nel caso in esame, non ha nemmeno tentato di dare punti di sostegno, come pure ha fatto con riguardo ad altre fattispecie. Ma soprattutto il legislatore statale dovrà guardarsi da se stesso, da inserimenti o fughe in avanti, dettate da esigenze contingenti o da motivazioni diversamente orientate. Un caso concreto, proprio di questo periodo, vale ad esemplificare il problema: proprio nello stesso arco temporale nel quale il testo in esame si apprestava a compiere il suo ultimo passaggio parlamentare, nell'ampio e malformato corpo della legge finanziaria 2005 lo stesso legislatore ha disposto una norma (il comma 136), con

la quale, “al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le pubbliche amministrazioni”, è stata introdotta una modalità di disciplina – a regime e non transitoria – del potere di autotutela delle pubbliche amministrazioni. Se tale disciplina già poneva (come poneva) problemi di interpretazione di per sé, maggiori problemi pone ora nel confronto con la disciplina contenuta nell’art. 21nonies, della l. 241/1990: per quanto riguarda il limite temporale di esercizio del potere e la previsione (peraltro non specificata) dell’indennizzabilità del pregiudizio arrecato al privato, espressamente previsti solo dalla prima norma; per quanto riguarda l’organo legittimato all’annullamento, l’obbligo di ponderazione degli interessi in gioco, la facoltà di procedere alla convalida, espressamente previsti solo dalla seconda.

Già le incertezze che emergono con riguardo allo specifico punto sollevato (non risolvibili compiutamente, d’altro canto, secondo il criterio della relazione tra norma speciale e norma generale) e che non potranno, almeno nell’immediato, che trovare una prima composizione in via interpretativa in sede di applicazione delle norme indicate, richiamano più in generale al ruolo che compete al giudice. E’ manifesto l’intendimento del legislatore di dare certezza, stabilizzandoli, ai principi sull’azione amministrativa elaborati dalla giurisprudenza nell’arco di una elaborazione ormai ultrasecolare. In questo senso, la novella in questione riproduce nei confronti del diritto sostanziale, in buona misura, l’operazione che la l. 205/2000 ha fatto nei confronti di alcuni istituti, parimenti di formazione giurisprudenziale, del diritto processuale. Ma i principi così cristallizzati erano veramente tali (cioè ad elaborazione definita ed univoca), o si è piuttosto fatta una selezione degli orientamenti (peraltro anche dottrinali) in campo? Ed i profili rilevanti sono stati tutti disciplinati, o qualcosa è rimasto escluso?

Due esempi. Il potere di revoca. L’art. 21quinquies della l. 241/1990 istituzionalizza un potere di rimozione dei provvedimenti ad effetto durevole in termini alquanto ampi, specie quanto a ragioni giustificative, anche se nel contempo stabilisce l’indennizzabilità del pregiudizio arrecato al privato. C’è da chiedersi se era proprio così univoco l’orientamento volto a consentire all’amministrazione la revoca come esercizio, comunque, di un suo *jus poenitendi*, che la nuova norma (diversamente dal disegno originario, che appariva più perplesso sul punto) risulta invece consolidare; se possa ritenersi chiusa la partita riguardante la revocabilità dei provvedimenti costitutivi di diritti; e, in modo più ampio, come queste previsioni vadano rese compatibili con la necessità, derivante dal richiamo ai principi del diritto comunitario, di prendere in considerazione e valutare il legittimo affidamento eventualmente costituitosi nella controparte dell’amministrazione.

Le cause di nullità del provvedimento. A parte il richiamo, di per sé fonte di evidenti incertezze, alla mancanza degli “elementi essenziali del provvedimento”, c’è da chiedersi se il vizio del “difetto assoluto di attribuzione”, previsto dall’art. 21septies, valga a ricoprire tutte le fattispecie

ipotizzate di carenza di potere e se, in particolare, il supremo giudice ordinario si rassegnerà alla scomparsa della figura della “carenza di potere in concreto”. Ed ancora, se la stessa fattispecie di nullità ricopra anche la vicenda, sempre più frequente in un ordinamento multilivello come il nostro, di provvedimenti adottati da amministrazioni diverse da quelle cui è attribuito il relativo potere, ma operanti in un quadro e regime di condivisione e concorrenza di compiti sulla stessa materia.

Se quanto finora osservato si riferisce ai rapporti tra legge e giudice, l’esame va poi spostato all’interno dei rapporti tra giurisdizioni. Tema reso assai caldo, questo, come è noto, dalle recenti pronunce della Corte costituzionale (204/2004 e 281/2004) in punto di giurisdizione esclusiva.

In maniera apparentemente sorprendente, la nuova legge aumenta i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con questo risultato: che le controversie riguardanti l’indennizzo conseguente all’esercizio del potere di revoca sono assegnate alla giurisdizione, appunto esclusiva, del giudice amministrativo, come quelle conseguenti alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi ex art. 11 l. 241/1990 (non modificato per questa parte), mentre le controversie riguardanti l’indennizzo conseguente all’esercizio di poteri ablatori rimangono di competenza del giudice ordinario (artt. 33 e 34 d. legge 80/1998 come “riscritti” dalla Corte costituzionale); che le controversie in tema di nullità del provvedimento amministrativo, come risulta *a contrariis*, dal 2° comma dell’art. 21^{septies} l. 241/1990, sono di competenza del giudice ordinario, fatte salve quelle inerenti la nullità dei provvedimenti in violazione o elusione del giudicato, assegnate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Certamente si possono immaginare buone ragioni per queste soluzioni. Nel primo caso, ove si pensi che le controversie riguardanti gli accordi amministrativi avranno per oggetto soprattutto fattispecie di recesso poste in essere dall’amministrazione parte dell’accordo medesimo, si può pensare all’intendimento di identificare nel giudice amministrativo, come titolare di una competenza esclusiva, il più attrezzato per vagliare le conseguenze in termini conflittuali delle sopravvenienze sugli interessi pubblici curati dalle amministrazioni mediante provvedimenti ed accordi; nel secondo caso di delineare, nel sindacato su quella determinata fattispecie di nullità, una forma di giudizio modellata su quella tradizionale e ben affilata dell’ottemperanza.

Ma rimangono complessivamente perplessità su previsioni normative che finiscono per resecare situazioni rapportabili a figure largamente omogenee, aumentando per di più le tensioni attualmente presenti nel nostro ordinamento su tematiche come quelle, in senso largo intese, rapportabili alla categoria della responsabilità della pubblica amministrazione, pur nella distinzione delle sue varie forme e tipi.

Ritornando alla questione del rapporto tra ordinamenti, il richiamo ai principi del diritto comunitario, introdotto nel comma 1 dell'art. 1, si presenta denso di significati. In primo luogo, va detto che quel richiamo appare molto impegnativo, proprio in quanto inserito nel corpo di una legge recante "norme generali" sull'azione amministrativa, ed essendo quindi destinato a ricadere sui più disparati settori dell'attività amministrativa, anche su quelli nei cui confronti meno aveva fatto breccia lo stesso diritto comunitario. Ne risulta, pertanto, un tendenziale pareggiamento, almeno da questo punto di vista, tra l'azione amministrativa posta in essere in attuazione del diritto comunitario e l'azione amministrativa posta in essere in settori ancora non attratti dal processo di condivisione delle attribuzioni con il livello sopranazionale di amministrazione della funzione. Il legislatore, d'altro canto, non si è dimostrato totalmente inconsapevole di questo risvolto del problema, se è vero che ha ritenuto di dover sottrarre l'amministrazione previdenziale all'avanzato livello di contraddittorio "difensivo" introdotto, mediante l'art. 10-*bis*, con la previsione dell'obbligo per l'amministrazione di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Nella prospettiva sopra delineata, peraltro, non si può non ritenere consequenziale l'ulteriore pareggiamento, compiuto dal comma 1ter dell'art. 1, laddove è sancita la pari soggezione ai principi "di cui al comma 1", e quindi anche ai principi del diritto comunitario, dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative. E' ben noto l'approccio pragmatico, orientato alla scoperta di una nozione funzionale di pubblica amministrazione ed anche di organismo di diritto pubblico, seguito dal diritto comunitario e in particolare dai suoi giudici; bisognerà invero stare ad osservare, se nel concreto divenire del diritto interno, anche il giudice nazionale seguirà quell'orientamento o piegherà piuttosto, secondo modalità alquanto frequentate, verso qualificazioni di tipo sostanzialistico (atto oggettivamente amministrativo, organo amministrativo indiretto ovvero, più immediatamente, ente pubblico), volte a risolvere anche (se non soprattutto) problemi di confini tra giurisdizioni (anche tenuto conto di certe formulazioni delle norme costituzionali vigenti in materia).

In definitiva, su questo punto, quello spazio di azione pretoria del giudice (specie amministrativo), che sembrava destinato in buona misura ad essere suggellato dalla novella legislativa, risulta destinato a riprodursi in forme rinnovate, in un dialogo costante con il giudice comunitario chiamato ad esprimere il suo ruolo di nomofilachia mediante il meccanismo del rinvio pregiudiziale (ma non potendo non ricordare, d'altro canto, per completezza del disegno del quadro di valutazioni, anche la prassi dello stesso giudice comunitario di sottrarsi alla chiamata da parte del giudice nazionale, laddove è sostenibile che la questione non è rilevante per il diritto comunitario, non presentando problemi di interpretazione o di validità di norma comunitaria).

Infine, la questione del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato. Sarebbe invero ozioso, a questo punto della storia del diritto e della sua evoluzione, interpretare la nuova legge nel senso dell'avanzamento di una disciplina e dell'arretramento dell'altra, o viceversa. Entrambe le (coppie di) direzioni sono presenti, manifestate quasi simbolicamente l'una dopo l'altra nel nuovo testo, ad emblematizzare l'irresistibile tensione verso la concorrenza dei tipi e degli istituti di regolazione dei campi di azione comunque rilevanti per gli interessi pubblici e collettivi. Il già citato comma 1bis dell'art. 1 può certo essere letto come espressione della "fuga dal diritto amministrativo"; ma parimenti il comma 1ter dello stesso articolo 1 può essere letto come il "ritorno del diritto amministrativo" (com'è testimoniato anche dall'inserimento di un nuovo atto amministrativo nel cuore stesso della disciplina di uno dei momenti più significativi della spinta verso il polo della consensualità: la determinazione previa dell'amministrazione, come atto unilaterale, in vista della stipulazione dell'accordo).

Piuttosto che ragionare in termini di utilizzo del diritto privato (o, per converso, di uso del diritto amministrativo, là dove "la legge dispone diversamente"), allora, non è possibile pensare, ogni qual volta siano in gioco interessi di natura ontologicamente diversa (e l'interesse pubblico è tale solo quando non è l'interesse della pubblica amministrazione-parte), ad un concorso di qualificazioni anche sulle medesime fattispecie, da interpretare alla luce delle rispettive clausole generali?

L'intera materia della contrattualità pubblica è molto significativa da questo punto di vista. L'approccio pubblicistico, tipico e insito nelle procedure dell'evidenza pubblica, per una sorta di eterogenesi dei fini, come è noto, è stato rinforzato dal diritto comunitario. Ma certi consolidati orientamenti (nella giurisprudenza, ma non solo) nell'apprezzamento dei vari momenti della vicenda, come ad es. circa il carattere necessariamente autoritativo (con tutto ciò che ne discende a cascata) dell'aggiudicazione, ad una attenta e spassionata considerazione possono ritenersi meno intrinsecamente legati al rilievo "oggettivamente" pubblico della fattispecie e dell'interesse ad essa correlato (se è vero che anche la tutela della concorrenza tra gli operatori economici è assunta dall'ordinamento come interesse pubblico)..

Altro esempio, nella stessa materia, è il controverso punto della soggezione, o meno, delle entità qualificate come organismi di diritto pubblico alle procedure di evidenza pubblica volute dal diritto comunitario anche per i contratti *sottosoglia*. La questione è risolvibile, nella prima opzione, mediante l'utilizzo di un criterio del tipo *semel/semper* (come fa qualche orientamento giurisprudenziale), ovvero va affrontata, nella seconda opzione, nei termini della definizione delle modalità e delle forme secondo le quali possono essere correlate la situazione di soggezione all'obbligo generalizzato di rispetto dei principi del diritto comunitario da parte del soggetto

privato-stazione appaltante e la situazione di diritto soggettivo del soggetto privato-operatore economico?

Appare peraltro indubbio che in tal modo potrebbero essere rimessi in discussione storiche ragioni e consolidati atteggiamenti del dualismo di giurisdizioni presente nel nostro ordinamento.

2. I principi generali dell'attività amministrativa tra concretizzazione della Costituzione formale ed integrazione della Costituzione materiale

di Laura Buffoni

Affinché la trama essenziale delle modifiche apportate alla legge sul procedimento amministrativo non si disperda nella molteplicità della questioni “tecniche” poste dalle norme di dettaglio, all'interprete pare opportuno, in via preliminare, appuntare l'attenzione sulle proposizioni-principio, che – sole – paiono idonee a restituire il significato “ordinamentale” della novella e sul loro rinnovato rapporto con l'ellittico tessuto costituzionale dell'attività amministrativa.

In particolare, nella prospettiva di indagine qui eletta la nuova disciplina generale del procedimento amministrativo sembra oscillare, come un pendolo, tra inveramento della Costituzione formale e superamento della medesima mediante l'integrazione della c.d. Costituzione materiale.

A tale conclusione induce l'esegesi di due disposizioni che, per l'alto contenuto simbolico, mostrano un'elevata attitudine a misurare il tasso di “costituzionalità” (nel senso di grado di attuazione dei principi costituzionali) dell'intera novella ed a fungere, al contempo, da strumenti per l'ermeneutica di tutto il corpo normativo.

Del resto, saggiare la bontà della legge sul procedimento amministrativo in base al grado di attuazione/concretizzazione del diritto costituzionale è metodo che vanta lunga ed autorevole tradizione, la quale esime in questa sede da ulteriori considerazioni sulla opzione metodologica adottata: basti pensare alla riflessione, risalente agli inizi del XX secolo, della giuspubblicistica tedesca che elaborò il concetto di amministrazione come *costituzione in azione* (*die Verwaltung die thätig werdende Verfassung ward*) ed instaurò tra la prima e la seconda un rapporto di mutua implicazione e reciproco inveramento (il riferimento, in specie, è a L. Von Stein).

Sgombrato, quindi, il campo dalle questioni di metodo e volto lo sguardo nella direzione di ricerca prescelta, le disposizioni che più marcatamente paiono colorare la dimensione “valoriale” della legge n. 241 sono l'art. 1, commi 1 e 1 ter, e l'art. 10 bis.

Partitamente, per quanto concerne il significato della novella dell'art. 1 degno di nota appare, innanzitutto, l'integrazione della rubrica con l'aggiunta della locuzione "*attività amministrativa*". Non pare azzardato sostenere che il legislatore con la nuova dicitura "principi generali *dell'attività amministrativa*" abbia voluto tradurre in norma di diritto positivo quell'orientamento dottrinale (cfr., *ex plurimis*, G. Mordidelli) che da tempo andava affermando la applicabilità dei criteri generali enunciati nel I comma non solo ai procedimenti formali, ma a tutta l'attività amministrativa, ivi compresa, quindi, l'attività di diritto privato, le operazioni amministrative, i comportamenti etc... Già nella rubricazione della disposizione pare, dunque, possibile intravedere quell'ampliamento di prospettiva che i commi successivi portano alle logiche conseguenze. Del resto, sembra sin d'ora possibile preconizzare che l'estensione dell'ambito materiale di applicazione dei criteri che reggono l'azione amministrativa mostrerà tutta la sua proficuità in sede di "giustiziabilità" dei medesimi davanti al giudice amministrativo, laddove consentirà di sindacare la legittimità dell'attività amministrativa anche a prescindere da qualsiasi vicenda procedimentale.

Passando all'analisi del corpo della disposizione in commento, giova osservare che il comma I, dopo aver ribadito il principio fondamentale della funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento dei fini predeterminati dalla legge (il c.d. principio di "oggettività" dell'attività amministrativa, vincolata sotto il profilo dei fini da perseguire e degli interessi da tutelare) ed aver confermato il principio di "adeguatezza" dell'azione amministrativa mediante il perdurante riferimento ai criteri di efficacia, economicità e pubblicità, menziona espressamente il principio di "trasparenza" ed "*i principi dell'ordinamento comunitario*" come criteri generali che devono presiedere all'attività amministrativa *tout-court* intesa. Il punto diviene, allora, quello di determinare effetti e contenuto della novella codificazione dei medesimi tra i principi generali della disciplina sul procedimento amministrativo.

In ordine al principio della trasparenza, non può non constatarsi che nella legge sul procedimento *ante* riforma il riferimento a tale principio compariva – come noto – solo all'articolo 22, laddove si individuava come finalità del diritto di accesso la *trasparenza* e lo svolgimento *imparziale* dell'attività amministrativa. La trasposizione della trasparenza da finalità tipica e precipua del diritto di accesso a criterio generale dell'*agere* amministrativo non può, però, rimanere priva di conseguenze sul piano giuridico: la nuova *sedes materiae* del criterio della trasparenza amministrativa conferisce al medesimo, infatti, una particolare ampiezza e rilevanza giuridica. Più precisamente, la nuova collocazione logico-topografica non può non anettere alla trasparenza un contenuto più ampio e comprensivo rispetto alla disciplina del diritto di accesso nel procedimento, pena l'inutilità stessa della previsione. Compito della dottrina e della giurisprudenza amministrativa

sarà quello di mettere a punto una nozione giuridica di “trasparenza” idonea a marcarne le peculiarità rispetto al contiguo principio di pubblicità. A tal fine potranno risultare utili i risultati cui da tempo è pervenuta quella dottrina costituzionalistica (cfr. P. Costanzo) che nell’ambito di un ampio diritto all’informazione amministrativa ha distinto *un diritto all’informazione in senso proprio* (in cui possono inquadarsi le disposizioni degli articoli 12 e 26 e che coincide in buona parte con il principio di pubblicità) dal *diritto alla conoscibilità* (a cui sarebbero riconducibili il diritto di accesso nonché ogni interesse alla conoscenza dell’attività amministrativa connesso al diritto di difesa). Nel primo caso il bene direttamente protetto è l’informazione in sé, nel secondo la conoscenza è strumento per la tutela di altre posizioni giuridiche sostanziali.

Appare allora di cristallina evidenza che, laddove la trasparenza assumesse un contenuto “precettivo” tanto ampio, molteplici diverrebbero le potenzialità “giustiziali” di tale principio, assunto, in forza dell’art. 1, a sicuro parametro di legittimità dell’attività amministrativa ed a forma di tutela anticipata in sede amministrativa. Viceversa, la riduzione della menzione della trasparenza ad un pleonastico richiamo al solo diritto di accesso ne frustrerebbe drasticamente le potenzialità garantiste.

Comunque, al di là delle incertezze di ordine concettuale e sistematico, ciò che sin d’ora preme rilevare è la forza simbolico-evocativa dell’espresso riferimento alla trasparenza contenuto nel comma I. La trasparenza rappresenta, infatti, idealmente il crocevia tra il principio democratico ed il principio dell’imparzialità, laddove la medesima, stimolando il controllo popolare sull’attività dell’amministrazione, costituisce uno degli antidoti più efficaci contro le attività non imparziali. Si tratta di circostanze notorie intorno alle quali non è necessario andare al di là di cenni generici, ma che appare necessario rammentare al fine di cogliere il senso della capacità *iper-rappresentativa* del richiamo alla trasparenza di cui si diceva poc’anzi. La menzione della trasparenza nella parte dedicata ai principi generali può, infatti, leggersi come l’epifania del diretto ingresso nella legge generale sul procedimento amministrativo del principio dell’imparzialità amministrativa, di cui molti avevano lamentato il mancato richiamo nella vecchia legge n. 241/1990 (cfr. M. Cartabia) e del principio democratico di cui all’art. 1 della nostra Carta costituzionale. Di talché, per quanto nell’art. 1 della l. n. 241 mod. continui a mancare il richiamo formale ai principi che conformano lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione, la positivizzazione a livello generale del criterio della trasparenza, come diretto profilo applicativo dell’imparzialità e democraticità, aumenta il tasso di “costituzionalità”, nel senso sopra precisato, della nostra disciplina sul procedimento amministrativo ed invero, sotto questo profilo, la Costituzione formale.

Ben altro significato pare, invece, attribuibile ai codificati “*principi dell’ordinamento comunitario*”.

Preliminarmente, vale la pena precisare, al fine di comprendere il significato autentico di tale locuzione, e non frustrare le esigenze che hanno presieduto alla sua introduzione nel corpo dei criteri generali dell'attività amministrativa, che il riferimento ai principi comunitari non sembra potersi intendere come una generica imposizione del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Se così fosse, infatti, il loro richiamo sarebbe palesemente pleonastico ed ultroneo, vista l'espressa previsione di cui all'art. 117, comma 1, della Costituzione, in base alla quale non sarebbe, comunque, possibile un'eterogenesi dei fini dell'attività amministrativa nel rispetto del principio di legalità. Per ciò stesso l'unica via per attribuire alla disposizione in commento, anche per questa parte, autonoma valenza precettiva è quella di leggere nel richiamo ai "*principi dell'ordinamento comunitario*" l'espressa codificazione nel nostro ordinamento di quei principi tipici dell'azione amministrativa messi a punto nell'ordinamento comunitario dalla meritoria opera della Corte di Giustizia, quali sono quelli di ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell'affidamento, certezza del diritto, di non discriminazione, etc... (per una completa rassegna si veda M. Cartabia e A. Massera). Peraltro, anche l'effettività di tali principi, al pari di quella del criterio della trasparenza, sembra ancorata alla sua giustiziabilità ed alla sensibilità che il giudice amministrativo nazionale, fino ad oggi alquanto restio ad adoperare il principio di ragionevolezza e proporzionalità come figure sintomatiche dell'eccesso di potere, mostrerà nel sindacare la legittimità dell'attività amministrativa anche in base ai principi di ascendenza comunitaria, equiparando l'elusione dei medesimi alle tradizionali forme di violazioni di legge.

Sulla base dell'esegesi qui accolta del dato normativo, è, quindi, possibile indagarne il significato proprio nell'ottica "costituzionale" prescelta nel presente contributo. Tenuto conto che i principi comunitari rappresentano – secondo un movimento centripeto che va dai diritti nazionali al diritto comunitario – la sintesi o, per così dire, il distillato di principi propri dei diversi diritti nazionali selezionati secondo il criterio della *better law*, non vi è chi non veda come l'esplicito riferimento ai principi comunitari finisca per sancire – secondo un movimento centrifugo che va dal diritto comunitario al diritto nazionale – l'ingresso nel nostro ordinamento di un "*modello europeo*" dell'*agere* amministrativo per molti versi più avanzato del modello nazionale prefigurato nella Carta costituzionale.

Sotto questo angolo visuale, quindi, la novella, mediante il richiamo della *κοινή* comunitaria, pare superare la nostra Costituzione formale ed integrare la c.d. Costituzione materiale con i principi, anch'essi materialmente costituzionali, propri dell'ordinamento comunitario.

Impregiudicata, ovviamente, rimane la questione dell'effettiva e stringente necessità di un espresso richiamo ai principi comunitari, laddove si tenga conto dell'articolato ed efficace

strumentario elaborato dalla Corte di giustizia (ed in gran parte ormai accolto dalla nostra Corte costituzionale) per garantire la penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali.

Infine, ad apparire dotato di un elevato grado di “costituzionalità” è l’ultimo comma (1 *ter*) dell’articolo in commento, laddove impone il rispetto dei principi di cui al comma 1 anche ai “*soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrativa*”.

Tale norma, da un lato, sancisce l’accoglimento nel nostro ordinamento di una nozione *oggettiva* di attività amministrativa contraddistinta non tanto dal dato soggettivo-organico della natura pubblica dell’ente in cui si impersona quanto dal dato oggettivo-funzionale del perseguimento di fini pubblici, dall’altro, disvela il definitivo superamento dell’antica condizione di separatezza tra il diritto pubblico ed il diritto privato con l’espressa estensione delle norme di diritto pubblico a soggetti formalmente disciplinati da norme di diritto privato.

Se poi si passa ad indagarne il precipuo significato nella linea di ricerca qui eletta, l’imposizione dei principi generali dell’azione amministrativa ai privati investiti dell’esercizio di funzioni amministrative pare rinvenire il proprio presupposto logico-concettuale proprio nel principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, sancito – come noto – all’art. 118, u.c., della Costituzione e preposto alla ripartizione dell’attività amministrativa tra soggetti pubblici e ed iniziativa privata, individuale ed associata. Di tale principio formalmente costituzionale il comma 1-*ter* dell’art. 1 costituisce, dunque, autentica attuazione.

L’altra disposizione individuata come idonea a restituire, ad una prima lettura ed in queste poche battute, lo “spirito” della novella è, a parere di chi scrive, l’art. 10 *bis*.

Tale disposizione, nella parte in cui prevede, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, la comunicazione tempestiva agli istanti dei motivi che ostano all’accoglimento della domanda, codifica una nuova dimensione del principio del giusto procedimento, che diviene definitivamente principio *norma* dopo essere stato a lungo principio *dogmatico*.

Più precisamente, con la tempestiva comunicazione di cui parla l’art. 10 *bis* sembra essersi consumata una sorta di trasposizione nel procedimento amministrativo dell’informazione di garanzia tipica del procedimento penale, una codificazione del “*diritto di difesa*” nella procedura amministrativa e, per così dire, una giurisdizionalizzazione delle garanzie del procedimento amministrativo. In altri termini, l’art. 10 *bis* evoca con forza il parallelo tra principio del giusto procedimento e principio del giusto processo che fu pionieristicamente instaurato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 13 del 1962: sono le stesse espressioni linguistiche adoperate oggi nel primo alinea dell’art. 10 *bis* a richiamare alla mente il diritto dell’imputato ad

una tempestiva informazione dei processi a proprio carico, di cui al novellato art. 111 della Costituzione.

Ma tale parallelismo – ed è questo il dato particolarmente significativo quanto ai nostri limitati interessi – si muove su piani diversi, laddove, mentre il principio del giusto processo gode di espressa copertura costituzionale, il diritto di difesa nel procedimento amministrativo risulta ad oggi privo di un formale ancoraggio costituzionale, nonostante gli sforzi compiuti dalla migliore dottrina mediante gli strumenti dell'interpretazione adeguatrice e/o evolutiva del vigente testo costituzionale. Di talché sembra potersi sostenere che l'art. 10 *bis* per questa parte sopravanza la nostra Costituzione formale e si configura come spia disvelatrice della nuova Costituzione materiale.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

L. VON STEIN, *La scienza della pubblica amministrazione*, in *Biblioteca di Scienze politiche ed amministrative*, Brunialti, Vol. I, Torino 1897

G. MORBIDELLI, *Commento agli articoli 1, 2 e 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Prime note*, n. 11/1990, p. 20 e ss.

P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII; Torino, 1993, pp. 351 e ss.

M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991

A. MASSERA, *Principi generali*, in M. P. CHITI-G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 431 e ss.

3. Il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario nella nuova legge sull'azione amministrativa

di Francesca Spagnuolo

La legge 15/2005, nel modificare ed integrare la legge 241/90 sul procedimento amministrativo, ha apportato alcune innovazioni anche nella parte relativa ai principi dell'azione amministrativa. In particolare, l'articolo 1 della nuova legge introduce un esplicito richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, i quali, come noto, fungono da parametro di orientamento e di legittimità dell'attività dell'amministrazione comunitaria e di quella nazionale agente in funzione comunitaria. Tali principi, aventi in larga parte natura generale, non differiscono in linea di massima da quelli contenuti in molte leggi nazionali sul procedimento amministrativo, dalle quali la Corte di Giustizia ha tratto, anzi, ispirazione per elaborare i principi informatori dell'attività amministrativa (tra gli altri quelli del legittimo affidamento, del contraddittorio, del termine ragionevole). Alcuni dei principi dell'ordinamento comunitario sono, infatti, comuni alle tradizioni giuridiche di tutti gli Stati membri (e.g. la certezza del diritto), altri invece, pur essendo peculiari di uno specifico ordinamento nazionale sono di fatto penetrati nel diritto amministrativo di molti Paesi dell'Unione (e.g. il principio di proporzionalità preso a prestito dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa tedesca).

La circolazione dei principi comunitari sull'azione amministrativa è stata facilitata, peraltro, dall'evoluzione dell'assetto organizzativo dell'Unione europea e dal passaggio da forme di gestione ed esecuzione indiretta a nuovi modelli di amministrazione diretta e congiunta. Tali trasformazioni hanno avuto un effetto condizionante sulle amministrazioni nazionali, le quali non solo si sono progressivamente conformate ai moduli organizzativi comunitari, ma ne hanno anche recepito i principi generali, soprattutto in quei settori in cui l'UE e gli Stati membri condividono la titolarità di una funzione amministrativa e concorrono alla realizzazione di un obiettivo comune (e.g. nel settore della sicurezza alimentare, v. Regolamento 178/2002/CE).

Una tale convergenza tra il diritto amministrativo nazionale e quello comunitario è confermata dall'introduzione nel testo della Costituzione europea di una norma che sancisce espressamente il diritto dei cittadini europei ad una buona amministrazione (articolo II- 101), disponendo in merito alla sostanza delle decisioni dell'amministrazione (attraverso il richiamo ai principi di imparzialità ed equità); alle modalità di formazione delle stesse (prevedendo garanzie di partecipazione e di accesso), nonché in merito ai tempi di azione (termine ragionevole) e agli obblighi dell'amministrazione di motivare le proprie decisioni e di rispondere dei danni arrecati alle persone nello svolgimento delle proprie funzioni. Tale disposizione, che si impone a "istituzioni,

organi ed organismi dell'Unione"(art. II-101, comma 1), contiene in sé principi in larga parte conosciuti negli ordinamenti degli Stati membri, sebbene con essi non del tutto coincidenti. Si pensi, ad esempio, al principio di imparzialità che la Costituzione italiana configura innanzitutto come un valore essenziale cui deve uniformarsi l'organizzazione dei pubblici uffici (v. Corte Cost., sentenze n. 234/1985 e n. 333/1993), mentre nell'ordinamento comunitario sancisce piuttosto una pretesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Peraltro, anche quando i principi comunitari sull'azione amministrativa equivalgono nella sostanza a quelli propri dell'ordinamento nazionale, la loro applicazione ai procedimenti a rilevanza meramente interna può comunque risultare problematica. In relazione al silenzio assenso, per esempio, mentre la legge italiana sul procedimento attribuisce all'istituto in questione il valore legale di un atto amministrativo di accoglimento di un'istanza (art. 20), il diritto comunitario, invece, lo considera contrario alle esigenze di certezza giuridica (v. CGCE, causa C- 230/00, 14 giugno 2001, Commissione c. Belgio).

Parimenti, l'attuazione del principio di precauzione –il quale pur non essendo ancora espressamente codificato nel nostro ordinamento ha comunque trovato applicazione in materia ambientale (v. legge 36/01 sulla prevenzione dell'inquinamento elettromagnetico) e nei settori della bioetica e della tutela dei consumatori- solleva alcune delicate questioni. Il suddetto principio consente, in un stato di incertezza scientifica, l'impiego di misure di cautela volte a prevenire un possibile rischio per l'ambiente o la salute e può imporre un bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti come la salute e la libertà di iniziativa economica. La sua applicazione dovrebbe essere supportata, pertanto, dalla definizione di norme e criteri in grado di orientare le decisioni delle autorità competenti, evitandone un uso improprio e scongiurando il pericolo di una ingiusta compressione di diritti fondamentali. Il richiamo all'ordinamento comunitario, contenuto nell'articolo 1 della nuova legge, rendendo applicabili all'attività delle amministrazioni nazionali, anche nelle ipotesi in cui esse non agiscono in attuazione del diritto comunitario, principi come quello di precauzione e di conclusione espressa del procedimento potrebbe, quindi, in assenza di maggiori precisazioni, generare qualche difficoltà sul piano interno.

Peraltro, pur essendo innegabile che il rapporto di interconnessione esistente tra l'amministrazione sopranazionale e le amministrazioni nazionali consente la circolazione e l'applicazione dei principi dell'ordinamento comunitario anche in mancanza di un richiamo esplicito nel diritto interno, l'introduzione in una legge ordinaria a carattere generale di un preciso riferimento ai suddetti principi suscita alcune perplessità. E non soltanto perché, come sostiene Sorace, tali principi “appaiono più naturalmente trovar sede, da un lato, nei loro termini essenziali e astratti, nei testi costituzionali e, dall'altro, nella loro articolazione e specificazione necessarie per

l'adeguamento ai diversi settori e alle diverse epoche, negli interventi legislativi di settore e soprattutto nel fluire del diritto giurisprudenziale", ma anche per il fatto che a dispetto di una sostanziale identità di principi tra il nostro ordinamento e quello comunitario, l'ambito interno nel quale essi trovano applicazione risulta inevitabilmente diverso. Oltretutto, benché la Comunità si sia più volte sostituita, soprattutto in epoca più recente, al legislatore e all'amministrazione nazionale nel definire norme sull'organizzazione, il procedimento e l'attività amministrativa (come nel caso delle comunicazioni elettroniche, v. Direttiva 2002/21/CE del PE e del Consiglio), gli Stati membri conservano pur sempre una propria sfera di autonomia alla quale non sembra necessario dover rinunciare.

Una riflessione si impone, in special modo, con riferimento alla proporzionalità e al legittimo affidamento, i quali espressamente inseriti tra i principi generali dell'attività amministrativa dal disegno di legge n. 1281 (presentato al Senato il 21 aprile 2002, XIV legislatura) non compaiono nel testo da ultimo adottato. Tali principi, di derivazione comunitaria, hanno nell'ordinamento italiano portata parzialmente innovativa, soprattutto sotto il profilo della tutela dell'interesse privato (così Cerulli Irelli).

Nel diritto comunitario il principio di proporzionalità (ora espressamente riconosciuto dall'articolo I-11 della Cost. europea) agisce come limite all'azione della Comunità europea, la quale non "va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi definiti dal Trattato" (così l'art. 5, comma 3) e si traduce nel divieto per le istituzioni di limitare la libertà dei privati in misura superiore a quella strettamente necessaria alla realizzazione degli interessi pubblici loro affidati. Sul piano nazionale, l'applicazione del principio in questione ha comportato, più che altro, un sindacato sulla ragionevolezza delle misure adottate dalla pubblica amministrazione, le quali non devono risultare inadeguate né eccessive rispetto al fine desiderato. La proporzionalità è stata quindi utilizzata più come parametro di orientamento della correttezza dell'azione amministrativa che come strumento di tutela dell'interesse privato.

Ma è indubbiamente con riferimento al principio del legittimo affidamento che il richiamo all'ordinamento comunitario suscita maggiore interesse. Tale principio impone all'amministrazione di tenere nella dovuta considerazione il ragionevole affidamento ingenerato negli amministrati dai suoi atti, garantendo al cittadino la conservazione della posizione giuridica di vantaggio che gli è stata attribuita mediante provvedimento amministrativo. Il legittimo affidamento, diversamente dagli altri principi dell'ordinamento comunitario, attiene alla sfera "patologica" dell'azione amministrativa e pertanto assume rilievo nel momento in cui l'attività della pubblica amministrazione non risulta conforme alla legge. L'applicazione del principio in oggetto pone, in particolare, il problema se dare prevalenza alla legalità dell'azione amministrativa e quindi alla

revoca o all'annullamento di un atto illegittimo della P.A. o piuttosto all'interesse dei privati al mantenimento delle posizioni acquisite e quindi alla certezza del diritto. Con riferimento alla nuova legge sull'azione amministrativa, l'applicazione del legittimo affidamento può porre, quindi, un problema di conformità con il Capo IV bis ed in particolare con l'articolo 21-*quinquies*, il quale configura in maniera molto ampia l'istituto della revoca dei provvedimenti amministrativi, consentendone l'adozione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Di conseguenza, il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella novella della legge 241/90 appare, in primissima approssimazione, suscettibile di effetti controversi. Se da un lato, infatti, esso può facilitare l'esercizio di funzioni amministrative comuni, orientando l'azione delle amministrazioni nazionali, dall'altro può interferire con la conclusione di procedimenti aventi rilevanza puramente interna e in relazione ai quali il riferimento ai principi comunitari non necessariamente risulta vantaggioso (e.g. nel caso del silenzio assenso).

D'altra parte, il richiamo ai suddetti principi, se per un verso può tradursi in una limitazione dell'autonomia amministrativa nazionale, dall'altro può invece configurare un arricchimento delle garanzie di tutela dei privati, non soltanto nei confronti della pubblica amministrazione, ma anche dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (articolo 1-*ter*), i quali nello svolgimento delle funzioni pubbliche ad essi attribuite saranno evidentemente tenuti a conformarsi alle norme generali sull'azione amministrativa stabilite dalla legge 15/2005. In definitiva, la portata innovatrice della norma sembra poter essere pienamente apprezzata solo a seguito dell'intervento dell'interprete e del giudice, ai quali spetta in ultima analisi il compito di stabilire se e in che misura adeguare le modalità di esercizio dell'attività amministrativa nazionale agli standard comunitari.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

D. SORACE, *La «legificazione» delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 339.

V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n.241/90- I parte*, 1 e ss., in www.giustamm.it

4. Norme generali sull'azione amministrativa e attività amministrativa di diritto privato

di Giovanna Pizzanelli

Sull'antica questione dell'uso del diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni e, più in generale, del rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato, nel corso degli ultimi anni si sono susseguiti diversi disegni di legge, finalizzati a modificare la l. n. 241 del 1990, che hanno toccato il cuore della questione. Le diverse proposte hanno enunciato, seppur con qualche differenza nelle diverse formulazioni, il principio secondo cui l'agire delle pubbliche amministrazioni si basa sul diritto privato, stemperando così la tradizionale specialità del diritto amministrativo. Il tema, largamente dibattuto in dottrina poiché, da un lato, costituisce una minaccia per gli ordinamenti a diritto amministrativo e, dall'altro, trova riscontri favorevoli nel diritto positivo, vuole essere utilizzato come chiave di lettura per contribuire all'interpretazione degli intenti del Legislatore attraverso l'integrazione all'art. 1 della l. 241/1990 apportata dall'art. 1 della l. 15/2005.

L'analisi delle diverse proposte normative per l'inserimento della clausola in favore del diritto privato al regime giuridico applicabile all'attività amministrativa vuole essere guidata da un criterio cronologico, partendo, pertanto, dalla proposta inserita nella bozza per la revisione della Costituzione elaborata dalla Commissione bicamerale istituita con l. cost. n. 1 del 1997. L'art. 106, comma 2, prevedeva che *“le pubbliche amministrazioni, salvo casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato”*. Fin da subito può notarsi che il principio dell'ordinaria applicazione del diritto privato da parte delle amministrazioni non è formulato in modo del tutto convincente, poiché facendo *“salvi casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico”*, in realtà si ammettono infinite deroghe all'applicazione della norma, mentre è chiaro che le pubbliche amministrazioni possono agire autoritativamente solo nei casi e con le modalità previste dalla legge e, al di fuori di tali casi, sono autorizzate ad agire secondo moduli privatistici. Il progetto di riforma costituzionale fallito portava con sé una ulteriore contraddizione: l'art. 106, comma 1, afferma che le pubbliche amministrazioni *“operano nell'interesse dei cittadini, secondo il principio di imparzialità, ragionevolezza e trasparenza”*; dato che tali principi vanno riferiti all'intera attività amministrativa, autoritativa e non, ne deriva l'esclusione della possibile interpretazione in base alla quale la norma tenderebbe ad assimilare totalmente l'agire amministrativo con l'agire dei privati (SORACE, CIVITARESE MATTEUCCI).

Il ddl n. 6844, presentato nel 2000 su iniziativa dell'on. Cerulli Irelli (approvato alla Camera dei deputati il 25 ottobre 2000), prevede all'art. 2 che *“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”, ma specifica all’art. 3 che *“nell’esercizio dei poteri amministrativi, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante procedimenti amministrativi secondo la disciplina stabilita da leggi e regolamenti”*, facendo emergere da subito un evidente parametro di riferimento per l’interprete, ovvero, laddove vi sia incertezza sul diritto applicabile, prevale il diritto privato: è così capovolta l’antica affermazione di Cammeo, secondo il quale, *“in caso di incertezza, le pubbliche amministrazioni debbono applicare la normativa di diritto pubblico”*, con la conseguenza di chiari spostamenti in ordine alla tutela giurisdizionale. Ancora, mentre nel testo elaborato dalla Commissione bicamerale vi era un margine di indeterminatezza (attività autoritativa-attività consensuale), qui è precisato che sono i poteri amministrativi espressamente conferiti a stabilire il confine tra l’uso del diritto amministrativo e l’uso del diritto privato.

La seconda proposta di modifica alla l. 241 del 1990 (ddl d’iniziativa del senatore Rotelli, presentato al Senato il 13 febbraio 2001, n. 4988) è in parte chiarificatrice degli intenti del Legislatore. Oltre a prevedere che *“l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di imparzialità, di economicità, di efficacia, di proporzionalità e di pubblicità secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi del diritto comunitario”*, l’art. 2 prevede che *“salvo i poteri amministrativi previsti dalla legge, le pubbliche amministrazioni operano mediante atti e procedimenti non autoritativi disciplinati in modo da assicurare il buon andamento e l’imparzialità nel perseguimento dei pubblici interessi”*. In primo luogo il riferimento è non più ai poteri, ma agli atti e quindi agli strumenti dell’agire amministrativo; in secondo luogo, e qui si innesta l’ambiguità del testo, vi è un riferimento ad una disciplina di dettaglio che dovrebbe essere prevista per gli atti non autoritativi al fine di assicurare il buon andamento e l’imparzialità nel perseguimento dei pubblici interessi. Inoltre, scomparendo il chiaro riferimento al regime privatistico della pubblica amministrazione, la proposta in questione risulta meno interessante nell’analisi comparata dei vari ddl.

In seguito, viene presentato un ddl del governo (presentato al Senato il 21 marzo 2002, n. 1281) secondo cui *“l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità e pubblicità, e dai principi dell’ordinamento comunitario”* (art. 1) e *“per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti del diritto pubblico o privato. Le leggi e i regolamenti disciplinano, in entrambi i casi, i procedimenti per l’esercizio dei*

poteri amministrativi” (art. 1-bis). Il ddl, nel suo percorso parlamentare, arriva ad essere approvato al Senato il 10 aprile 2003 con ulteriori modifiche. In particolare, l’art. 1-bis prevede con più risolutezza che “*salvo che la legge disponga diversamente in modo espresso, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato*”. La prima versione, antecedente alla stesura approvata dal Senato, appare certamente più cauta nell’enunciare la disposizione sull’uso del diritto privato da parte della pubblica amministrazione, sebbene contenga principi di grande portata, ovvero la fungibilità tra diritto pubblico e diritto privato e la necessaria procedimentalizzazione dell’attività amministrativa. In sostanza, è fungibile lo strumento dell’agire, ma permane il potere sia in caso di utilizzo del diritto pubblico che privato, con la necessaria conformazione dell’attività amministrativa ai principi pubblicistici che ne indirizzano il corretto svolgimento. Nel testo approvato al Senato, invece, oltre a raggiungere il massimo grado di essenzialità per stile normativo, manca il riferimento ai poteri espressamente conferiti a clausola in favore dell’agire pubblicistico e alle ragioni di interesse pubblico come limite all’agire privatistico. Tuttavia ulteriori indizi di privatizzazione “di facciata” si ricavano dalla lettura del comma 1 dell’articolo 1, riferito indifferentemente sia all’attività di diritto pubblico che all’attività di diritto privato, nonché dal mancato riferimento ai poteri amministrativi imperativi come riferimento all’ambito della procedimentalizzazione.

La versione definitiva dell’art. 1 della l. 15/2005, rispetto al testo approvato al Senato, subisce apparentemente labili variazioni. In particolare, l’art. 1, dedicato ai principi generali dell’attività amministrativa, prevede che “*l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario*”, e l’art. 1-bis aggiunge che “*la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”. A ben vedere, dalla lettura combinata del comma 1 e comma 1-bis, sembra emergere un richiamo al progetto governativo del 2002 (o se si preferisce alla formulazione della l. 241), sia laddove prevedeva un’attività amministrativa necessariamente procedimentalizzata, che nella sequenza dei principi-criteri (seppur con l’ingresso del criterio della trasparenza) e nel riferimento ai principi dell’ordinamento comunitario, che nel testo come approvato dal Senato nel 2003 venivano solo parzialmente indicati. Inoltre, è rinvenibile un criterio rilevatore dell’incertezza del Legislatore o se vogliamo della sua timidezza politica: il riferimento è al limite dell’utilizzo del modulo privatistico all’*“adozione di atti di natura non autoritativa”*. Vero è che esiste un’area di azione giuridica dell’amministrazione che sul piano tecnico non necessita di strumenti di diritto pubblico, poiché anche attraverso gli strumenti di diritto

comune gli effetti cui l'azione è intesa potrebbero prodursi, ma è altrettanto vero che l'intera attività amministrativa è tenuta al rispetto di precisi principi-criteri, per cui ne deriva che “rispetto al diritto pubblico-regola, il diritto privato si presenta in posizione strumentale” (AMORTH) e che l'azione amministrativa di diritto comune viene ad essere retta da una disciplina che solo in parte è ascrivibile al diritto privato. Peraltro, se a quanto detto uniamo l'applicazione dei principi-criteri ai “soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative”, così come previsto dal comma 1-ter del testo definitivamente approvato, il principio dell'applicazione del diritto privato all'attività non autoritativa della pubblica amministrazione risulta fortemente temperato. Nello specifico, il comma 1-ter deve intendersi riferito a persone fisiche o ai *munera*, che svolgono un'attività amministrativa in base alla legge od a rapporti di natura convenzionale, cui si applicano i principi dell'agire amministrativo e sono sottoposti al sindacato del giudice amministrativo per la parte coperta dal *munus*, mentre la restante attività è considerata posta in essere nell'ambito della loro autonomia privata. Inoltre, se nella prima versione, ddl. n. 6844 d'iniziativa dell'on. Cerulli Irelli, tra attività di diritto privato e attività di diritto pubblico si affermava la relazione regola-eccezione, e nel progetto Rotelli era nei soli casi di poteri espressamente conferiti che intervenivano i moduli pubblicistici, qui al contrario è specificato l'ambito di applicazione del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente (comunque sia, sarebbe necessario verificare in concreto quali norme daranno all'amministrazione poteri di diritto pubblico o privato).

Ma quali conseguenze potrebbe comportare la disposizione introdotta con l'art. 1-bis, in particolare per quanto attiene il regime degli atti? Ad esempio, la concessione, che è uno strumento nato dal contratto e adottato per consentire all'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico di soddisfare l'esigenza di rescindere il rapporto, diventerebbe un contratto? In tal caso, manterrebbe comunque caratteristiche non rinvenibili nei contratti inter-privati ed allora, l'intento della legge potrebbe essere quello di voler sottrarre al sindacato del giudice amministrativo –salvo i casi di giurisdizione esclusiva- il maggior numero di atti dell'amministrazione: ma la storia ci insegna, che in tal caso la questione diverrebbe una questione di mero diritto positivo.

Più in generale, sappiamo che atti di origine privatistica sono stati trasformati in atti di diritto pubblico al fine di creare un modello di amministrazione fondato sui principi di imparzialità e buon andamento, sempre controllabile, ed in cui la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei terzi ha costituito il vero discrimine tra il regime di diritto amministrativo e il regime di diritto comune. La questione di fondo, dunque, è che l'ordinamento deve assicurare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa, che si contraddistingue proprio per il suo carattere funzionale, ma se il paradigma funzionale non giustifica un'applicazione dei principi e delle regole generali del diritto amministrativo, anche in conseguenza dell'inadeguatezza delle classiche categorie

amministrativistiche a comprendere e qualificare adeguatamente i fenomeni emergenti dal tessuto economico e sociale, bisognerà vedere quanto le tecniche di funzionalizzazione si diversificheranno a seconda che l'attività si svolga secondo sequenze tipicamente pubblicistiche o che si svolga secondo moduli privatistici-convenzionali.

Ed ancora, supponendo che tra i benevoli intenti del Legislatore ci sia a monte l'idea che una disposizione tale possa rappresentare un passaggio decisivo per creare rapporti paritari per natura tra amministrazione e cittadini secondo uno strumentario giuridico comune, in realtà l'impressione è che tale configurazione normativa non possa avere la forza di ridurre il potere amministrativo a entità di diritto comune, dato che anche nell'amministrazione consensuale permane comunque un'asimmetria di fondo tra potere amministrativo e poteri privati. In proposito, occorre segnalare l'evidente contrasto tra l'art. 1 e l'art. 7 della legge 15/2005. Infatti, l'art. 7, prevedendo che *“a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione concluda accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”*, conferma che anche qualora l'amministrazione agisca in modo paritario, mediante la stipulazione di accordi con privati, il momento unilaterale ed autoritativo rappresenta presupposto indefettibile (VIRGA). Il tentativo di rendere il diritto amministrativo paritario, e l'amministrazione meno privilegiata nel suo rapporto con i cittadini, non necessariamente può riuscire attraverso la sostituzione di strumenti di diritto pubblico con quelli di diritto privato, con particolare riguardo al versante della tutela, ed invero è tradizionalmente nella fase di esecuzione degli atti, a prescindere dalla natura pubblica o privata, che la pubblica amministrazione manifesta posizioni autoreferenziali. Piuttosto, la forma migliore per contenere l'autorità, anche nella sua accezione negativa di autoreferenzialità, è il potenziamento dell'accesso, del contraddittorio e della partecipazione al procedimento, per quanto sia corretto ammettere l'incapacità del diritto amministrativo classico di dare risposte alle attuali questioni attinenti le relazioni pubblico-privato.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

A. AMORTH, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2002*, Milano, 2003

V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, pp. 553 ss.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 405 ss.

D. SORACE, *La "legificazione" delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amm.re*, 2002, pp. 321 ss.

G. VIRGA, *Le modificazioni ed integrazioni alla l. n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it

5. Azione amministrativa ed innovazioni tecnologiche

di Ioletta Pannocchia

L'inserimento dell'art. 3-*bis* dalla rubrica "Uso della telematica" nel nuovo testo della legge n. 241 del 1990, rientra nel solco della tradizionale apertura della legge n. 241 all'evoluzione tecnologica.

La legge n. 241, infatti, è stata a suo tempo legge all'avanguardia, laddove all'art. 22, nel definire la nozione di "documento amministrativo", esplicitamente indicava tra le varie tipologie, anche ipotesi di documenti informatici definiti dal legislatore come "rappresentazioni elettromagnetiche" (espressione rimasta inalterata nel testo modificato). Tale articolo è universalmente considerato una delle prime pietre poste per la definizione e disciplina legislativa del documento informatico.

Oggi, a distanza di quindici anni dalla prima redazione del testo, è doveroso tener conto, nella lettura della novella legislativa, di due fattori: da una parte, si è avuta in questo lasso di tempo una forte evoluzione dal punto di vista tecnologico, in particolare, la nascita e diffusione di Internet ha aperto nuove frontiere anche per la Pubblica Amministrazione, organismo che, più di ogni altro, è pervaso da un forte spirito conservativo *scilicet* restio all'innovazione, dall'altra, a partire dalla forte spinta data dalla Comunità Europea, fino ad arrivare alle azioni poste in essere dal Governo italiano sono state avviate, dal duemila in poi, considerevoli politiche per la realizzazione del "governo elettronico" o, detto altrimenti, *e-Government*.

Come si legge nella Comunicazione della Commissione Europea, *Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*, le politiche cosiddette per *l'e-Government*, consistono in azioni atte a disciplinare ed incentivare l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle Pubbliche Amministrazioni, coniugate a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche.

Conseguentemente alle azioni intraprese, ormai la maggior parte delle amministrazioni pubbliche, centrali ma anche locali, sono dotate di risorse tecnologiche a supporto dello svolgimento dell'attività amministrativa nonché sono presenti sul *web* con siti istituzionali. La diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e telematici per l'espletamento di sempre maggiori operazioni, va ad incidere non poco sulla configurazione, gestione, andamento dei procedimenti amministrativi. Per questi motivi, il tempo era ormai maturo perché anche nella "legge delle leggi" sul procedimento amministrativo, fosse posta apertamente l'attenzione alle nuove tecnologie.

Fino ad oggi abbiamo assistito ad una normazione su temi specifici, caotica, frammentaria, fatta da atti disparati, settoriali, molti dei quali di natura tecnica.

La necessità di un ripensamento normativo della materia è stata espressamente formulata dalla legge di semplificazione per il 2001 - Legge 29 luglio 2003, n. 229 - che all'art. 10, ha delegato il Governo all'emanazione di uno o più decreti legislativi "per il coordinamento e il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di società dell'informazione". In attuazione della delega, il Consiglio dei Ministri, nella riunione dell'11 novembre 2004, ha approvato in via preliminare lo schema del decreto legislativo recante "Codice dell'amministrazione digitale", definito entusiasticamente dal Ministro Stanca, suo promotore: "*Magna Charta dell'amministrazione digitale*".

Il "Codice" riconsidera le disposizioni legislative preesistenti, le riorganizza in modo consapevole, ponendo attenzione agli aspetti tecnici, dando una disciplina organica e sistematica ad una materia fino ad oggi priva di un'identità propria.

Secondo alcuni primi commentatori (C. GIURDANELLA e E. GUARNACCIA), "ci troviamo di fronte alla nascita di una legislazione specifica in materia di diritto amministrativo e nuove tecnologie, di una serie di norme "cardine", programmatiche e di principio, che costituiscono - e costituiranno - le fondamenta di ogni modifica o innovazione. In altri termini, ecco i principi generali per un diritto amministrativo dell'informatica".

Il "Codice" delinea alcune novità che vale la pena brevemente richiamare: all'art. 3, definisce un nuovo diritto soggettivo, il *diritto all'uso delle tecnologie*, l'art. 4 rubricato "Partecipazione al procedimento amministrativo informatico", costituisce la possibilità da parte dell'utente, di esercitare, mediante l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, la partecipazione al procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi, successivamente, un intero capo - il Capo III - è dedicato al "Sistema informatizzato di gestione dei documenti e dei procedimenti delle pubbliche amministrazioni". Le norme del "Codice" vanno a configurare il "procedimento amministrativo digitale".

E' quindi inevitabile leggere l'art. 3-*bis* della legge n. 241 in parallelo con il dettato della fonte regolamentare, sebbene il testo non sia ancora definitivo, ma in corso di esame da parte delle Commissioni I Affari costituzionali e V Bilancio della Camera. E' possibile che nell'elaborazione definitiva del testo del Decreto si terrà conto dell'approvazione delle modifiche alla legge n. 241, come suggerisce anche il Consiglio di Stato nel recentissimo parere del 7 febbraio 2005, n. 11995 sullo schema del Decreto Legislativo.

Tra il dettato dell'art. 3-*bis* e quello del "Codice" vi è piena assonanza d'intenti nel descrivere gli obiettivi della "digitalizzazione".

La legge n. 241, con l'art. 3-*bis*, intende incentivare l'uso della telematica "per conseguire maggiore efficienza nell'attività amministrativa", il "Codice", in armonia con questa, tuttavia in modo più esplicito, stabilisce, all'art. 10, che "Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza e semplificazione". Si trovano qui richiamati i principi o criteri generali dell'attività amministrativa di cui all'art. 1 della legge n. 241, e in aggiunta a questi, i criteri di imparzialità e semplificazione.

L'efficienza, come precisato all'art. 3-*bis*, può essere considerata in tre direzioni: I) efficienza operativa interna dell'amministrazione digitalizzata "precedente", II) efficienza negli scambi informativi *intra* e *inter* ente, attraverso la costruzione di una rete d'amministrazioni e la costruzione di procedimenti "a stella" - secondo una felice espressione di G. DUNI - come diretta conseguenza dell'accesso simultaneo ad un medesimo fascicolo virtuale da parte delle amministrazioni coinvolte in un procedimento, III) efficienza *last but not least* nei confronti del cittadino che attraverso l'informatizzazione dell'erogazione dei servizi ne guadagna, in termini di trasparenza e celerità nella presentazione delle istanze nonché nell'ottenimento delle risposte attese dall'amministrazione.

Sarebbe auspicabile da diversi punti di vista un coordinamento tra le due norme, innanzi tutto a livello terminologico: la legge n. 241, come integrata, infatti, usa il termine "telematica", mentre, l'evoluzione delle tecnologie avvenuta negli ultimi anni ha portato sempre più ad abbandonare questo termine in quanto restrittivo, preferendo l'espressione omnicomprensiva "Tecnologie della comunicazione e dell'informazione" indicate con l'acronimo TIC oppure più frequentemente in Inglese, ICT (*Information and Communication Technologies*), per indicare il complesso delle tecnologie che possono essere usate anche dalla Pubblica Amministrazione. Lo schema del "Codice" recepisce quest'ultima locuzione.

L'uso di un termine rispetto all'altro non è tuttavia sostanziale, rispecchia il concetto già consolidato da anni di tendenza della Società della Comunicazione verso tecnologie convergenti, che integrano contenuti, tecnologie informatiche (software) e tecnologie della comunicazione. Tradotto in termini di Pubblica Amministrazione ciò si declina in razionalizzazione delle informazioni da questa possedute, incremento della loro circolazione, diffusione dei processi informatici interoperabili di gestione internamente alla PA, uso di *media* diversi ed erogazione di veri e propri servizi in modalità interamente digitale evitando all'utente di rivolgersi "fisicamente" all'amministrazione.

Si rileva, inoltre, la necessità di un coordinamento sul piano contenutistico.

Il cenno fatto all'uso della telematica nella legge n. 241, con l'art. 3-*bis*, si rivela di tono essenzialmente esortativo, promozionale, riveste il carattere di norma di principio.

Il legislatore dell'art. 3-*bis*, infatti, si limita ad affermare che “Le amministrazioni pubbliche *incentivano* l'uso della telematica”, mentre il Codice per l'amministrazione digitale risulta di tono ben più deciso e perentorio laddove, all'articolo 37, dichiara che: “Le pubbliche amministrazioni *gestiscono i procedimenti amministrativi* utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione” (art. 37, comma 1).

L'approvazione della dirompente normativa regolamentare, invasiva nei confronti della materia disciplinata dalla legge 241, configura un preciso profilo problematico: il rapporto tra la disciplina della digitalizzazione dell'amministrazione e quella sul procedimento amministrativo.

A questo proposito, il Consiglio di Stato ha rilevato più volte la necessità di una “perimetrazione” del “Codice”, non solo rispetto alla legge n. 241, che rimane comunque fonte indiscussa per la disciplina degli aspetti riguardanti il procedimento amministrativo, ma anche rispetto al dettato del Testo unico sulla documentazione amministrativa (D.P.R. n. 445/00), proponendo una riconsiderazione sulla natura strumentale della “digitalizzazione” rispetto al servizio reso dalle amministrazioni pubbliche o ai provvedimenti da queste adottati (Pareri: A. G. n. 2/2004, n. 11602/2004 e n. 11995/2005).

Pare che non sia ancora ben chiara la collocazione della digitalizzazione, da una parte questa appare favorevolmente promossa come panacea agli annosi mali dell'amministrazione pubblica, soprattutto dagli organi a questo scopo appositamente predisposti, (MIT, Cnipa), dall'altra, in sede “amministrativa”, e l'introduzione del tiepido dettato dell'art. 3-*bis* nella legge n. 241 non fa che confermarlo, sembra che il processo di innovazione voglia essere, sì promosso, ma pacatamente decantato e ricollocato nel suo ruolo, di strumento servente le esigenze e gli scopi della “funzione amministrativa”.

Il Consiglio di Stato, sebbene abbia emesso parere favorevole sullo schema del Decreto legislativo, ne mette più volte in luce i limiti, rendendosi portavoce delle apprensioni che sono comuni a gran parte del mondo giuridico, osservando che: “Nel codice non si prevede quale delle fasi del procedimento amministrativo (in genere e non solo statale), dalla fase di iniziativa o comunicazione di avvio del procedimento, alla fase della istruttoria (produzione o comunicazione di atti o di avvenuta recezione di atti), alla fase determinativa (si pensi a procedure automatizzate, che limitano la discrezionalità quasi ad azzerarla, nelle quali la volontà è quasi del computer o del programma), alla fase di integrazione della efficacia (si pensi alla comunicazione, recettività o pubblicità rese con il mezzo informatico), possa avvenire con modalità informatiche e telematiche. Nulla stabilendosi in relazione alle varie fasi del procedimento amministrativo, non si percepisce il

vantaggio che dall'informatizzazione del procedimento può derivare al cittadino e utente di pubblici servizi" (Parere n. 11995/2005).

Sembra quasi che le due diverse normative, disciplinando a loro modo uno stesso tema, rispecchino, nel rispettivo approccio, le reciproche incomprensioni tra due universi distinti (quello dei "tecnici" e quello degli "amministrativi" o meglio "amministrativisti"), che guardano ad uno stesso fenomeno da due punti di vista, che stanno movendo i primi passi verso una convergente conciliazione.

Possiamo, infatti, provare ad indovinare che la replica al dubbio sollevato dal Consiglio di Stato da parte dei redattori del "Codice", accesi patrocinatori della digitalizzazione, sarebbe immediata e forse è sottintesa a tutto il testo dell'atto: "Tutte le fasi del procedimento possono avvenire con modalità informatiche".

Ciò non toglie che questo apra infiniti dubbi, incertezze, perplessità, cautele, necessità di puntualizzazioni, da parte degli addetti ai lavori, nodi che dovranno essere sciolti in sede interpretativa o di riesame dello schema del codice, dato che il nuovo testo della legge n. 241 è ormai approvato e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale, mentre quello del Decreto Legislativo è ancora all'esame della Camera.

Sebbene, come possiamo notare dalla lettura delle norme in esame, a livello normativo vi sia sicuramente ancora bisogno di maggiore chiarezza, quello che è certo è che il perseguimento dell'obiettivo di digitalizzazione del procedimento amministrativo, ormai è un processo avviato e irreversibile, da cui le amministrazioni italiane non possono prescindere se vogliono rimanere al passo con i tempi, con tutte le conseguenze che ne deriveranno sul piano dell'esercizio e tutela dei diritti ad esso collegati, nonché degli oneri a carico dell'amministrazione che accetta di partecipare al processo di innovazione.

L'utilizzo degli strumenti dell'informazione e comunicazione chiede pressantemente all'amministrazione uno sforzo di riorganizzazione strutturale e gestionale.

Il processo di innovazione, infatti, si sposa con un'organizzazione snella delle strutture, con l'individuazione di punti nevralgici con il compito di coordinare i processi di scambio tra le unità operative coinvolte nei procedimenti amministrativi. Non a caso l'art. 9 dello schema del "Codice" prevede la piena informatizzazione dello Sportello Unico per le attività produttive, strumento principe per la semplificazione del *front office* amministrativo.

Dal punto di vista gestionale le amministrazioni sono chiamate a razionalizzare, semplificare, riorganizzare i procedimenti amministrativi esistenti, le attività istruttorie, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei

cittadini e delle imprese, assicurando che l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione avvenga in conformità alle regole ed agli standard disciplinati dalle regole tecniche.

Si richiede, ancora una volta, all'amministrazione e di conseguenza, nel rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, al legislatore, la "reingegnerizzazione" dei procedimenti, in modo da giungere all'eliminazione o quantomeno alla sensibile riduzione di: ripetizioni, contraddittorietà, duplicazioni nelle verifiche e controlli, nelle richieste di documentazione, come dire che il cammino della semplificazione amministrativa intrapreso dalla prima legge Bassanini in poi ha ancora molta strada per essere attuato.

L'utilizzo di strumenti informatici, che, per loro natura poggiano su regole logiche, matematiche, su definizioni univoche dei processi, su formalizzazioni di regole procedurali, di previsione, di riduzione e di gestione delle eccezioni, e la loro applicazione alla gestione dei procedimenti amministrativi, evidenzia gli scricchiolii della caoticità con cui spesso sono gestiti nella realtà i procedimenti, soprattutto quelli che coinvolgono l'azione di diverse amministrazioni.

La dotazione delle amministrazioni di risorse tecnologiche tese alla completa digitalizzazione degli apparati, è destinato a produrre un notevole impatto soprattutto nei rapporti tra l'amministrazione e gli utenti; non va dimenticato che la ragion d'essere di tutte le azioni di *e-Government* è da ricercarsi nel perseguimento della migliore soddisfazione delle esigenze degli utenti nella fruizione dei "servizi" erogati dalla Pubblica Amministrazione.

Le politiche ed azioni per l'innovazione della Pubblica Amministrazione, tra cui oggi è possibile citare, come frammento, l'introduzione dell'art. 3-bis nel testo novellato della legge sul procedimento amministrativo, sono da leggersi come un propulsore per rendere concretamente l'Amministrazione, oltre gli intenti, di servizio, partecipata e trasparente, anche se, sono del tutto giustificate le apprensioni di chi teme una trasformazione dello strumento "innovazione" in fine.

L'efficacia degli interventi normativi potrà essere valutata concretamente in sede di attuazione, sul campo, attraverso la misurazione del grado di soddisfazione dell'utente finale e della qualità dei servizi resi in modalità digitale, nonché, nei procedimenti ad istanza di parte, nella constatazione o meno dell'effettiva riduzione dei tempi necessari per richiedere e ottenere un atto amministrativo. A tal fine l'art. 7 del "Codice", prevede espressamente che, entro il 31 maggio di ogni anno, le Pubbliche Amministrazioni centrali trasmettano al Ministro per la funzione pubblica ed al Ministro per l'innovazione e le tecnologie una apposita relazione.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

COMITATO DEI MINISTRI PER LA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE, *Linee guida del Governo per lo sviluppo della Società dell'Informazione nella legislatura*, Roma, giugno 2002, www.mininnovazione.it

COMMISSIONE EUROPEA, *L'Europa e la società dell'informazione globale*, Bruxelles, 1994 (cd. rapporto Bangemann).

COMMISSIONE EUROPEA, *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa. Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione*, (COM (1998) 585).

COMMISSIONE EUROPEA, Direzione generale Stampa e comunicazione, “*Verso un'Europa basata sulla conoscenza. L'Unione europea e la società dell'informazione*”, Ottobre 2002

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*, 26/9/2003, COM (2003) 567 def.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni. “*Europe 2005: una società dell'informazione per tutti. Piano d'azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia.*” 21 e 22 Giugno 2002

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European economic and social committee and the committee of the Regions “*Challenges for the European Information Society beyond 2005*” Brussels, 19.11.2004 COM(2004) 757def.

CONFERENZA DEI PRESIDENTI DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, seconda riunione del Comitato strategico della Commissione permanente per l'innovazione e le tecnologie, “*Per una visione condivisa dell'innovazione nello stato federale*”

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA - COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Una società dell'informazione per tutti, E-europe 2002*, Piano d'azione preparato dal Consiglio e dalla Commissione europea per il Consiglio europeo di Feira, 19-20 giugno 2000

Piano d'azione per la società dell'informazione, 16 giugno 2000,
http://www.innovazione.gov.it/ita/soc_info/politiche_governo/palchigi_rapp_neweconomy_sint.shtml

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI DIPARTIMENTO PER L'INNOVAZIONE E LE TECNOLOGIE, *Selezione di progetti proposti dalle Regioni e dagli Enti locali per l'attuazione dell'e-government*, 03/04/2002;

R. M. DI GIORGI, *Informatica e Pubblica amministrazione: le politiche per l'innovazione e i progetti*, in *Lineamenti di informatica giuridica. Teoria, metodi, applicazioni.*, a cura di R. NANNUCCI, Napoli, 2002

R. M. DI GIORGI, *Reti di relazioni nella Pubblica Amministrazione. Considerazioni in tema di e-government e accesso alla documentazione di fonte pubblica*, in *Informatica e diritto*, n. 2, 2002

G. DUNI G., Voce *Teleamministrazione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, vol XXX, 1989

C. GIURDANELLA E E. GUARNACCIA, "*I diritti all'uso delle tecnologie*" in *Giurdanella.it*, www.giurdanella.it;

A. NATALINI, *Sistemi informativi e procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1999, pp. 449-471;

OCDE E-GOVERNMENT STUDIES, *The e-Government imperative*, Parigi, marzo 2003;

G. VESPERINI G., *L'e-government*, (Atti del convegno, Viterbo, 4 dicembre 2003), Giuffrè, 2004.

6. La conferenza di servizi

di Giuseppe Bonadio

La conferenza di servizi si configura nella legge 241 del 1990 quale istituto di raccordo e semplificazione procedimentale. Il modello, infatti, costituisce una particolare forma di coordinamento e collaborazione tra pubbliche amministrazioni per i casi in cui sia opportuno effettuare un bilanciamento contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti in una determinata operazione amministrativa (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1002 del 2000). Più specificatamente, ai fini della definizione del procedimento amministrativo, la conferenza di servizi, fungendo da strumento per realizzare la simultanea manifestazione di volontà delle diverse amministrazioni che vi partecipano (VIRGA), tende a un accordo tra le medesime che sostituisca gli atti determinativi e condizionanti il contenuto della decisione finale (CASSETTA).

Le recentissime modifiche apportate alla legge generale sul procedimento amministrativo nella materia *de qua* vanno nella direzione di risolvere i problemi interpretativi sorti a seguito dell'entrata in vigore della legge 340/2000, che aveva ridisciplinato il modello nel senso di una più compiuta regolamentazione dei tempi di svolgimento e delle modalità di conclusione della conferenza stessa.

Le nuove disposizioni confermano altresì il sempre più progressivo mutamento della natura giuridica dell'istituto, da sede istruttoria a sede decisoria, in cui la funzione dell'accordo non è quella di sostituire le manifestazioni di interesse con cui le amministrazioni rappresentano il proprio punto di vista, bensì gli atti di assenso comunque determinati.

Di seguito le principali novità introdotte.

In materia di obbligatoria convocazione della conferenza in caso di mancato ottenimento dell'atto di consenso di altre amministrazioni pubbliche, il novellato art. 14 comma 2 individua un termine e una decorrenza dello stesso differenti rispetto alla formulazione precedente. Infatti, nel caso in cui l'amministrazione precedente lo richieda e non ottenga l'assenso da parte dell'amministrazione deputata alla cura di altro interesse pubblico coinvolto nel procedimento, decorsi trenta giorni dalla ricezione da parte di quest'ultima della relativa richiesta (in precedenza i giorni erano quindici e iniziavano a decorrere dall'avvio del procedimento principale), è prevista l'indizione della conferenza di servizi. In tal modo, la disposizione intende probabilmente deflazionare l'automatico ricorso all'istituto della conferenza, offrendo un termine più congruo all'amministrazione incaricata di rilasciare l'assenso (trenta giorni invece che quindici), e individuando la decorrenza del termine dal momento della ricezione della richiesta da parte

dell'amministrazione precedente e non da quello di inizio del procedimento. Al decorrere del medesimo termine è poi prevista la possibilità di indire la conferenza nel caso una o più amministrazioni interpellate abbiano manifestato il loro dissenso. Tale norma risulta in linea con la disciplina generale della conferenza, la cui funzione è appunto quella di conciliare più interessi pubblici e, quando necessario, di superare autoritativamente i dissensi manifestati. La previsione, peraltro, risolve in senso positivo i dubbi interpretativi sorti in precedenza circa l'obbligatorietà della conferenza nel caso in cui la risposta da parte dell'amministrazione interpellata si concretizzi in un diniego.

In materia di affidamento di lavori pubblici (art. 14.5), la nuova formulazione offre la possibilità al concessionario, oltre che naturalmente al concedente, di convocare, con il consenso di quest'ultimo, la conferenza, riservando in ogni caso al soggetto affidante il diritto di voto. In tal modo il legislatore assegna direttamente al soggetto affidatario dei lavori un ruolo di impulso procedimentale, offrendo allo stesso la possibilità di valutare l'opportunità di ricorrere all'istituto a tutto vantaggio della semplificazione procedimentale. E' da segnalare altresì la disciplina della conferenza di servizi in materia di finanza di progetto (art. 14-*quinquies*), prevedendosi, come strumento di partecipazione procedimentale, la convocazione alla conferenza dei soggetti aggiudicatari della concessione, benché privi del diritto di voto.

Un ulteriore passo verso lo snellimento procedimentale potrà essere - se supportato da idonee misure organizzative - il ricorso, previo accordo tra le amministrazioni coinvolte, alla conferenza di servizi elettronica (*rectius*, l'utilizzazione da parte delle amministrazioni di "strumenti informatici"), ossia la possibilità che le differenti pubbliche amministrazioni coinvolte in un procedimento amministrativo si incontrino, si riuniscano e decidano in rete telematica, in tal modo riducendo tempi e costi della decisione amministrativa (art. 14.5-*bis*).

In materia di conferenza di servizi preliminare alla presentazione di un'istanza o di un progetto definitivo sottoposto ad approvazione (art. 14-*bis*), la novità è rappresentata dalla possibilità per i soggetti interessati di chiedere la convocazione, oltre che per i già previsti "progetti di particolare complessità", altresì per gli "insediamenti produttivi di beni e servizi, su motivata richiesta dell'interessato, documentata, in assenza di un progetto preliminare, da uno studio di fattibilità". Da tale norma è possibile evincere un *favor* del legislatore per l'attività di impresa (insediamenti di produzione di beni e servizi), che "generalizza" la facoltà di presentare alla pubblica amministrazione un progetto, preliminare o definitivo, quando quest'ultimo ha ad oggetto lo svolgimento di attività economiche che presuppongano insediamenti produttivi di beni e servizi. Al soggetto interessato agli insediamenti produttivi sarà dunque consentita la preliminare

individuazione delle condizioni e dei presupposti necessari per il rilascio dei successivi atti di assenso da parte delle amministrazioni.

Sempre in materia di conferenza di conferenza preliminare, il comma 3-*bis* dell'art. 14-*bis* amplia lo spettro degli interessi "sensibili" alla "pubblica incolumità" e sancisce il principio secondo cui anche il dissenso espresso in sede di conferenza preliminare da parte dell'amministrazione portatrice dell'interesse sensibile, con riferimento a opere interregionali, segue la medesima procedura prevista ai sensi dei nuovi commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* dell'art. 14-*quater* in riferimento agli interventi sostitutivi nel caso di dissenso qualificato espresso in sede di conferenza decisoria.

Quanto al procedimento - *rectius*, secondo la nuova formulazione, "lavori" - della conferenza (art. 14-*ter*), è da segnalare il ricorso alla calendarizzazione della stessa, che deve avere luogo "entro quindici giorni ovvero, in casi di particolare complessità dell'istruttoria, entro trenta giorni dalla data di indizione". L'intento del legislatore in tal caso è quello di individuare in capo all'amministrazione procedente l'obbligo di rispettare un termine per lo svolgimento della prima riunione, una volta indetta la conferenza. La certezza del termine in ordine alla convocazione della prima riunione sembra offrire maggiore speditezza allo svolgimento del procedimento .

Nel comma tre del medesimo articolo è ridotto da dieci a cinque giorni il termine per la convocazione delle amministrazioni interessate per lo svolgimento della prima riunione.

Sempre dal punto di vista delle semplificazioni procedurali, i commi 5 e 6 dell'art. 14-*ter* specificano e coordinano con maggiore precisione il procedimento di valutazione d'impatto ambientale con i tempi di svolgimento della conferenza.

Novità di rilievo sono da segnalare per ciò che concerne la fase terminale della conferenza.

Quanto ai tempi di svolgimento della conferenza e agli effetti della decisione presa in seno ad essa, il combinato disposto dei commi 4, 7-*bis* e 10 del nuovo art. 14-*ter*, conferma il termine di novanta giorni per l'adozione da parte dell'amministrazione procedente della determinazione conclusiva e prevede altresì che l'amministrazione procedente, una volta conclusi i lavori della conferenza, e in ogni caso trascorsi inutilmente i termini per l'adozione della decisione finale, adotti una determinazione motivata di conclusione del procedimento alla luce "delle specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede" . Nella precedente formulazione, l'amministrazione procedente, nell'assumere la decisione finale del procedimento, provvedeva ai sensi della disciplina del dissenso prevista dall'art. 14-*quater*, comma 2, che risulta abrogato.

Quanto agli effetti del provvedimento finale adottato in conformità della procedura descritta, esso sostituisce gli atti di consenso di competenza delle amministrazioni partecipanti, e altresì delle

amministrazioni invitate alla conferenza e poi risultate assenti. Rispetto a queste ultime, dunque, la nuova disciplina provvede, a differenza del regime precedente, a individuare e specificare la posizione delle amministrazioni ritualmente convocate e non risultate presenti alla conferenza.

Riguardo alla disciplina del dissenso, se la legge 340 del 2000 aveva provveduto a regolare la procedura di adozione finale della decisione in caso di dissensi espressi dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza, non sono mancati successivamente dubbi interpretativi in ordine ad aspetti come la decorrenza dei termini, ma soprattutto le modalità di espressione del diniego. La nuova disciplina della conferenza sembra prendere atto di tali problematiche, offrendo soluzioni al riguardo.

Per ciò che concerne le modalità di espressione del dissenso da parte delle amministrazioni partecipanti in seno alla conferenza, l'abrogazione completa dell'art. 14-*quater*, comma 2, e quella parziale dell'art. 14-*ter*, comma 7, vanno nella direzione di risolvere le difficoltà di coordinamento normativo sorte dall'applicazione di tali previsioni. Nel regime precedente, infatti, l'art. 14-*quater*, comma 2, stabilendo la possibilità per le amministrazioni partecipanti di manifestare il dissenso entro il termine perentorio stabilito per la conclusione della conferenza, mal si coordinava con la previsione dell'art. 14-*ter*, comma 7, secondo cui si consentiva a un'amministrazione di esprimere il proprio dissenso entro trenta giorni dalla ricezione della determinazione conclusiva del procedimento, attraverso notifica all'amministrazione procedente del dissenso o impugnazione della determinazione conclusiva della conferenza (PASTORI). Il nuovo comma 8 dell'art. 14-*ter* prevede ora l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso nei casi in cui il rappresentante dell'amministrazione non abbia espresso in maniera definitiva la volontà dell'amministrazione rappresentata, escludendo per quest'ultima i rimedi successivi previsti dalla previgente previsione del comma 7 (il c.d. dissenso "postumo" sulla base della determinazione conclusiva).

Assume conseguentemente rilevanza la regola generale sancita dal comma 1 dell'art. 14-*quater*, secondo cui la manifestazione del motivato dissenso da parte delle amministrazioni partecipanti deve avvenire nell'ambito nella conferenza di servizi. In caso di motivato dissenso espresso in seno ad essa, l'amministrazione procedente, all'esito dei lavori e non oltre il termine di novanta giorni, procederà sulla base delle specifiche risultanze della conferenza, tenendo conto delle prevalenti posizioni espresse in quella sede (art. 7-*bis*).

E' da segnalare, inoltre, che la nuova disciplina provvede a specificare con maggiore puntualità rispetto alle precedenti previsioni i poteri sostitutivi degli organi amministrativi in caso di dissenso "qualificato" manifestato in materia di c.d. interessi sensibili, quali la tutela del paesaggio, dell'ambiente, di beni storico-artistici, della salute e pubblica incolumità (art. 14-*quater*, commi 3, 3 *bis*, 3-*ter*). In altri termini, la nuova formulazione distingue partitamene i casi di dissenso tra

amministrazioni dello Stato, tra amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, tra amministrazione statale o una regionale e un ente locale o tra più enti locali, rimettendo rispettivamente la composizione degli interessi al Consiglio dei Ministri, alla Conferenza Stato-Regioni e alla Conferenza Unificata.

Con particolare riferimento alla disciplina dei raccordi amministrativi, è da segnalare la previsione del nuovo comma 3-ter dell'art. 14-*quater* secondo cui, in caso di dissensi in materie non attribuite alla competenza statale *ex* articoli 117, secondo comma, e 118 della Costituzione, senza che la Conferenza Stato-Regioni o la Conferenza Unificata siano intervenute nei termini indicati, spetta al Ministro per gli affari regionali rimettere la decisione alle competenti Giunte regionali per l'assunzione della determinazione sostitutiva nei successivi trenta giorni, pena l'intervento sostitutivo del Consiglio dei Ministri, che delibera con la partecipazione dei Presidenti delle regioni interessate.

Quest'ultima previsione, insieme ad altre presenti nei commi dell'art. 14-*quater*, dimostra la volontà del legislatore di inquadrare la disciplina della conferenza di servizi nell'ambito di un più efficace coordinamento amministrativo, che tenga conto della nuova ripartizione di competenze tra Stato, regioni e autonomie territoriali sancita dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 451- 458.

V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in www.giustamm.it

M.P. CHITI, *Gli atti di consenso*, in *Diritto Amministrativo*, 1997

G. PASTORI, *Nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 3/2002, pp.316-319

7. Efficacia, esecuzione ed esecutorietà del provvedimento amministrativo *di Massimo Capantini*

L'art. 14 della legge 15/2005, introduce nel testo della legge n. 241/1990 il Capo IVbis, rubricato "*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*" (artt. 21 bis-21 nonies). Per la particolarità e l'omogeneità di contenuti, il legislatore dedica a detti articoli uno spazio a sé stante, avulso dalle disposizioni immediatamente precedenti (in materia di semplificazione, su autocertificazione e denuncia di inizio dell'attività) e successive (sull'accesso agli atti).

Piuttosto che riguardare il procedimento amministrativo in senso stretto, le nuove norme (sia quelle su efficacia, esecutorietà ed esecuzione, che, forse ancor più, quelle su sospensione, revoca, nullità e annullabilità) appaiono nel complesso preordinate a disciplinare i suoi momenti terminali o, ancor più, quelli successivi all'adozione del provvedimento, concentrandosi sull'esplicarsi dei suoi effetti in rapporto al *modus operandi* dell'Amministrazione.

Oggetto della presente analisi saranno i profili innovativi, di cui articoli 21bis-21quater, in materia di efficacia, esecuzione (ed esecutorietà) e sospensione del provvedimento amministrativo.

Il comma 1 dell'art. 21-bis, afferma, in via definitiva, la natura ricettizia (*ex art. 1335 c.c.*) dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati, disponendo che essi acquistano efficacia «*nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile*».

Per quanto l'obbligo di comunicare agli interessati il provvedimento direttamente produttivo di effetti sia principio già affermato in termini generali da autorevole dottrina, quale corollario quasi naturale dell'obbligo di motivazione (CERULLI IRELLI, 2002), esso viene ora consolidato in via legislativa, anche se limitatamente ai soli provvedimenti restrittivi della sfera privata.

Il vincolo di comunicazione si configura dunque alla stregua di "*atto integrativo dell'efficacia*", dalla natura e dalle conseguenze giuridiche analoghe a quelle dei più noti *provvedimenti integrativi dell'efficacia* (quali ad esempio, i controlli preventivi, laddove si dia credito alla dottrina prevalente che li configura come risultato di sub-procedimenti funzionalmente collegati al procedimento principale, solitamente provenienti da un'amministrazione diversa rispetto a quella che ha emanato l'atto).

L'applicazione della norma riguarda in modo generico tutti quei provvedimenti che, andando ad incidere su un assetto di interessi preesistente, impone il sacrificio di un interesse di cui è titolare il privato destinatario (GIANNINI). In prima istanza, dunque, essa riguarda la categoria dei provvedimenti ablatori (tradizionalmente tripartiti in *personali, reali e obbligatori*, e connotati, tra l'altro, dall'attitudine a suscitare nel destinatario un interesse legittimo oppositivo e da una

soggezione più rigorosa al principio di legalità). Ciò che tuttavia non sembra esaurire l'ambito di applicazione. La nozione di "provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati" potrebbe infatti considerarsi idonea a ricomprendere più ampiamente anche quei casi in cui l'Amministrazione, dopo aver espanso detta sfera (ad es. con atti autorizzatori, concessori o, più in generale, di consenso, ovvero con gli stessi atti ablatori in relazione al loro eventuale effetto anche acquisitivo di facoltà o diritti da parte del soggetto beneficiario), ne determina la successiva contrazione con un nuovo provvedimento: si pensi alla proroga di una autorizzazione, a condizioni meno favorevoli per il privato, ovvero alla stessa sospensione o revoca dell'atto espansivo, ovvero ancora all'annullamento d'ufficio nell'ambito di un procedimento di riesame.

In merito al contenuto della notifica, basti rammentare quanto già disposto per la generalità dei provvedimenti (limitativi e non) all'art. 3, c. 3 e c. 4 della legge n. 241/1990.

Posto che per la giurisprudenza il provvedimento si dà per comunicato allorché una copia sia pervenuta alla conoscenza del destinatario, ovvero costui era in grado di conoscerla (Cons. giust. amm. Sic., sez. giurisd., n. 221/1997), il c. 1 dell'art. 21-*bis* si sofferma sulle forme di comunicazione. A testimonianza della convergenza tra diritto privato e diritto pubblicistico delle amministrazioni (v. suggellata ora agli articoli 1 *bis* e 1 *ter*), la norma in parola permette espressamente all'amministrazione l'uso degli strumenti privatistici per la notifica di atti agli irreperibili nei casi previsti dal c.p.c. (art. 140 sull'*Irreperibilità o rifiuto di ricevere la copia*).

Peraltro, si noti che detta possibilità non è stata introdotta anche rispetto alla comunicazione di avvio del procedimento, la quale mantiene i caratteri formalmente indefiniti di cui agli articoli 7 e 8. Inoltre, mentre è stato prontamente rilevato (VIRGA) che la comunicazione può essere effettuata non necessariamente con ufficiale giudiziario (o messo notificatore), ma anche mediante raccomandata con avviso di ricevimento, *ex art. 149 c.p.c.*, occorre chiedersi per un verso se il richiamo alla procedura civilistica si estenda anche all'art. 143 c.p.c. (*Notificazione a persona di residenza, dimora e domicilio sconosciuti*); per l'altro, se non siano ammissibili anche forme ancor più evolutive di comunicazione, atteso che il nuovo art. 3-*bis* della legge n. 241/1990 incoraggia ora le amministrazioni pubbliche all'uso della telematica anche nei rapporti con i privati.

Inoltre, nel caso degli atti restrittivi, la ricezione del provvedimento potrebbe comunque non determinare l'immediata assunzione di efficacia, in quanto questa può risultare sottoposta a *termine iniziale* o a *condizione sospensiva*, ponendosi semmai il problema di acclarare, in tal caso, quale rapporto intercorra tra le due previsioni ove queste convivano nello stesso provvedimento (ossia se debba considerarsi che il termine decorre a partire dalla comunicazione).

La seconda parte del c. 1 («*Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante*

forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima) afferma il carattere in principio obbligatoriamente personale anche della comunicazione del provvedimento.

Evocando il disposto dell'art. 8, comma 3 (sulla comunicazione di avvio procedimentale), la norma corrobora la corrispondenza d'ordine soggettivo tra i due tipi di comunicazione, in forza della quale la stessa dottrina che l'ha elaborata sostiene che l'ambito dei soggetti cui andrebbero comunicati i provvedimenti *tout court* (limitativi e non) dovrebbe coincidere con quello di cui all'art. 7 (sulla comunicazione di avvio), includendo dunque i titolari di interessi legittimi "individuati o facilmente individuabili" (CERULLI IRELLI, 2002).

Quale che sia il grado di tale corrispondenza, è pacifico che, ai fini della scelta delle forme di volta in volta più idonee di pubblicità, l'Amministrazione possa guardare utilmente alla prassi affermata fino ad oggi, proprio in applicazione dell'art. 8, comma 3 della legge n. 241/1990.

L'ultima parte del comma 1, infine, stabilisce che il provvedimento limitativo «*non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia*» e che «*I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci*». Alla regola generale della comunicazione ai destinatari di provvedimenti restrittivi, si appongono così due livelli di deroghe: uno facoltativo (per tutti i provvedimenti limitativi non sanzionatori), l'altro obbligatorio (per quelli limitativi cautelari e urgenti).

Circa la prima norma, qualche incertezza può derivare dall'impossibilità di circoscriverne *in negativo* l'ambito di applicazione, atteso che la legge n. 241/1990 non fornisce alcuna definizione di "provvedimento sanzionatorio", e che la legge n. 689/1981 in materia di sanzioni amministrative, come noto, definisce compiutamente la sola "sanzione amministrativa pecuniaria" (art. 10). Si ricorda altresì che proprio la legge n. 689/1981 dispone, quando è possibile, la contestazione immediata della violazione e, qualora ciò non accada, disciplina i termini per la notificazione (art. 14).

L'ultimo periodo del comma 1, poi, si ricollega all'art. 7, comma 2, il quale legittima l'Amministrazione all'adozione di provvedimenti cautelari *anche* prima della comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento. Tuttavia, mentre detta previsione riveste il carattere dell'eccezionalità rispetto alla regola generale della comunicazione obbligatoria (l'Amministrazione ha infatti *facoltà* di avvalersene), l'art. 21-*bis* rende del tutto irrilevante il contegno tenuto di volta in volta dalla PA: l'efficacia dei provvedimenti restrittivi a *carattere cautelare ed urgente* prescinde sistematicamente *ex lege* dalla comunicazione agli interessati.

Quanto al problema dell'alternatività o cumulatività dei caratteri di cautela ed urgenza, proprio la differenza rilevata rispetto all'art. 7, comma 2 sembra far propendere per la seconda ipotesi, nel senso che se rispetto ai provvedimenti cautelari *tout court* l'Amministrazione può

scegliere se vincolarsi o meno alla comunicazione di avvio procedimentale, rispetto a quelli limitativi ove alla cautelarietà si somma l'urgenza, la scelta dell'Amministrazione non rileva ed è direttamente la legge a stabilire il momento di assunzione dell'efficacia del provvedimento.

A chiusura, va altresì ricordato che se è consistente il numero dei provvedimenti a carattere di urgenza (peraltro storicamente non tipici: si pensi alle manifestazioni dell'esercizio dei *poteri di ordinanza*), più esiguo è invece quello degli atti che presentino *anche* una natura cautelare, dettata dall'incertezza in merito alla pericolosità di una certa cosa o comportamento. Si può dare in tal caso l'esempio generale degli atti di sequestro amministrativo aventi anche carattere di urgenza, e quello più particolare dei provvedimenti adottati a tutela della salute pubblica in caso di difformità dell'acqua destinata al consumo umano rispetto ai parametri di qualità fissati per legge (d. legislativo n. 31/2001, art. 11).

L'art. 21-ter recita, al comma 1: «*Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge*».

Viene così in rilievo il profilo dell'esecutorietà del provvedimento, tema dibattuto in dottrina ma in precedenza ignorato dalla legge sul procedimento e storicamente privo di una disciplina generale (ad eccezione dei procedimenti aventi ad oggetto la riscossione di somme di denaro). Manifestazione più caratteristica del potere di *autotutela* della PA, esso indica, come noto, «*l'attitudine del provvedimento ad essere attuato coattivamente*» (CARPI), distinguendosi dall'*esecuzione*, intesa come nozione più generale, coincidente con «*il complesso delle attività, a loro volta giuridiche (atti e procedimenti) o materiali (operazioni) intese a realizzare sul piano materiale gli effetti giuridici dell'atto*» (CERULLI IRELLI, 2002), una volta verificatisi tutti i requisiti previsti per la sua efficacia.

La norma si inserisce nella diatriba dottrinale circa il fondamento giuridico dell'istituto: per alcuni, discendente dal concetto di sovranità dello Stato e connaturato a tutti gli atti dell'Amministrazione in forza di un principio di necessità; per altri (ed è la posizione più evoluta) legato invece all'esigenza di tutelare in modo adeguato l'interesse pubblico in concreto perseguito e, pertanto, di volta in volta da ricercare nelle norme dell'ordinamento.

L'art. 21-ter sembra affermare definitivamente la seconda ipotesi, riconoscendo sì alla p.a. il potere di imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei propri confronti (classicamente tipizzati in obblighi di *dare, fare e sopportare*), ma solo nei casi e secondo le modalità

espressamente stabiliti dalla legge. Ponendo una riserva di legge sull'*an* e sul *quomodo* dell'esecutorietà (di guisa che le misure possibili sono solo quelle indicate dalla legge) il legislatore smentisce, infatti, l'ipotesi che tale qualità possa ritenersi connaturata all'attività dell'Amministrazione, nel quadro di una più generale riconduzione dell'intera disciplina del provvedimento al principio di legalità (PAOLANTONIO).

Tale presa di posizione appare tanto più forte, in quanto si consideri che essa viene ripetuta sia in apertura che in chiusura dalla norma, a cavallo di una serie di disposizioni che possiamo definire procedurali.

Proprio queste ultime, poi, rappresentano un'inedita ed essenziale disciplina *generale* del procedimento di formazione del provvedimento di esecuzione coattiva: indicazione, nel provvedimento costitutivo di obblighi, del termine e delle modalità per l'esecuzione da parte del soggetto obbligato; inottemperanza da parte di quest'ultimo; diffida ad adempiere, che secondo taluni può essere contestuale per ragioni di economicità, all'ingiunzione (VIRGA). Essa rileva in quanto idonea a conformare l'interpretazione, ovvero ad integrare, le singole disposizioni di legge relative ai casi e alle modalità dell'esecuzione coattiva, cui lo stesso art. 21-*ter* rimanda, posto che, contrariamente a quanto accade ad esempio nell'ordinamento tedesco, la legge sul procedimento continua a difettare di discipline specifiche per i singoli tipi di esecuzione, anche a seguito della riforma (PAOLANTONIO).

Unica eccezione, in tal senso, è quella del comma 2 dell'art. 21-*ter* («*Ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato*»). Come in altri casi, la norma consacra un processo già assodato, giacché l'esecutorietà, limitatamente alla riscossione di somme di denaro dovute all'amministrazione, ha incontrato eccezionalmente nel tempo una normazione generale e sempre più uniforme ai vari enti pubblici.

In senso oggettivo, essa conferma l'estensione, a qualsiasi provvedimento di esecuzione coattiva di obbligazioni aventi ad oggetto la riscossione di somme di denaro, della disciplina esattoriale affermatasi inizialmente per la riscossione delle imposte dirette, e attualmente caratterizzata, in chiave procedurale, dallo strumento del *ruolo* e dalle figure dell'*ufficio* e del *concessionario* (d. legislativo n. 46/1999 e d. legislativo n. 112/1999). In quello soggettivo, invece, il rispetto di detto modello viene espressamente imposto a tutte le pubbliche amministrazioni, enti locali compresi.

Il comma 1 dell'art. 21-*quater* («*I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo*»)

pone come regola generale che l'avvio dell'esecuzione deve coincidere con l'assunzione d'efficacia del provvedimento.

Pur nella sua derogabilità, la norma rileva anzitutto in quanto imprime certezza giuridica all'ordinamento circa i tempi con cui gli effetti dell'atto si realizzano nelle opportune attività giuridiche o materiali.

Essa induce tuttavia implicazioni ben più determinanti circa la legittimità degli stessi provvedimenti (in particolare quelli non autoesecutivi), ed in misura tanto maggiore quanto più l'esecuzione sia demandata all'amministrazione. Atteso infatti che, ove non diversamente previsto, l'esecuzione immediata è ora regola di legge, occorrerà verosimilmente valutare con ancor maggiore attenzione (in particolare rispetto al decorso del tempo) la possibilità per i destinatari del provvedimento, e in special modo quelli da esso sfavoriti, di impugnarlo se eseguito tardivamente dall'amministrazione, contestandone la legittimità per violazione di legge.

Analogamente, la norma potrebbe apportare nuovi elementi anche in ordine alla valutazione della risarcibilità del pregiudizio arrecato ai titolari di diritti e di interessi legittimi nei confronti dell'Amministrazione, laddove si riscontrasse che l'esecuzione tardiva di un provvedimento ad essi favorevole ha causato loro un danno (anche in considerazione dell'eventuale lesione del legittimo affidamento maturato in tal caso dai privati in ordine all'attuazione concreta di quanto disposto nell'atto).

Il comma 2 dell'art. 21-*quater* enuncia che *«L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze»*.

Anche in questo caso, si configura in via (legislativa) generale un fenomeno diffuso nella prassi amministrativa. Anteriormente, la sospensione dell'esecuzione provvedimentoale ad opera dell'autorità amministrativa, misura risultante da procedimenti c.d. di secondo grado e dagli effetti analoghi alla più nota sospensione giurisdizionale, non godeva infatti di menzione nella legge sul procedimento (se si esclude la dottrina, in ultimo SAITTA, che ne riscontra un'implicita previsione nel quadro dei poteri cautelari all'art. 7, c. 3).

Nel tempo, essa ha trovato bensì disciplina in alcune ipotesi legali affatto trascurabili. Denunciando un'elevata versatilità d'applicazione, l'atto di sospensione è configurato talora alla stregua di un provvedimento sanzionatorio; in ambito di ricorsi amministrativi come misura da adottare d'ufficio o su domanda del ricorrente (d.P.R. n. 1199/1971, art. 3); come provvedimento cautelare (FUOCHI).

Proprio una legislazione solo occasionale in materia, e una giurisprudenza a tratti ondivaga, hanno fomentato un prolungato dibattito circa il possibile fondamento giuridico del riconoscimento all'Amministrazione di un generale potere di sospensione.

Il comma 2 dell'art. 21-*quater* giunge a dirimere tale disputa, fornendo una base legale autonoma per l'istituto della sospensione, senza limiti né di ordine giuridico (la legge o il provvedimento non sono espressamente ammessi a derogarvi, come accade invece per l'esecuzione ai sensi del c. 1); né rispetto all'area di elezione (qualsiasi atto appare suscettibile di essere sospeso).

La norma fuga, per quanto possibile, anche i dubbi relativi all'oggetto della sospensione. In dottrina si è discusso se essa riguardi solo l'esecuzione (o eseguibilità), ossia le misure che traducono in fatto ciò che si è determinato in diritto, lasciando impregiudicato l'ordine giuridico che dal provvedimento sospeso scaturisce; ovvero se incida anche sull'efficacia del provvedimento. La legge afferma ora che «l'efficacia ovvero l'esecuzione» può essere sospesa, con ciò ammettendo ambedue le ipotesi.

Nel caso dell'efficacia, peraltro, la sospensione presuppone non solo un procedimento di secondo grado (che alla sospensione conduce), ma si configura anche come provvedimento dapprima, per così dire, “disintegrativo” e successivamente, al venir meno dei suoi effetti, “reintegrativo” dell'efficacia. Ciò che lo avvicina ai provvedimenti di controllo integrativi dell'efficacia, almeno per quanto attiene agli effetti (in particolare a quelli della decorrenza dei termini decadenziali per l'impugnazione).

Posta l'ammissibilità generale della sospensione, il comma 2 dell'art. 21-*quater* ne permette tuttavia un uso molto circostanziato, apponendovi limiti assoluti di cui dovrebbe tener conto la legislazione futura e alla luce del quale le norme già in vigore, in materia di poteri sospensivi, dovranno essere interpretate ed, eventualmente, integrate

Un primo limite sembrerebbe ravvisabile nel riferimento alle “gravi ragioni” che devono sottendere al provvedimento di sospensione, anche se in ultima analisi, data la sua arbitrarietà, esso non appare in grado di condizionare significativamente la discrezionalità dell'Amministrazione ed anzi si presterebbe secondo alcuni ad un uso addirittura pericoloso (PAOLANTONIO).

Più saldo sembra il vincolo di tipo soggettivo, per cui il provvedimento sospensivo può essere adottato solo dall'autorità che ha prodotto l'atto sospeso o da altra autorità prevista per legge.

In terzo luogo, in ossequio al consolidarsi anche per gli influssi comunitari (anch'essi ora consacrati dalla riforma all'art. 1, c. 1) del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa (CERULLI IRELLI, 2005), la sospensione può essere disposta solo «*per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario*».

La sospensione peraltro è inevitabilmente temporanea. E se è vero che una prima versione del d.d.l. di riforma fissava direttamente come limite di termine massimo sei mesi, il termine è ancora imposto e regolato dall'ultimo periodo del c. 2, per il quale «*Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze*», le quali devono verosimilmente risultare dalla motivazione (VIRGA). Oltre a soddisfare una generale esigenza di certezza del diritto ciò costituisce, più nel dettaglio, espressione sia del principio di legalità e che dei valori di garanzia per gli amministrati (in risposta a chi legge nella riforma approvata un'attenuazione delle garanzie del cittadino).

Rispetto a questi ultimi, infatti, la sospensione del provvedimento (sia rispetto all'esecuzione che all'efficacia) disposta *sine die* si tradurrebbe anzitutto «*in un ritiro del provvedimento, senza le garanzie previste per l'adozione di tale provvedimento di autotutela*» (VIRGA).

In ordine al principio di legalità, invece, ci si potrebbe chiedere se, tra gli effetti della sospensione dell'efficacia, non vi sia anche quello di una riapertura del procedimento preliminare al provvedimento sospeso. Nel qual caso, una sospensione *sine die* lascerebbe detto procedimento privo di un risultato, conducendo l'Amministrazione a violare l'obbligo legale di concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

F. CARPI, *Esecutorietà (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989;

E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003;

S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 177 ss.;

V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002;

V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, in *giustamm.it*, febbraio 2005;

G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, 1991;

S. FUOCHI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Dig. discipl. pubbl.*, cit.;

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993;

B.G. MATTARELLA, *L'attività e Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003, p.g., I, rispettivamente 699 ss. e 797 ss.;

R. MONTINARO, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato. Nota a Trib. Voghera 11 gennaio 1996*, in *Giust. Civ.*, 1997, 1431;

N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*, in *giustamm.it*, febbraio 2005;

A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in *giustamm.it*, febbraio 2005;

F. SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione : tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino, 2003;

F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in *giustamm.it*, febbraio 2005;

G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *lexitalia.it*, febbraio 2005.

8. Nullità, annullamento e revoca del provvedimento amministrativo

di Chiara Taccola

Nullità ed annullabilità dell'atto, revoca ed annullamento d'ufficio, sono categorie dogmatiche con struttura e consistenza diverse, ma hanno in comune la finalizzazione alla quale è stata rivolta l'opera di costruzione di dottrina e (soprattutto) giurisprudenza: l'interesse pubblico al rispetto della legalità e della certezza dell'azione amministrativa, la realizzazione quindi di un interesse pubblico costituzionalmente tutelato, in combinazione con l'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico all'efficace tutela dei soggetti privati coinvolti, anche se a lungo l'interesse privato è stato considerato anch'esso strumento (di tutela indiretta) dell'interesse pubblico affidato alle cure della PA. Dopo una breve ricognizione dello stato dell'arte di tali istituti pre-riforma, analizzeremo le "innovazioni" (o, forse, la ricezione di principi già presenti nell'ordinamento) apportate, in tale ambito, all'interno della l. 241/1990.

a) La revoca è un provvedimento motivato di II grado con cui la p.a. elimina, con efficacia non retroattiva, un atto preesistente legittimo ma, *ex post*, inficiato da "vizi di merito", rilevati dalla stessa p.a. in forza di una rivalutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco.

In tal senso, la revoca trova il suo fondamento nel perseguimento dell'interesse pubblico, lo stesso che fondava l'atto di I grado, ma mutato nei fatti; e dunque, affinché l'azione amministrativa sia in grado di perseguire diacronicamente lo sviluppo delle circostanze di fatto, l'ordinamento pone tra gli strumenti di amministrazione attiva l'esercizio della medesima funzione, attraverso due provvedimenti differenti.

Ciò implica, sul piano dei presupposti, che la p.a. valuti, discrezionalmente, la mancanza di una corrispondenza attuale dell'atto ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico. Tale valutazione deve fondarsi su di una nuova riponderazione degli elementi di fatto e di diritto che furono alla base della motivazione dell'atto emanato in precedenza, nonché la valutazione del venir meno dei presupposti di opportunità dell'intervento stesso.

In altre parole, potremmo sostenere che la revoca, adeguatamente motivata, deve realizzare l'interesse pubblico all'eliminazione di un atto divenuto inopportuno.

Il potere di revoca è giuridicamente e funzionalmente collegato alla competenza per materia dell'organo amministrativo emanante, e si esclude perciò un potere generale di revoca. La revoca potrà essere esercitata soltanto dall'organo emanante, in tal caso il provvedimento sarà definito "autorevoca", oppure dall'organo gerarchicamente sovraordinato, se competente, e salvo competenza esclusiva dell'organo inferiore.

Sono pertanto revocabili i solo atti amministrativi discrezionali, ancora efficaci e non irrevocabili per legge o costitutivi di diritti acquisiti. Quest'ultimo aspetto richiama il principio della irretroattività della legge quale principio generale dell'ordinamento nazionale (e comunitario); da ciò deriva direttamente l'efficacia *ex nunc* della revoca, quindi l'impossibilità dell'atto di revocare diritti che i destinatari abbiano già esercitato.

L'efficacia *ex nunc* della revoca, oltre ad essere una ovvia declinazione del principio di certezza del diritto e irretroattività della legge, evoca certamente anche la tutela del legittimo affidamento dei terzi, e in particolare dei soggetti destinatari dell'atto di I grado.

Tale tutela non si esaurisce nella motivazione dell'atto di revoca, ma nella possibilità del privato di impugnare l'atto davanti al giudice amministrativo nel caso di vizio di illegittimità. Fino ad oggi, però, al privato non veniva data possibilità di risarcimento, se non attraverso il canale giurisdizionale ordinario, incapace però di eliminare l'atto lesivo.

L'innovazione, apportata all'istituto della revoca, dalla nuova legge sul procedimento amministrativo, s'innesta proprio sul versante della tutela del singolo, ma non senza problemi.

b) L'annullamento d'ufficio è anch'esso un provvedimento amministrativo di II grado, attraverso cui però, e in questo è la differenza sostanziale con la revoca, la p.a. ritira con efficacia retroattiva (*ex tunc*) un provvedimento amministrativo viziato da illegittimità fin dalla sua emanazione (c.d. invalidità originaria). Il potere di annullamento d'ufficio è considerato generale, ed in effetti espresse previsioni normative attribuiscono tale potestà anche ad organi non gerarchicamente collegati tra loro. La dottrina non pare però unanime né sulla ricognizione della tipologia di annullamento d'ufficio né sulle finalità legittime di utilizzo del potere da parte della PA. E' comunque pacifica la differenza tra annullamento d'ufficio discrezionale e annullamento c.d. doveroso, se collegato ad un riconoscimento dell'illegittimità dell'atto da parte dell'autorità amministrativa agente in funzione giustiziale oppure da parte dell'organo di controllo privo del potere di revoca/annullamento verso l'atto stesso. L'autoannullamento è, in ogni caso, collegato alla realizzazione dell'interesse pubblico all'eliminazione di un atto illegittimo, come tale considerato travalicante i termini di decadenza per l'impugnazione. Ma la p.a. può in ogni momento decidere, tenendo conto degli interessi privati e pubblici coinvolti, quindi ancora attraverso una motivata ponderazione degli interessi in gioco, di eliminare dall'ordinamento un atto non conforme alle finalità o alle prescrizioni normative, cancellando di fatto, *ex tunc*, gli effetti illegittimi prodotti nell'ordinamento, salvo la materiale impossibilità o irragionevolezza di eliminare alcuni effetti prodotti.

In definitiva, così come ribadito da un'ampia giurisprudenza, a legittimare l'annullamento d'ufficio non può essere solo l'interesse al ristabilirsi della legalità ma, certamente, anche una valutazione discrezionale dell'opportunità di eliminare l'atto o di mantenerlo, seppur illegittimo.

c) I vizi di legittimità dell'atto amministrativi, già definiti dalla vecchia legge del 1889, sono stati, in realtà, nel tempo plasmati ed interpretati dalla stessa giurisprudenza amministrativa, da quella ordinaria e dall'opera della dottrina; ciò ha influito soprattutto sulla contestualizzazione dell'eccesso di potere, che troviamo spesso declinato in ogni manuale di diritto amministrativo nelle variegate figure sintomatiche, sintomo...soprattutto di una carenza normativa capace di guidare gli operatori del diritto nella difficile valutazione della illegittimità o legittimità dell'atto impugnato. La nuova l. 241/90 ha adesso al suo interno un articolo espressamente dedicato all'annullamento dell'atto, però limitandosi a riprodurre l'elencazione dei vizi.

d) Nullità. Fatto salvo qualche episodico riferimento normativo, qui l'elaborazione è tutta dottrinale e giurisprudenziale. L'atto amministrativo è considerato nullo se carente di uno degli elementi essenziali che legittimamente lo compongono: forma, oggetto, destinatario, competenza (c.d. incompetenza assoluta). In base ai principi generali dell'ordinamento, la nullità implica la mancanza di produzione degli effetti dell'atto, a maggior ragione la non esecutorietà dello stesso e infine l'insanabilità. Va poi considerata, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, la carenza in concreto del potere di emanare il provvedimento. Ciò viene ricondotto ai casi in cui l'atto sia privo della forma richiesta *ab substantiam*, ovvero emanato oltre il termine perentoriamente previsto o ancora privo dei requisiti previsti dalla legge. In tale ipotesi si ravvisa in capo all'amministrazione procedente il potere di emanare l'atto, ma tale competenza viene a mancare in concreto se il provvedimento risulta carente di uno degli elementi essenziali sopraindicati. È facile comprendere come, anche in questo caso, la mancanza di riferimenti normativi espliciti per la fattispecie abbia prodotto nel tempo sfumature ed interpretazioni differenti della patologia dell'atto. Il legislatore ha quindi giustamente tentato una ricognizione della fattispecie in oggetto, inserendo una previsione normativa espressa, anche in questo caso, però, riuscendo nel solo intento di rendere ancora più ardua l'identificazione della nozione e delle conseguenze giuridiche ad essa connesse.

L'art. 14 della l. 15/2005 inserisce nella Legge n. 241/1990 il Capo IV-*bis*, intitolato "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso".

Il Capo si compone di sette articoli, che, dunque, per la prima volta, introducono nell'ordinamento disposizioni generali su aspetti fondamentali dell'azione autoritativa della PA. Le precedenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali costituiscono, però, la base della novella, che talvolta sembra semplicemente recepirli nonostante un impianto normativo fortemente innovativo. Spetterà dunque agli operatori di settore condurre un difficile esame al fine di coordinare le

innovazioni legislative con le già consolidate prassi giurisprudenziali ed i fondamenti dottrinali non recepiti però del tutto dalla legge (A. Romano Tassone).

a) La revoca. Nel caso specifico della revoca, l'articolo 21-*quinquies* prevede che il provvedimento amministrativo possa essere revocato da parte della PA per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, e qualora la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo; le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Assai significativo è il fatto che l'articolo non faccia alcun riferimento al limite generale all'esercizio di tale potere rappresentato, secondo l'opinione dei più, dai provvedimenti c.d. costitutivi, lasciando così agli interpreti l'ardua decisione sull'analogica estensione del principio o la sua negazione a favore, forse, dell'autentica volontà del legislatore.

Le nuove regole sembrano, infatti, divergenti rispetto alla tradizionale visione dell'istituto, come sopra delineata. Il senso generale di questa operazione va colto in una maggiore attenzione agli aspetti dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, non più coincidenti, da tempo, con la sua pura legalità. Da ciò sembra discendere un allargamento delle maglie formali e procedurali, che imbrigliavano l'azione autoritativa della PA. Le strette maglie procedurali, però, fungevano anche da schermo protettivo verso l'"amministrato", ed un loro allentamento non può che influire sull'effettiva tutela dello stesso.

Pertanto, per un verso, le intenzioni del legislatore, sempre sulla scia di istanze nazionali e comunitarie di maggior tutela (già esplicitate mediante gli istituti di trasparenza e partecipazione), sembrano voler sganciare e rendere indipendente la tutela del cittadino, quale valore aggiunto all'azione amministrativa stessa, e non più obiettivo secondario rispetto al raggiungimento dell'interesse pubblico sovrastante. Per altro verso, però, pur all'interno di questo quadro garantista, la norma in cui interesse pubblico e posizione soggettive private non sono in equilibrio è proprio la disposizione sulla revoca, nella misura in cui essa venga interpretata come riconoscimento della possibilità di ritirare, perché inopportuni, anche i provvedimenti di carattere autorizzativo. La revoca, in quanto tale, quindi, presuppone una accurata valutazione dell'interesse pubblico, così come mutato nei fatti o nella valutazione di merito dello stesso, valutazione che va inoltre comparata con l'interesse del privato e degli eventuali pregiudizi derivanti dalla caducazione degli effetti *ex nunc*. E, nel caso in cui tali pregiudizi si verificano, l'amministrazione dovrà corrispondere un indennizzo a favore dei privati danneggiati. Ad una prima lettura, dunque, si

potrebbe dedurre che, seppure previo indennizzo, la PA possa revocare un atto in qualunque momento.

Una tale prospettiva costringe a fare riferimento, anche se molto brevemente, ai principi dell'azione amministrativa in quanto tale, così come enucleati dal primo articolo della legge di modifica, che ha introdotto nell'art .1, I comma, della legge n. 241/90, il richiamo ai “principi dell'ordinamento comunitario”. Tali principi, come ben noto, sono di fatto “contenuti” nell'abbondante giurisprudenza comunitaria, e tra di essi di certo spiccano, ai nostri fini, il principio di proporzionalità e del legittimo affidamento, così come il diritto ad una buona amministrazione, sancito ormai in termini costituzionali (Art.II-101).

Per quanto l'attività amministrativa nazionale sia in gran parte conforme ai principi comunitari, proporzionalità e legittimo affidamento acquistano, nelle parole della Corte di Giustizia, sfumature diverse rispetto ai concetti evocati dal disposto dell'articolo 1.

In senso comunitario, proporzionalità è quasi il limite estremo posto a tutela della libertà dei privati rispetto ad interventi autoritativi del potere pubblico. Maggior rilievo assume ancora il principio di legittimo affidamento, presente nel d.d.l. 1281, ed andato perso nel testo emanato. In ambito comunitario tale principio appare caratterizzato da una finalità di maggior tutela del privato soprattutto a fronte di provvedimenti autotutelanti da parte della PA. La legge nazionale, invece, si limita a disciplinare in senso indiretto e parziale la recezione del principio, soprattutto per ciò che attiene alla cessazione degli effetti giuridici di un provvedimento a efficacia durevole, di fatto ascrivibile alla categoria dei provvedimenti ablativi.

Inoltre suscita perplessità l'assegnazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dell'eventuale indennizzo: tale assetto risulta non solo incoerente con il dettame contenuto nell'art. 34 del decreto legislativo 80/1998, che affida al giudice ordinario la determinazione e la corresponsione delle indennità di natura espropriativa o ablativa, ma riapre il dibattito critico sulle modalità di identificazione della competenza giurisdizionale tra giudice amministrativo ed ordinario.

Con più diretto riferimento alle formulazioni contenute nell'articolo 21-*quinquies*, restano aperte alcune importanti questioni interpretative: *in primis* non convince l'enucleazione delle possibili motivazioni della revoca (“per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”): perché inserire nel testo la congiunzione disgiuntiva “o”, quando i termini soprariportati, a mio avviso, sono tutti necessari e soprattutto l'uno non esclude logicamente l'altro?

In secondo luogo, non pare coerente con l'impianto garantista della legge il mancato richiamo all'obbligo di motivazione “rafforzato”, ovvero finalizzato ad un'esplicazione diacronica

dell'interesse pubblico; come dire, perché l'atto di I grado era stato valutato discrezionalmente adeguato, che cosa è mutato e come la revoca possa essere la ragionevole soluzione. Ciò è necessario, soprattutto, ai fini di un'efficace tutela anche procedimentale del legittimo affidamento. Ed anzi ciò sarebbe auspicabile nella prospettiva di verificare che il potere di autotutela sia utilizzato per la nuova realizzazione di un interesse pubblico e non per evitare, ad esempio, la caducazione dell'atto da parte del giudice amministrativo e quindi limitare anche il potere del privato di tutela.

Quanto infine all'indennizzo, il legislatore è stato estremamente parco di indicazioni: che cosa l'indennizzo deve risarcire? Il danno derivante dalla caducazione degli effetti *ex nunc*? Quindi, in termini codicistici, funge da clausola penale; è dunque simile all'istituto previsto per il recesso dagli accordi così come disciplinato dall'art. 11 della stessa legge?.

b) L'annullamento d'ufficio.

Come si vedrà dal commento dell'art. 21-*octies*, che pure presenta profili controversi, il provvedimento amministrativo non può più essere annullato per vizi di forma o perché non sia stato preceduto dalla comunicazione dell'avvio del procedimento stesso, se si può dimostrare che il contenuto del provvedimento emanato sarebbe stato equivalente. Ebbene, con l'art. 21-*nonies* il legislatore porge certamente il fianco a ben più aspre critiche: stando alla lettera, i provvedimenti non pienamente conformi al paradigma normativo, ma appunto non annullabili ex art. 21-*octies* perché affetti da vizi formali o non preceduti da comunicazione di avvio, possono essere cancellati dall'ordinamento giuridico per volontà della PA emanante, salvo convalida, per motivi di interesse pubblico.

La struttura del nuovo articolo colpisce per vari motivi: innanzitutto, non si capisce giuridicamente il perché un atto effettivamente illegittimo, che non può essere annullato dal giudice amministrativo, possa essere annullato per ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, e tenendo conto degli interessi in gioco, ma senza prevedere alcun indennizzo, dalla stessa amministrazione procedente. Se il principio che ispira l'articolo precedente è il perseguimento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, perché tale efficacia può essere intaccata dalla stessa amministrazione? Il paradosso potrebbe esplicitarsi in altre parole: se al giudice amministrativo, organo terzo ed indipendente, non è data la possibilità di annullare un atto il cui contenuto non sarebbe cambiato una volta eliminati i "trascurabili" errori di forma, affinché l'azione amministrativa non si areni nelle maglie delle vicende processuali, perché all'amministrazione viene lasciata non solo la scelta di auto-correggersi entro un termine ragionevole, che però non è perentoriamente indicato dalla legge, ma anche la capacità di ponderare gli interessi in gioco, che sarebbero poi gli interessi coinvolti nel ricorso giurisdizionale? Quindi

l'atto amministrativo di fatto non è illegittimo, perché il giudice non può annullarlo, dunque l'annullamento d'ufficio si fonda solo su di una valutazione discrezionale della PA, certo successivamente impugnabile, ma che ha il potere di travolgere i rapporti consolidatisi nel tempo a favore dei privati. L'annullamento è un potere legittimo della PA, una potestà che dà alla p.a. la facoltà di rimuovere un provvedimento ritenuto illegittimo per la realizzazione di un interesse pubblico attuale e concreto, non lo stesso all'origine dell'atto, ma tale da richiedere il sacrificio delle posizioni soggettive private coinvolte. Pur riconoscendo l'importanza di tale potere anche ai soli fini del semplice rispetto del principio di legalità e certezza del diritto, sarebbe stato certamente opportuno indicare un termine entro il quale la PA deve agire. Il riferimento al "termine ragionevole" vuole forse evocare il principio comunitario, riecheggiato più volte anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo? Se è così, occorre ricordare che tale principio è comunque sottoposto ad una valutazione, anche se *ex post*, di un organo giurisdizionale. Non solo, la mancata identificazione di un termine crea ovvi problemi di coordinamento con l'eventuale impugnazione, e quindi con la tutela degli interessati e dei controinteressati. Se il termine ragionevole si facesse coincidere con il termine per l'impugnazione, allora che cosa accadrebbe in mancanza di comunicazione del procedimento di annullamento? Mancanza che, come disciplina la legge stessa, non dà luogo ad illegittimità.

Se il tentativo normativo era quello di recepire gli orientamenti giurisprudenziali, il bersaglio è stato in parte mancato, non solo per il "termine ragionevole" ma anche per la mancata individuazione dei presupposti di fatto e di diritto che rendono una scelta discrezionale, quale l'annullamento d'ufficio, legittima e non arbitraria, soprattutto evitando che tale scelta sia intrapresa in pendenza di giudizio. Manca inoltre qualsiasi previsione di indennizzo a favore dei privati, strana asimmetria rispetto alla revoca: posti i differenti effetti giuridici tra i due istituti, il legislatore avrebbe dovuto prevedere almeno un rimborso per le spese legali sostenute dal privato, rese inutili a fronte dell'annullamento d'ufficio in pendenza di giudizio.

c) Annullabilità del provvedimento. Una breve riflessione merita, in questa prospettiva, la controversa disposizione dell'art. 21-*octies*, I comma della legge n. 241/90, mentre il 2° comma, certamente più dibattuto, verrà analizzato da altro commentatore.

La nuova disposizione non aggiunge nulla sul piano sostanziale a quanto già detto da giurisprudenza e dottrina. Se lo scopo primario non è quello di regolamentare l'atto procedimentale o la formalità omessa o le irregolarità compiute, bensì lo scopo generale dell'azione amministrativa complessivamente considerata, cioè giungere ad una decisione provvedimento intrinsecamente legittima; se esisteva una lacuna interpretativa più che normativa a carico dell'art. 26 l. TAR, di certo l'articolo 21-*octies* non ha apportato granchè. Sarebbe stato auspicabile, anche se contrario

alla tendenza di *drafting* legislativo attuale, spiegare, enucleare, illustrare, seppur brevemente le tre fattispecie. Ovvero che cosa s'intende per eccesso di potere, quale violazione (e di quale rango) di legge conduce all'annullabilità, che grado di incompetenza rende l'atto illegittimo. Senza tali precisazioni, non si amplia lo spazio per il cittadino per un'effettiva tutela, si lascia il giudice nel dubbio di una corretta interpretazione di questo in combinazione con il II comma dell'articolo e la p.a. libera di sbagliare, rimediare, ma non certo di agire più efficacemente.

Se, infatti, gli atti vincolati non possono essere annullati quando il contenuto non sarebbe comunque mutato, come prescrive il II comma, allora si sarebbe potuto scrivere che non tutte le violazioni di legge rendono l'atto annullabile; così, se per gli atti discrezionali può non avere rilevanza la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, quindi può non rilevare in sede giurisdizionale la mancata instaurazione del contraddittorio, se l'amministrazione riesce a convincere il giudice che niente sarebbe cambiato nel contenuto del provvedimento, allora non hanno più valore le figure sintomatiche di discriminazione, che la giurisprudenza ritiene esempi manifesti di eccesso di potere. Come si può dire a un cittadino, cui, in difformità dalla legge, non viene data comunicazione di avvio del procedimento, che gli sono state date le stesse garanzie di partecipazione, tutela e trasparenza rispetto ad altri cui la comunicazione è stata data?

Allora forse questo I comma voleva essere soltanto una sorta di premessa, per le gravi eccezioni che seguono al II comma. Ma anche il I comma ha effetto di legge, e la sua applicazione non sarà priva di conseguenze.

d) Nullità. Così la definisce il legislatore: "è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato..."(art. 21-*septies*). Appare ovvio che le prime due fattispecie siano riprese dall'ormai consolidata dottrina, mentre l'elusione del giudicato vada ricondotta all'interpretazione della giurisprudenza. Ma sarebbe stato preferibile che il legislatore specificasse con più attenzione i termini della patologia analizzata. Al contrario, la norma non contiene indicazioni circa quali siano gli elementi essenziali del provvedimento, rendendo di fatto difficile anche l'interpretazione del II comma dell'articolo che segue. Inoltre non vi è specifica definizione neanche del c.d. "difetto assoluto di attribuzione", restando sospesa la questione se il difetto si riferisca all'attribuzione in concreto o alla competenza dell'organo; questione quest'ultima che acquista maggiore rilevanza alla luce delle modifiche costituzionali attorno alle nuove competenze di Stato e Regioni. L'andamento non migliora con il richiamo all'elusione o violazione del giudicato: sulla base del II comma, infatti, tali questioni sono di competenza esclusiva del giudice amministrativo. Le altre invece? E quali sono le conseguenze derivanti dalla nullità? Dove si colloca

il giudizio di ottemperanza e quindi la giurisdizione di merito competente in tale sede, *ex art. 27, T.U. Consiglio di Stato*?

Può essere utile ribaltare la prospettiva di analisi e guardare le nuove norme con gli occhi del privato. Volendo impugnare un provvedimento, il ricorrente dovrà, *in primis*, verificare se i vizi riscontrati conducano all'annullabilità o alla nullità: ciò implica una ricognizione degli elementi essenziali del provvedimento, escludendo da tale esame le fattispecie contenute nel II comma dell'art. 21-*octies*; se annullabile, l'atto potrà essere impugnato davanti al giudice amministrativo, salvo che l'amministrazione non decida, in pendenza di giudizio, di revocare o annullare d'ufficio l'atto. Qui si aprono due prospettive: se il giudizio amministrativo giunge fino alla sua naturale conclusione, la sentenza annulla l'atto per i vizi riscontrati. L'amministrazione potrà nuovamente, se lo ritiene opportuno, intervenire attraverso un nuovo provvedimento che, nel caso si dimostri elusivo o contraddittorio rispetto al giudicato, potrà essere impugnato dal privato di fronte alla giurisdizione esclusiva amministrativa affinché ne venga dichiarata la nullità. E se invece il privato sceglie il giudizio di ottemperanza? In che rapporto stanno i due giudizi? Difficile capire, soprattutto immaginare che il legislatore abbia scelto di tagliare un grado di tutela a favore del privato (ovvero il giudizio di ottemperanza): ciò potrebbe implicare un rilievo di anticostituzionalità a carico della norma. Nel secondo scenario immaginiamo invece che la p.a. convenuta decida di revocare il provvedimento: il giudizio di annullamento o nullità viene interrotto, ma al privato resta ancora da intraprendere l'eventuale giudizio, anch'esso in giurisdizione esclusiva, per l'indennizzo a lui spettante a fronte della revoca. Se invece la p.a. decide di prevenire l'azione del giudice e annulla d'ufficio il provvedimento, entro un termine ragionevole..., al privato non resta niente? Nessun indennizzo, nessun risarcimento, nessun giudice e nessuna sentenza che limiti la successiva attività amministrativa? Certo, il ricorrente può sempre decidere di impugnare l'atto di annullamento, ma non in giurisdizione esclusiva e senza previsione di indennizzo, senza considerare i controinteressati.

Il quadro disegnato è sicuramente privo di molti particolari, ma già dai pochi schizzi tracciati il giudizio complessivo non può non essere perplesso, perché il rischio è che di fatto non sia aumentata né la tutela del privato né l'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

F.CARINGELLA – L.DELFINO – F. DEL GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2004

S.CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004.

A.ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/90*, in www.giustamm.it.

G.VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it.

D.SORACE, *La “legificazione” delle norme generali sull’azione amministrativa*, in *Amministrare*, n. 3/2004, p. 321 e ss.

V.CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in www.giustamm.it

G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull’attività amministrativa*, in *Amministrare*, n. 3/2004, p. 305 e ss.

N.PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*, in www.giustamm.it.

F.SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in www.giustamm.it.

9. L'annullabilità del provvedimento tra sostanzialità del vizio e limiti alla tutela *di Elettra Stradella*

La riforma della legge del 1990 sembra ad una prima lettura risolversi nell'affermazione, in parte confermativa della tendenza avviata proprio con la l. 241, ma d'altra parte disciolta da briglie precedentemente ben evidenti, della necessaria prevalenza di un modello di amministrazione pubblica diretta al conseguimento del risultato. Peraltro l'analisi delle previsioni introdotte relativamente all'annullabilità dei provvedimenti amministrativi risulta particolarmente utile per comprendere fino a che punto si siano allentate le briglie della garanzia degli interessi dei soggetti coinvolti nel procedimento, intesa come limite e mezzo per la promozione di un'attività amministrativa orientata al risultato, in favore di una più indifferenziata ed asettica ricerca di una sorta di "utile amministrativo" dalla discutibile formula di derivazione, e quanto invece si sia seguita la strada dell'implementazione dei parametri suddetti quali interfaccia dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

La disposizione in esame nasce da un fertile percorso giurisprudenziale di superamento delle interpretazioni formalistiche circa l'eguale rilevanza dei vizi (GUARINO); a partire dall'approvazione della legge sul procedimento, infatti, non sono mancate controversie, non univocamente risolte dal giudice amministrativo, circa l'impatto più o meno invasivo da attribuirsi alle disposizioni relative agli interessi procedurali dei soggetti coinvolti. Interrogarsi sull'intensità della vincolatività delle tutele disposte a favore dei soggetti dialoganti con la PA, volte prevalentemente alla promozione delle dinamiche partecipative finalizzate alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico, significa stabilire un contemperamento tra la previsione delle specifiche garanzie di cui alla l. 241 ed il perseguimento del fine ultimo dell'attività amministrativa individuabile nell'emanazione di provvedimenti, *id est* nella produzione di risultati. Tale correlazione deriva evidentemente dal fatto che ad una crescente rigidità dei confini posti dalle norme individuanti le tutele dei soggetti partecipanti al procedimento corrisponderà una più pregnante sanzione degli atti non conformi al paradigma normativo suddetto, e quindi un'estensione della tutela a livello giurisdizionale determinante un inevitabile rallentamento dell'attività amministrativa ed una maggiore "cedevolezza" dei provvedimenti.

A questo livello entrano quindi in conflitto principi interpretabili quali fasi di conseguimento di una medesima finalità: la realizzazione dell'interesse pubblico e del pubblico mediante la trasposizione nei rapporti tra cittadini e PA del principio di trasparenza, inteso sia sotto il profilo della garanzia del rispetto da parte della PA degli obblighi volti alla piena realizzazione della partecipazione del privato allo svolgimento del procedimento che lo riguarda, che della concreta

possibilità per l'amministrazione di giungere all'elaborazione di un provvedimento "stabile" in tempi ragionevoli, cospirano per lo stesso obiettivo suddetto, è chiaro che, data la diversità degli strumenti per la loro attuazione, si rivela essenziale un bilanciamento, seppure pericoloso nel momento in cui il valore assegnato alla seconda istanza assume una connotazione di autoreferenziale perseguimento di obiettivi di speditezza ed efficienza.

L'evoluzione giurisprudenziale conduce d'altra parte ad un inquadramento delle violazioni degli obblighi derivanti dalle norme sull'attività amministrativa in materia di partecipazione degli interessati al procedimento quali potenzialmente innocue, e comunque necessariamente contestualizzabili nell'ambito della situazione di specie in cui si collocano. Infatti, pur non mancando da parte del giudice amministrativo ripetuti richiami alla generalità, intesa come universale applicabilità, del principio di partecipazione al procedimento (si vedano in particolare Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569 e la più recente pronuncia della V sezione del 20 febbraio 2001), a partire dalla fine degli anni Novanta si è certamente realizzato un consistente spostamento verso l'interpretazione dei vizi procedurali e sulla forma degli atti alla luce di "canoni [...] di tipo sostanzialistico e teleologico, non formalistico" (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 5003/2002), in particolare in relazione alla norma disciplinante l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento. Negandosi che "le regole della partecipazione [possano essere interpretate ed applicate] in modo formalistico e acritico", si stabilisce che debbano essere "lette alla luce dei criteri generali che governano lo svolgimento dell'attività amministrativa ed individuano i contenuti fondamentali del rapporto tra esercizio della potestà pubblica e tutela delle posizioni delle parti interessate: ragionevolezza, proporzionalità, logicità e adeguatezza", operazione teleologica da cui deriva necessariamente che "l'illegittimità può essere affermata solo quando la violazione della regola provoca una lesione dell'interesse, ancorché meramente strumentale, perseguito dal ricorrente".(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 settembre 1999, n. 14)

D'altra parte, proprio nella consapevolezza della rilevanza ordinamentale delle norme sul procedimento, non sembra possibile astenersi dall'individuare il bilanciamento tra esigenze di partecipazione e 'produttività amministrativa' delineando "le ipotesi in cui l'assenza formale della preventiva comunicazione", che, come si è sottolineato, risulta essere la disposizione più frequentemente 'aggirata' dall'amministrazione agente, nonché presupposto fondamentale per il conseguimento dell'effettiva partecipazione al procedimento, non determinino "l'illegittimità dell'atto finale adottato dall'amministrazione" (Consiglio di Stato, sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836).

Per questo troviamo ad esempio enucleate, in diverse pronunce del giudice amministrativo, fattispecie per le quali può essere prevista l'inapplicabilità dell'obbligo di comunicazione di avvio, ovvero ipotesi per le quali può essere ammessa la disapplicazione dello stesso, in presenza di particolari requisiti del provvedimento emanando ovvero delle relazioni regolate (si vedano in particolare Consiglio di Stato, sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836; sez. V, 30 dicembre 1998 n. 1968; sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1922; sez. V, 22 maggio 2001 n. 2823).

Un certo interesse desta l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale "la comunicazione del provvedimento dovrebbe diventare superflua quando: l'adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l'Amministrazione; i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici)" (Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823): secondo tale modello condizioni delineanti una situazione di totale predeterminabilità della decisione amministrativa oltre che di certezza delle relazioni intercorrenti tra le parti consentirebbero di salvare l'atto affetto da vizio procedimentale dall'eventuale annullamento in sede giurisdizionale.

Posto che il percorso giurisprudenziale qui sommariamente individuato vale innanzitutto ad evidenziare il dato interpretativo da cui prendono le mosse le nuove disposizioni in esame, sembra significativo sottolineare, in raffronto con quanto prevede l'art. 21-*octies*, come venga più volte ribadito che "la ragion d'essere della partecipazione al procedimento sussiste anche quando i presupposti del provvedimento da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale dalle norme, richiedano comunque un accertamento, nel cui ambito deve essere garantita al privato la possibilità di prospettare fatti e argomenti in suo favore" (Consiglio di Stato, sez. V, 23 aprile 98, n. 474). L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento non potrebbe quindi essere soggetto a disapplicazione per i provvedimenti di natura vincolata ma di non doverosa emanazione da parte dell'amministrazione, così come peraltro confermato dalle S.U. della Corte di Cassazione (1 aprile 2000, n. 82), data la difficile distinzione tra attività discrezionale e vincolata e l'indiscutibile funzionalità della partecipazione degli interessati al procedimento ai fini della definizione dell'"accertamento dei presupposti fattuali del provvedimento finale e l'interpretazione (non sempre scontata) delle norme giuridiche che regolano il potere" (Consiglio di Stato, 20 febbraio 2001).

Valutando quindi il tasso di coerenza delle nuove disposizioni in tema di annullabilità, emerge *ictu oculi* come il legislatore, in relazione all'ampiezza del raggio di applicabilità della

‘clausola di salvezza’ per i vizi di forma e procedurali, non si sia limitato a recepire una tendenza abbastanza consolidata, ma abbia optato per una corrispondenza biunivoca tra natura vincolata del provvedimento ed irrilevanza del vizio formale tralasciando così qualsiasi più puntuale definizione dei requisiti sostanziali dell’atto e relativi al comportamento dell’amministrazione tali da assicurare un sufficiente margine di certezza nell’individuazione delle tipologie provvedimentali non soggette ad annullabilità per i vizi qui in esame.

Prevedere quale unica condizione di applicabilità della disposizione di cui all’art. 21-*octies* la natura vincolata del provvedimento risulta insoddisfacente dal punto di vista sia della semplificazione delle procedure sia della tutela dell’interessato nel procedimento: infatti sul primo versante la non immediata identificabilità dei provvedimenti di natura vincolata rispetto a quelli discrezionali, *rectius* a basso tasso di discrezionalità, comporterà inevitabilmente il proliferare delle controversie aventi ad oggetto l’annullabilità stessa del provvedimento, con l’effetto di dilatare, in una sorta di eterogenesi dei fini, il tempo che separa la produzione del provvedimento dalla sua certa permanenza in vita; sul versante della tutela va ribadita la superficialità di una disposizione che trascuri il valore, a livello di garanzia soggettiva e programmata in funzione dell’interesse collettivo, dell’intervento attivo dei cittadini nella formazione delle decisioni che li riguardano, poiché la natura vincolata dell’atto pare necessaria ma non sufficiente a comportare la riduzione delle garanzie di partecipazione a mero elemento accessorio dell’*iter* procedimentale.

Peraltro la scarsa definizione del quadro di applicazione della disposizione analizzata si presenta ancor più grave alla luce della pregnanza della deroga posta allo schema generale dell’invalidità, pur trattandosi di violazione di norme imperative, addirittura di norme che, rientranti nella disciplina dei processi di adozione dei provvedimenti amministrativi, costituiscono principi ordinamentali, e quindi in condizioni distinte da quelle caratterizzanti i fenomeni di irregolarità: infatti, e qui il legislatore raccoglie i frutti del percorso giurisprudenziale delineato (LUCIANI), l’istituto proposto dall’art. 21-*octies*, comma 2, non si pone tanto in analogia con la regola di cui all’art. 156 c.p.c., per la quale un atto processuale affetto da vizio può essere salvato dalle conseguenze dell’invalidità ove un successivo evento giuridico o fisico intervenga consentendogli di conseguire lo scopo iniziale, quanto piuttosto disegna una figura autonoma di irrilevanza *ab origine* del vizio formale o procedurale in funzione dello scopo della norma (ROMANO TASSONE).

Se sia nella fattispecie di cui all’art. 156 c.p.c., sia nella previsione di cui all’art. 21-*octies*, comma 2, sembra infatti rilevare il risultato raggiunto con la realizzazione dell’atto, e quindi un criterio teleologico di valutazione della corrispondenza mezzi-fini, in realtà la portata della disposizione contenuta nella nuova legge sul procedimento investe il momento stesso dell’adozione

dell'atto, ed il momento in cui il vizio si origina, qualificandosi fin da subito come del tutto irrilevante, *id est* influente sulle relazioni intercorrenti tra il paradigma normativo di riferimento ed il provvedimento.

E' evidente come tale meccanismo risulti ben più invasivo, soprattutto dal punto di vista teorico, sia di una forma di sanatoria *ex lege* quale quella definita nel c.p.c., sia, a maggior ragione, della prospettiva incardinata nell'art. 21-*nonies*, comma 2, per cui viene fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile: nella fattispecie individuata dall'art. 21-*octies*, infatti, definendosi non annullabile in quanto tale il provvedimento viziato nelle forme od adottato in violazione di norme procedimentali, si spezza il legame esistente tra patologia dell'atto e conseguenza sanzionatoria, sancendo non la permanenza nell'ordinamento di atti invalidi in quanto comunque idonei al conseguimento dei risultati per i quali sono stati emanati, quanto piuttosto la mancata nocività del vizio originario e quindi la piena capacità dell'atto di produrre i suoi effetti.

Tale previsione, già prima della sua approvazione definitiva in sede parlamentare, non mancava di destare perplessità di ordine costituzionale (GALETTA) in merito alla compatibilità della sostanziale neutralizzazione della tutela giurisdizionale nei confronti di un provvedimento amministrativo affetto da vizi procedimentali comunque riconducibili al profilo della violazione di legge con gli articoli 24, comma 1, e 113 della Costituzione. A seguito delle riflessioni sopra operate emerge peraltro come un provvedimento integrante la fattispecie di cui all'art. 21-*octies* non possa effettivamente essere considerato quale provvedimento illegittimo che, una volta impugnato dal titolare dell'interesse da esso stesso leso, non è suscettibile di annullamento da parte del giudice amministrativo nel momento in cui verifica, mediante giudizio prognostico, la sua omogeneità rispetto al provvedimento eventualmente adottato in assenza del vizio; trattandosi invece di provvedimento 'sano' originariamente, in quanto il vizio dal quale risulterebbe affetto si concretizzerebbe in una fisiologica deviazione dal modello normativo di riferimento, il rischio di incostituzionalità precedentemente paventato potrebbe invece attualizzarsi a causa della troppo evanescente delimitazione delle condizioni in presenza delle quali il suddetto vizio cessa di essere elemento patologico dell'atto. Così come infatti non pare esauriente il riferimento alla natura vincolata del provvedimento, potrebbe anche apparire tautologica la disposizione ove, nella seconda parte del comma 2, stabilisce che la mancata comunicazione di avvio del procedimento di per sé renda il provvedimento non annullabile nel caso in cui sia dimostrata l'indifferenza dell'elemento rispetto al contenuto finale del provvedimento; per questi motivi, a meno di ritenere ipotizzabile la possibilità di un risarcimento del danno *ex art. 2043* per provvedimento affetto da vizi formali (SCOCA), data l'insostituibilità della tutela giurisdizionale di annullamento si insinuerebbe l'ombra dell'incompatibilità con i principi costituzionali sulla tutela nei confronti della PA

Una riflessione va infine operata in merito alla scelta del legislatore di relegare a vizio irrilevante la mancata comunicazione di avvio del procedimento per provvedimenti di qualsivoglia natura.

Pur ritenendosi negativamente significativo il depotenziamento di una norma che risulta fondamentale presupposto dell'esistenza stessa degli istituti di partecipazione al procedimento, va evidenziato come tale scelta, oltre che derivare dal fatto che tra le norme sul procedimento questa sia la più contraddetta dal concreto agire amministrativo e quella che più facilmente può essere "sostituita" da comportamenti ed eventi che consentano comunque il conseguimento dello scopo al quale è finalizzata, ha il merito di non tenere conto, anzi di ribaltare, una certa giurisprudenza che, dando vita ad una sorta di *probatio diabolica* (SAITTA), ha delineato un'inversione dell'onere della prova in capo al soggetto destinatario del provvedimento per cui quest'ultimo potrebbe ottenere l'annullamento del provvedimento soltanto ove dimostri come la mancata comunicazione di avvio abbia causato limitazioni dell'istruttoria procedimentale a suo sfavore (*ex multis*, TAR Catania, sez. I, 15 aprile 2002, n. 624; TAR Sicilia, 28 gennaio 1998, n. 74; TAR Puglia, sez. I, 15 settembre 1997, n. 546).

Infatti l'onere di dimostrare l'irrilevanza dell'adempimento dell'obbligo di comunicazione rispetto all'effettivo svilupparsi dell'*iter* procedimentale spetterà, nel corso del giudizio sull'illegittimità del provvedimento adottato in violazione della norma di cui all'art. 7, proprio all'amministrazione competente in ordine all'adozione del provvedimento stesso: sarà quindi questa a doversi far carico della presentazione del materiale probatorio sufficiente a certificare, si ipotizza, in alternativa la concreta e completa partecipazione dell'interessato all'istruttoria procedimentale, e quindi il conseguimento *aliunde* della norma violata, ovvero la totale inutilità della partecipazione dell'interessato rispetto alla determinazione del contenuto finale del provvedimento (mi pare quindi che si tratterebbe in tal caso di dimostrare la natura vincolata e la connotazione di doverosità del provvedimento medesimo).

Si potrebbe dunque sostenere come l'apparente ampliamento della sfera oggettiva di applicazione dell'irrilevanza dell'obbligo di comunicazione corrisponda in realtà ad un sindacato comunque penetrante sulla legittimità delle opzioni esercitate dall'amministrazione, e sugli eventuali discostamenti della stessa dai principi affermati nelle disposizioni che regolano l'attività amministrativa.

Mi pare quindi, in conclusione, che sia in materia di comunicazione di avvio, sia più in generale in relazione alla valutazione dei vizi formali e procedimentali, spetterà ancora al giudice amministrativo la definizione del delicato rapporto tra tutela dei soggetti interessati alle decisioni amministrative e promozione dell'efficienza e della speditezza dell'azione amministrativa; se la

legge di riforma non cela un orientamento alla prevalenza della seconda, *rectius* all'inquadramento della seconda come valore autogiustificantesi e non strumentale alla piena realizzazione delle garanzie procedurali per i cittadini coinvolti e dell'interesse pubblico generale, lascia d'altra parte un significativo margine per un eventuale intervento giurisdizionale riequilibratore.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione; Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002

V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2004, p. 187 ss.

M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *RIV. TRIM. DIR. PUBBL.*, 2000, p. 33 ss.

U. GALETTA, *Le norme di disciplina dei cd. "vizi formali" del provvedimento contenute nel ddl. N. AS-1281, di modifica della legge 241/90: spunti critici*, in *Foro amm./TAR*, 2003, p. 1813 ss.

U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003

G: GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994

F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003

F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, p. 1248 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2002*, Milano, 2003

A. ROMANO TASSONE, *Contributo allo studio dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1992

N. SAIITA, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Amm.*, 2000, p. 456 ss.

F. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 13 ss.

10. La disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi

di Cecilia Bertolini

Le modifiche intervenute in sede di riforma della legge 241/90 hanno introdotto, tra le altre, rilevanti novità in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Anzitutto, la lettura del comma 1 del nuovo testo dell'articolo 22, relativo alle definizioni ed ai principi in materia di accesso, consente di sviluppare qualche riflessione. Si ritiene condivisibile l'operazione di *drafting* finalizzata a chiarire definitivamente a livello normativo quali siano i soggetti, necessari ed eventuali, coinvolti nel procedimento di accesso. Se, tuttavia, nella versione previgente dello stesso articolo il diritto di accesso veniva riconosciuto laddove un soggetto intendesse esercitarlo per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, l'attuale legittimazione all'accesso - art. 22, c. 1, lett. b) - deve essere sorretta da un interesse, "diretto, concreto e attuale", sotteso alla protezione di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento e "collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". E' lecito domandarsi se la nuova formulazione della norma sulla legittimazione all'accesso non renda la posizione stessa nei termini più restrittivi del vero e proprio interesse legittimo. La constatazione non è priva di conseguenze e pone problematiche di difficile soluzione per l'accesso ai documenti extraprocedimentali, quali informazioni funzionali all'avvio di un procedimento. Infatti, il contestuale interesse del privato all'accesso a tali atti risulterebbe in ogni caso sguarnito dei requisiti prescritti. A tacer d'altro, è altresì evidente il conflitto con i principi del diritto comunitario, nel cui ambito il diritto di accesso ai documenti è riconosciuto a tutti senza l'obbligo di dimostrare un interesse giuridicamente rilevante da tutelare. Inoltre, il presupposto legittimante relativo alla stretta attinenza della situazione giuridica che si intende tutelare con l'informazione contenuta nel documento amministrativo, a ben guardare, più che confermare il descritto nesso indissolubile sembrerebbe porre un limite surrettizio all'esercizio effettivo dell'accesso. Che l'informazione contenuta nel documento sia strumentale alla protezione della situazione giuridica tutelata è di tutta evidenza, ciò che sfugge sono gli ulteriori criteri di collegamento, pericolosamente omessi, che in sede applicativa potrebbero divenire condizione stessa per l'ostensione della documentazione richiesta.

Al comma 2, art. 22, lett. d) la norma contiene altresì una definizione rimeditata del documento amministrativo. La disposizione per buona parte riproduce quanto già previsto dal vecchio testo, ma il riferimento agli atti "anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento" in combinato disposto con il c. 4 dello stesso articolo consente di ritenere definitiva, esplicita e generale l'accessibilità agli atti privati della PA mediante la loro qualificazione quali documenti amministrativi. Così come viene tradotta in norma cogente la possibilità di accedere agli

atti posti in essere da una PA nell'esercizio di un'attività di pubblico interesse svolta secondo le regole di diritto comune, in ossequio all'orientamento giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nelle sentenze numero 4 e 5 del 1999. L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che "l'istituto dell'accesso trovi applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione" sulla scorta delle "esigenze del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione", esigenze che "riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato" (CdS, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4). Infatti, "ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti di diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati alla cura dell'interesse generale" (CdS, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 5). Di talché "l'attività amministrativa è configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante un'attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale)" (CdS, Ad. Plen., n. 5/1999).

La soluzione adottata dal legislatore della riforma, alla stregua di un ineludibile riconoscimento dell'attuale assetto dell'amministrazione, asseconda la tendenza ordinamentale di assicurare il perseguimento e la cura dei pubblici interessi attraverso modelli di natura privatistica. Analogamente, sul piano soggettivo, nella nozione di pubblica amministrazione, art. 22, c. 1, lett. e), sono ricompresi i soggetti di diritto privato "limitatamente alla loro attività di pubblico interesse".

Ai sensi del c. 2, art. 22, del testo novellato l'accesso assurge a principio generale dell'attività amministrativa. L'assunto, alla luce della riforma del titolo V della Costituzione, avrebbe rischiato di perdere la pretesa consistenza di principio informatore dell'attività amministrativa statale e regionale se non fosse stato opportunamente riferito a quanto previsto dalla lett. m), c. 2, art. 117 Costituzione, che riserva alla competenza esclusiva statale la determinazione dei "livelli essenziali delle prestazioni corrispondenti ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale". Al riguardo, il Consiglio di Stato ha precisato che "l'Atto Sento n. 1281", dal quale la riforma della l. 241 ha preso le mosse, "al fine di eliminare ogni dubbio sorto in passato, ha esplicitamente inserito il diritto di accesso tra 'i diritti civili e sociali' di cui all'art. 117, lett. m) della Costituzione ed ha precisato che il giudice amministrativo giudica sulle controversie in materia di accesso in sede di giurisdizione esclusiva" (CdS, 27 maggio 2003, n.

2938). La recente pronuncia deve quindi assumersi come spunto ermeneutico indispensabile in merito alla definizione della natura giuridica dell'accesso, cui si è fatto cenno.

D'altro canto, il richiamo all'imparzialità e alla trasparenza dell'azione amministrativa, cui l'accesso è preordinato a presidio delle stesse, nonché l'attinenza ai menzionati standard minimi da assicurare a livello nazionale tradiscono il malcelato intento del legislatore di elevare l'accesso a principio "quasi costituzionale".

L'ultima parte del c. 2 del nuovo testo dell'articolo 22 prevede per le regioni e per gli enti locali la possibilità di garantire, nell'ambito delle rispettive competenze, ulteriori livelli di accessibilità, favorendo deroghe *in melius* alle possibilità di accesso consentite in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo.

Al c. 5 del testo elaborato in sede di riforma l'acquisizione dei documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici è stata favorita con il riferimento al principio della leale cooperazione istituzionale. Nel testo previgente non si faceva menzione dell'accesso eventualmente esercitato da soggetti pubblici sul presupposto che fosse sufficiente quanto previsto dall'articolo 43, c. 2, D.P.R. 445/2000, peraltro richiamato al quinto comma del testo novellato. Tuttavia, stando alla lettera del citato art. 43, c. 2, le pp. aa. richiedenti sono nell'impossibilità di accedere a "dati diversi da quelli di cui è necessario acquisire la certezza o verificare l'esattezza" ai fini dell'"accertamento d'ufficio di stati, qualità e fatti ovvero al controllo sulle dichiarazioni sostitutive presentate dai cittadini", pertanto in merito agli atti "anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento" i soggetti pubblici si verrebbero a trovare in una posizione deteriore rispetto ai privati interessati. Come si vede, la leale cooperazione istituzionale vale a legittimare i soggetti pubblici a richiedere informazioni in tal senso e suggerisce un possibile impiego di procedure informali nei relativi rapporti tra le amministrazioni. L'ultimo comma dell'art. 22 prescrive un limite temporale per l'esercizio del diritto in oggetto, una sorta di decadenza amministrativa di ordine strutturale correlata alla durata dell'obbligo di custodia dei documenti accessibili di volta in volta posto a carico delle pp. aa. da altre leggi o regolamenti.

All'art. 24, la disposizione di cui al c. 3 risulta zelante, oltre che superflua. Se, infatti, per esercitare legittimamente il diritto di accesso, fatti salvi i casi di esclusione, il privato deve avere un interesse qualificato corrispondente ad una situazione giuridica riconosciuta, e quindi tutelata, dall'ordinamento, non si vede come tale formula, ben più stringente a confronto con quella in precedenza prescelta dal legislatore del '90, possa produrre l'effetto distorsivo di un monitoraggio indiscriminato sull'operato delle pp. aa..

Nell'ipotesi in cui, ad onta della definizione dell'accesso come diritto contenuta nella legge di riforma, si intenda ricomprenderlo nella nozione di interesse legittimo, è pur sempre vero che il c.

7, art. 24, del testo novellato opera un contemperamento tra accesso e riservatezza che induce a propendere per una qualificazione dell'accesso più vicina al diritto che all'interesse legittimo. Premesso che "l'accesso deve essere comunque garantito [...] per curare i propri interessi giuridici", la tutela accordata all'accesso con riferimento ai dati sensibili e giudiziari è sicuramente incisiva, specie se letta in parallelo con le simmetriche previsioni contenute nel nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. Per quel che concerne "i dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato", *ex art. 60* decreto legislativo 196/2003, tuttavia, negli altri casi, comprese le richieste aventi ad oggetto dati comunque sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito se e nei limiti in cui è "strettamente indispensabile". Al riguardo, *ex art. 20*, comma 2, decreto legislativo 196/2003, le pp.aa. devono dotarsi di un regolamento nel quale siano specificati "i tipi di dati sensibili e le operazioni eseguibili". In questi termini, la penetrante capacità di accesso dell'interessato concessa dal legislatore potrebbe conciliarsi con l'esigenza di garantire appieno l'esercizio di un diritto.

Quanto alle modalità di esercizio del diritto di accesso, rispetto alla disciplina previgente il testo novellato dell'art. 25 al quarto comma prevede ulteriori sviluppi nel caso in cui il privato, in seguito ad un diniego dell'accesso, abbia optato per il riesame del provvedimento di rigetto da parte del difensore civico piuttosto che della Commissione per l'accesso. Viene codificata un'ipotesi di silenzio-diniego laddove il difensore civico o la Commissione non si pronuncino nel termine di trenta giorni, altrimenti, nel caso in cui il provvedimento di diniego, all'esito del riesame, sia ritenuto illegittimo "ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente". Scaduto inutilmente il termine previsto affinché le amministrazioni si adeguino alle osservazioni del difensore civico o della Commissione per l'accesso, il privato può comunque accedere ai documenti oggetto dell'istanza iniziale in ragione della qualificazione legislativa dell'inerzia dell'amministrazione come silenzio-assenso.

Per quanto concerne l'accessibilità di dati personali inerenti a soggetti terzi, se l'accesso è negato o differito, la competenza per il riesame spetta in via esclusiva alla Commissione, obbligata, al riguardo, a rivolgersi al Garante per la protezione dei dati personali ma non vincolata dal contenuto del parere in conseguenza reso. Il testo novellato si propone di coordinare le competenze della Commissione per l'accesso e del Garante per la protezione dei dati personali secondo uno schema biunivoco: per i ricorsi al Garante, disciplinati dagli articoli 145 e seguenti decreto legislativo 196/2003, per gli specifici compiti ad esso affidati, *ex art. 154* del citato decreto, relativamente al trattamento dei dati personali nonché per gli accertamenti di controlli che detto

trattamento potrebbe comportare, il Garante “chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l’accesso”.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

A. LAINO, *L’accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*, in www.LexItalia.it, p. 12

V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n.241/90- IV parte*, 1 e ss., in www.giustamm.it

11. La riforma della Commissione per l'Accesso ai documenti amministrativi: nascita o aborto di un'autorità indipendente?

di Marta Simoncini

La recente modifica apportata alla legge 241/1990 ha inciso profondamente sulla fisionomia della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nel tentativo di ristrutturarne organizzazione e funzioni.

Al momento della sua istituzione nell'ormai lontano 1990 era stata disegnata sul modello della francese *Commission d'Accés aux documents administratifs* (Cada), anche se il legislatore italiano nell'attribuirle un ruolo parzialmente diverso non le aveva conferito poteri di tipo *paragiurisdizionale* al pari dell'omonima. Quest'ultima, infatti, si trovava ad operare in un ordinamento che riteneva di poter offrire un più alto grado di soddisfazione al cittadino nell'esercizio del diritto di accesso attraverso una tutela di carattere non giurisdizionale dello stesso, la cui rapidità, supportata dall'autorevolezza del controllore, meglio rispondeva all'obiettivo di garantire effettività al diritto. In Italia, invece, il legislatore continuava a ravvisare nella via giudiziaria la migliore forma di tutela, e perciò aveva consapevolmente sottratto alla competenza della Commissione quella funzione giustiziale che non si iscriveva nella logica complessiva della normativa.

Non è dunque un caso che il ricorso al difensore civico in caso di diniego o differimento dell'accesso sia stato introdotto, all'articolo 25, comma 4, soltanto a dieci anni di distanza dall'approvazione della legge sul procedimento con la prima legge di semplificazione amministrativa, che recepiva gli stimoli di una diversa stagione politico-amministrativa.

La modifica da ultimo intervenuta sullo stesso comma si è spinta oltre, facendo partecipare della medesima funzione *paragiurisdizionale* anche la Commissione e realizzando così un riparto di competenze con il difensore civico – spettando alla prima gli “atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato”, mentre al secondo, “competente per ambito territoriale”, gli “atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali” – il cui criterio di riferimento meramente territoriale induce a credere si tratti di una soluzione formulata per evitare sovrapposizioni e rispondere ad esigenze di efficacia ed economicità. Nella stessa logica pare iscriversi anche l'introduzione di un rapporto di tipo sostitutivo tra difensori appartenenti a diversi livelli di governo, che rende dunque possibile ricorrere anche laddove non sia istituito l'organo direttamente competente e nel contempo elimina eventuali interferenze della Commissione, mantenendone le attribuzioni rigidamente separate.

All'interno del suo raggio d'azione, quest'ultima risulta quindi chiamata a pieno titolo a svolgere una funzione eminentemente giustiziale, nei panni di una sorta di giudice – il cui parere vincola la P.A. solo nella forma del silenzio assenso – in un procedimento di secondo grado, rispetto a quello principale nei cui confronti è stata inoltrata la domanda di accesso ai documenti, riuscendo così ad omologare i suoi poteri a quelli già propri della sorella francese fin dal 1978.

Si deve osservare che in parte la nuova attribuzione risponde anche alle costanti richieste della Commissione stessa di attuare una modifica legislativa per ampliare le sue competenze, dotandola di poteri ispettivi, sanzionatori e sostitutivi, tali da renderla concretamente capace di “garantire una corretta applicazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, della disciplina del diritto di accesso introdotta dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e quella piena attuazione della finalità di trasparenza dell'azione amministrativa che essa persegue” (COMMISSIONE PER L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI). È dunque evidente come l'assenza del potere di controllo abbia costituito per anni il *tallone d'Achille* della Commissione nella difesa del diritto d'accesso, costringendola in una situazione di impotenza nello svolgimento della sua *mission* di vigilanza attiva, *ex art. 27, comma 5*, “affinché sia attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione”.

La nuova modifica sembra perciò arricchire di effettività l'insieme delle funzioni già proprie della Commissione, poiché il suo ruolo di monitoraggio e di proposta sull'attuazione del diritto di accesso viene consolidato dall'introduzione di una forma di verifica diretta della reale capacità delle amministrazioni di garantirlo, conferendo quindi un vero potere al suo privilegiato punto di osservazione. In questo senso acquista una nuova prospettiva anche la *relazione annuale sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione* alle Camere e al Presidente del Consiglio dei ministri, il cui contenuto, trovando nuovi dati da cui alimentarsi, non potrà che acquistare un nuovo tenore critico.

Dalla revisione della legge 241/1990 sembra dunque uscire una nuova Commissione, che, rafforzata nelle sue attribuzioni, sembra poter finalmente aspirare legittimamente allo *status* di Autorità amministrativa indipendente, che una parte della dottrina le aveva negato per la sua precedente mancanza costitutiva di “adeguati poteri” (M. D'ALBERTI). Occorre però domandarsi se effettivamente la dotazione della nuova competenza costituisca condizione sufficiente a far assurgere la Commissione italiana al rango di *autorité* al pari della sorella francese. Tra le due commissioni, infatti, permangono ancora fondamentali differenze.

In primo luogo è opportuno considerare il carattere del ricorso. Se infatti questo è obbligatorio in Francia, secondo una logica che ben si iscrive nella finalità di prevenire il contenzioso, diversamente accade in Italia, dove la facoltatività dell'azione sembra significare che il

primato del rimedio giurisdizionale nelle controversie tra privati e P.A. non è tramontato, o quantomeno si attesta ancora come la soluzione più garantista. Questa scelta, che peraltro non stupisce in un ordinamento che dalla fine degli anni '80 (a partire dalla sentenza Corte Cost. 11 dicembre 1989, n. 530) ha trattato con severità i casi di giurisdizione condizionata, pur non inficiando l'efficacia della norma, riduce sostanzialmente la centralità del ruolo della commissione, poiché la funzione di filtro alla via giudiziaria viene ad essere svolta solo nei casi spontaneamente presentabile dai richiedenti, e dunque potenzialmente a maglie più larghe, in maniera meno penetrante. Se quindi sembra spettare alla Commissione stessa l'onere di incentivare attraverso la propria capacità conciliativa il ricorso non giurisdizionale dei cittadini lesi nell'esercizio del diritto di accesso, bisogna riconoscere che questo è già stato pienamente assolto, come dimostrano le numerose segnalazioni provenienti dalla società civile in ordine alla corretta applicazione della normativa e la generale aspettativa intorno alla promozione della trasparenza (COMMISSIONE PER L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI).

Il vero ostacolo è invece da ravvisarsi nell'amministrazione stessa, spesso ancora troppo reticente ad adeguarsi al nuovo modello culturale, di cui sono spia i prolungati ritardi nell'attuazione della legge 241. In Francia, infatti, parte del successo della Cada è frutto di una *sinergia istituzionale*, ossia del fatto che le pubbliche amministrazioni abbiano riconosciuto l'importanza e l'autorevolezza del suo ruolo accogliendo la maggioranza degli *avis* e contribuendo così a snellire il procedimento e a far diminuire il contenzioso, come nelle intenzioni del legislatore. Non è dunque un caso che quest'ultimo, revisionando nel 2000 la normativa del 1978, abbia deciso di estendere le competenze della Cada nel tentativo di fornire agli amministrati un accesso più agevole ai documenti.

Per conquistare la capacità di ascolto, *rectius* di conformazione all'autorevole parere, da parte della P.A. si rivela dunque fondamentale dimostrare di possedere quel requisito che la Cada francese e la figura del difensore civico hanno in comune, l'imparzialità.

Una certa dottrina (F. GENGHI) non ha esitato in merito a parlare di vera e propria terzietà, confondendo quella che più propriamente è la garanzia del corretto esercizio della funzione giudicante con l'imprescindibile connotato dell'azione amministrativa. In realtà tale sovrapposizione, sebbene auspicabile, nonché suggestiva, nello svolgimento di una funzione paragiurisdizionale, non è del tutto legittima, dal momento che sembra ignorare la natura stessa dell'organo in questione, che rimane parte del circuito dell'amministrazione pubblica.

Ad ogni modo, non è questo un aspetto che può essere lasciato alla "buona volontà" dei componenti dell'organo ed è questo il fondamentale problema della saggezza delle nomine, che si presenta per ogni autorità che si voglia dire indipendente.

Confrontando la composizione della commissione italiana con quella francese la prima discrasia che appare in tutta evidenza è il diverso rapporto tra il numero dei membri laici e quello dei componenti provenienti dalle magistrature: paritario, di quattro a quattro, in Italia, contro la presenza più che tripla, dieci a tre, dei togati in Francia. Il dato quantitativo svela il notevole valore politico della scelta, come conferma anche il fatto che oltralpe a presiedere il consesso sia il magistrato proveniente dal *Conseil d'État*, mentre in Italia è il sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio. Si osservi inoltre che la previsione del comma 3 dell'articolo 27 della legge 241 di rinnovare le nomine parlamentari “in caso di scadenza o scioglimento anticipato delle Camere nel corso del triennio [di mandato della Commissione]” lega la legittimazione delle stesse alla sussistenza di certo assetto maggioritario, lasciando dunque dubbi sulla reale indipendenza nell'adempimento della funzione rispetto all'indirizzo politico tracciato in Parlamento e sul valore della garanzia offerta dalla designazione da parte dei Presidenti delle Camere.

Non quindi è difficile intuire come nello svolgimento della funzione giustiziale l'opzione francese abbia agevolato la Cada, mentre diviene di fondamentale importanza per i membri italiani fornire prova della propria imparzialità attraverso la propria professionalità.

Inoltre il taglio effettuato nel ridurre il numero dei membri da sedici a dodici – che ha visto dimezzare i professori universitari, passati quindi da quattro a due, e rimanere un solo dirigente dello Stato e degli altri enti pubblici fra i quattro precedentemente previsti, affiancati dal capo della struttura della Presidenza del Consiglio che costituisce il supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione, quale membro di diritto – solleva notevoli perplessità, poiché introducendo una differenziazione quantitativa tra le categorie chiamate a far parte del consesso accentua la preminenza dei componenti di nomina politica, i soli ad aver mantenuto il rapporto di parità con la classe togata, scelta che poco si addice allo svolgimento di una funzione di tipo paragiurisdizionale.

Bisogna poi considerare che se in Francia l'atto di nomina è un decreto del *Conseil d'État*, in Italia, ai sensi dell'articolo 27, comma 2, e a seguito della razionalizzazione operata nella denominazione delle fonti normative, è un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, ed è questo stesso tipo di atto regolamentare a determinare, *ex* comma 4 dello stesso articolo, “i compensi dei componenti e degli esperti di cui al comma 2”. Inoltre il medesimo articolo 27, ai commi 1 e 2, prevede che l'apparato di riferimento della Commissione sia la Presidenza del Consiglio, essendo presso questa istituita e ricevendo da una sua struttura interna il necessario supporto organizzativo.

Non sono certo queste condizioni che assicurino l'indipendenza dal potere politico ad un'amministrazione che aspiri ad essere tale.

Nell'eterogeneità del panorama delle autorità indipendenti, però, non è semplice situare la Commissione fuori da questo paradigma organizzativo, dal momento che la nuova competenza conferitale la colloca in una prospettiva di indipendenza funzionale, che ben avrebbe potuto essere il seme per la nascita di una nuova *Authority* sul modello anglo-americano, se solo fosse stata supportata da altre garanzie organizzative.

Non sembra invece rilevare a tale proposito la qualificazione in termini di parità data dall'art. 25, comma 4, al rapporto con il Garante della Privacy, poiché una simile scelta, che si può evincere dalla nuova disciplina dello scambio di pareri, sembra derivare più dal riconoscimento di uguale valore ai diritti tutelati che non dall'omogeneità di poteri delle due istituzioni.

Non è dunque un caso che il legislatore non abbia osato ridenominare la Commissione Autorità. In realtà una simile scelta si sarebbe posta in netta controtendenza anche rispetto al suo generale ripensamento circa l'opportunità di istituire amministrazioni indipendenti e alla sua volontà di rioccupare almeno parzialmente quelli spazi che all'inizio degli anni '90 aveva tentato di sottrarre al controllo della politica malata, seguendo lo stesso imperativo fatto proprio dagli U.S.A. all'inizio del '900: *keeping out of politics*.

La sussistenza di questi diversi elementi genera un *ibrido amministrativo*, frutto dell'operazione di trapianto di un'istituzione francese di comprovato successo, la Cada.

Dal confronto della struttura e dei compiti delle due commissioni sembra potersi evince che, nonostante il conferimento della nuova funzione offra un ragguardevole incentivo alla tutela non giurisdizionale del diritto di accesso, il legislatore italiano non abbia voluto valorizzare adeguatamente gli spunti garantistici d'oltralpe per creare una vera autorità indipendente e non far dunque rimanere la nostra Commissione soltanto la brutta copia dell'omonima francese.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

P. ALBERTI, *Commento all'art. 27 della legge 241 del 1990*, in AA. VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, con il coordinamento di V. Italia e M. Bassani, Milano, 1991, pp. 447-451.

N. CAVANA, *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (CADA) in Francia e l'introduzione nell'ordinamento italiano del ricorso extragiurisdizionale al difensore civico*, in *Studium iuris*, 9/2001, pp. 1119-1122.

COMMISSIONE PER L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma, n. 1/1994, 5/1999, 6/2000 e 7/2001.

M D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, 1995, pp. 1-8.

F. GENGLI, *Il difensore civico nell'ordinamento degli enti locali*, pubblicato sul sito internet www.insa-italia.com/DOTTRINA/il_difensore_civico.htm.

M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, 1997, pp. 1-13.

T. MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso – Lo stato di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1995, pp. 179-220.

Siti internet di riferimento:

www.governo.it/Presidenza/ACCESSO/

www.cada.fr

12. Le novità per gli enti territoriali

di Barbara Cacelli - Chiara Pierotti

Nel voler segnalare le principali previsioni innovative introdotte dalla recente legge di modifica della legge 241/1990 intendiamo scegliere come filo conduttore quelle che, a nostro avviso, sono le principali ripercussioni della nuova legge sugli enti territoriali - intendendo per tali enti le regioni e gli enti locali - e sulla loro struttura ordinamentale e organizzativa.

Un simile percorso di analisi non può che iniziare dal nuovo art. 29 della legge 241/1990.

Invero, il vecchio testo della legge 241/1990 non si poneva il problema del suo ambito di applicazione ed in dottrina si è sempre ritenuto che essa fosse applicabile a tutta l'area dei poteri, discrezionali e non, fatte salve espresse eccezioni: il vecchio art. 29, recante "Disposizioni finali", ricordava che dalle disposizioni della legge dovevano desumersi i principi nel rispetto dei quali le regioni a statuto ordinario avrebbero dovuto regolare il procedimento amministrativo ed il diritto di accesso e che, in attesa della disciplina delle regioni, operavano direttamente nei loro riguardi; inoltre, disponeva che le regioni a statuto speciale e le province autonome avessero un anno di tempo per adeguare i rispettivi ordinamenti alle norme fondamentali contenuti nella legge.

Diversamente, il nuovo art. 29 precisa, al primo comma, che le disposizioni della legge "si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali e, per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche"; inoltre, al secondo comma, aggiunge che "le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge". Dal primo comma ne discende che tutta la disciplina sostanziale del procedimento e del diritto di accesso ai documenti amministrativi diventa oggetto dell'autonomo intervento normativo - regolamentare degli enti territoriali, condizionato dal rispetto di due fondamentali elementi indicati nel secondo comma: da una parte, il rispetto del sistema costituzionale, dall'altra, il rispetto delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa. All'indomani dell'entrata in vigore della legge in commento, quindi, le regioni e gli enti locali dovranno disciplinare con propri atti normativi la materia del procedimento amministrativo e del diritto di accesso ai documenti amministrativi e nel farlo le disposizioni della "nuova 241" avranno il valore di principi, non essendo più direttamente operanti nei loro confronti.

Inoltre, l'art. 32 precisa che fino all'entrata in vigore della disciplina regionale di cui al secondo comma dell'art. 29, i procedimenti amministrativi continuano ad essere regolati dalle leggi

regionali vigenti ed in mancanza di queste, *medio tempore*, si applicano direttamente le disposizioni della “nuova 241”.

È rilevabile *ictu oculi* come simili previsioni normative - che pongono, peraltro, sullo stesso piano le regioni, ordinarie e non, e gli enti locali - non possano non essere lette alla luce delle modifiche al sistema ordinamentale degli enti territoriali introdotte con il decreto legislativo 267/2000 (Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali), ma soprattutto con il nuovo Titolo V della Costituzione.

Infatti, l'art. 114 Cost. non si limita a ricordare, come nel vecchio testo, che la Repubblica “si riparte” in Regioni, Province e Comuni, ma utilizzando un diverso verbo ed un ordine inverso nell'indicare i vari enti – *nomina sunt parventia rerum!* – afferma che la Repubblica “è costituita” dai Comuni, dalle Province, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato, e che “i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione”.

Quanto, poi, alla distribuzione delle funzioni amministrative tra i vari livelli – Stato, Regioni ed enti locali – si è scelto di abbandonare il principio del parallelismo per adottare il principio di sussidiarietà: l'art. 118 Cost. dispone che le funzioni siano, di norma, collocate al livello più basso – quello dei Comuni – salvo che “per assicurarne l'esercizio unitario” siano “conferite” ai livelli superiori secondo i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione.

D'altra parte, il decreto legislativo 267/2000, riprendendo testualmente disposizioni già contenute nella legge 142/1990, all'art. 3 afferma che “i comuni e le province hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa” e all'art. 7, sui regolamenti, prevede che “nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni”. Sul diritto di accesso, inoltre, all'art. 10 si prevede che il regolamento assicuri “ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi”, disciplini “il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi”, individui “con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti”, detti “le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardino” ed assicuri “il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione.”

Lasciando per un attimo l'ambito di applicazione, per scendere nel merito ed andare a vedere, più nel dettaglio, le disposizioni e le previsioni contenute nella “nuova 241”, appare interessante mettere in correlazione i principi e le attività che gli enti territoriali erano tenuti a porre

in essere già all'indomani dell'entrata in vigore della legge 241/1990 e gli adempimenti (si utilizza qui il termine in senso atecnico) cui gli stessi soggetti sono tenuti in forza delle innovazioni introdotte dal legislatore.

Come era già previsto nella precedente formulazione dell'art. 2, comma 2, le pubbliche amministrazioni determinano per ogni singolo procedimento - salvo quanto specificatamente disposto da leggi o regolamenti vigenti in materia - il termine entro il quale lo stesso deve concludersi: l'intento del legislatore è stato, pertanto, quello di mantenere e confermare un principio fondamentale dell'azione amministrativa, da una parte, e della tutela del cittadino, dall'altra, ossia la procedimentalizzazione (*rectius* la determinazione della durata del procedimento). Questo principio era già stato precisato attraverso la fissazione del termine di trenta giorni quale termine perentorio entro il quale le pubbliche amministrazioni dovevano concludere il procedimento, qualora leggi specifiche di settore ovvero regolamenti non prevedessero un termine differente.

Tra i profili innovativi - in quanto non precedentemente contenuto nella legge 241/1990 - si segnala l'uso degli strumenti telematici sia nei rapporti interni, tra le differenti amministrazioni, che in quelli tra le amministrazioni e i privati (art. 3-*bis*). La collocazione della disposizione ricordata nel Capo sui "Principi" conferma la tendenza alla semplificazione dei rapporti tra le pubbliche amministrazione e tra esse e i cittadini, già fatta propria dal D.P.R. 445/2000, nel quale si prevede, tra l'altro, la possibilità per le pubbliche amministrazioni e per i gestori di pubblici servizi, di consultare direttamente gli archivi e le banche dati di altre pubbliche amministrazioni, nel rispetto sia della normativa vigente sia dei principi relativi al trattamento dei dati, l'utilizzo per la sottoscrizione delle istanze dirette ad una pubblica amministrazione della firma digitale nonché il principio secondo il quale un documento presentato anche per via telematica soddisfa il requisito della forma scritta. In questo ambito, grazie alla sperimentazione della carta di identità elettronica, ai piani di *e-government* e alla implementazione degli sportelli telematici per i cittadini-utenti, si può ritenere che l'introduzione nella c.d. legge sul procedimento amministrativo di un principio relativo all'utilizzo della telematica giunga al termine di un percorso già da tempo avviato, consentendo, comunque, un consolidamento ed un ulteriore rilancio di questo principio di semplificazione.

Mentre nessuna significativa modifica si incontra nel Capo II sul "Responsabile del procedimento", nel Capo III, in materia di "Partecipazione al procedimento amministrativo", non si può dimenticare il nuovo art. 10-*bis*, recante "Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza": in estrema sintesi, si ricorda che nei procedimenti ad istanza di parte, prima dell'adozione di un provvedimento negativo, il responsabile del procedimento comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Tali soggetti

hanno così diritto di presentare per scritto le proprie osservazioni entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione. Ben si possono comprendere le ripercussioni della previsione ricordata sull'organizzazione di una pubblica amministrazione, anche alla luce di una ulteriore considerazione, questa volta in termini di strumenti di tutela per il cittadino-istante: la disposizione richiamata (art. 10-*bis*) prevede che la comunicazione inviata interrompa i termini per concludere il procedimento, termini che inizieranno a decorrere nuovamente dalla data di presentazione delle osservazioni, e prevede, altresì, che le ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni dovranno essere indicate nelle motivazioni del provvedimento finale.

Sempre al Capo II, il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 11, in materia di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, prevede che la stipulazione di tali accordi sia sempre preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente ad adottare il provvedimento. Tale disposizione viene esplicitamente prevista a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, ma rimane assai oscura la *ratio* di questo nuovo comma 4-*bis*, che sembra piuttosto introdurre un appesantimento nel procedimento di stipula degli accordi che ne mette in discussione la stessa utilità, considerato anche che l'art. 13 - la cui *ratio* era stata quella di "sottrarre, per ragioni pratiche, atti di vasta portata e di applicazione generalizzata, alla troppo penetrante ingerenza di una molteplicità di interessati, al di là della garanzia predisposta dalle singole leggi di settore" (Cons. Stato, A.g., 19.2.1987, n. 7) – cambia titolo, ma conserva l'identica formulazione.

Al Capo IV, sulla "Semplificazione dell'azione amministrativa", il legislatore ha provveduto ad introdurre alcuni correttivi alla precedente disciplina della conferenza di servizi, peraltro già oggetto negli ultimi anni di ripetuti interventi di modifica. In questa ottica si inserisce il novellato art. 14-*quater*, recante "Effetti del dissenso espresso nella conferenza di servizi", che ai commi 3 e seguenti prevede una serie di meccanismi attraverso i quali si individua il soggetto cui è rimessa la decisione, indicando il Consiglio dei Ministri, quando il dissenso è tra Amministrazioni dello Stato, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome qualora il dissenso sia tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, la Conferenza unificata, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e in ente locale o più enti locali. Inoltre, si rilevano significative modifiche nei lavori della conferenza di servizi "decisoria" (art. 14-*ter*): non solo vengono dettati termini precisi per la convocazione della prima riunione (quindici giorni o, in caso di particolare complessità dell'istruttoria, trenta giorni dalla data di indizione), ma soprattutto, una volta abrogato il comma 2 dell'art. 14-*quater*, ai sensi del nuovo comma 7-*bis* dell'art. 14-*ter*, all'esito dei lavori della conferenza, in tutti i casi diversi da quelli disciplinati dall'art. 14-*quater* come sopra ricordato, l'amministrazione precedente adotta la

determinazione motivata di conclusione del procedimento dopo aver valutato le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede, quindi con piena discrezionalità senza essere più vincolata al puntuale rispetto “della maggioranza delle posizioni espresse”.

Al Capo V, in materia di “Accesso ai documenti amministrativi”, si evidenzia come profilo innovativo, riguardante più strettamente il diritto di accesso, quanto previsto all’art. 22, recante “Definizioni e principi in materia di accesso”, cioè il fatto che la potestà delle regioni e degli enti locali di garantire livelli ulteriori di tutela, differenti e complementari rispetto a quelli previsti dalla normativa vigente, resti ferma, ovviamente – anche per le ragioni che si individuavano *supra* - nell’ambito delle rispettive competenze.

Sempre nello stesso Capo V, poi, il legislatore ha confermato quanto già precedentemente previsto in materia di esclusione dal diritto di accesso (art. 24), cioè che le singole amministrazioni individuano categorie di documenti da esse formati “o comunque rientranti nella loro disponibilità” sottratti al diritto di accesso.

Per concludere, possiamo riassumere le nostre prime impressioni sulla novellata legge 241/1990 in due riflessioni, una di carattere generale, l’altra più incentrata sugli enti territoriali.

Anzitutto, si rileva che le modifiche ed integrazioni apportate rivestono un’importanza tale da poter dire che l’impianto di fondo della legge 241/1990 ne esce completamente mutato. Invero, in dottrina si era da più parti sostenuto che si trattava di una legge che, formulata per principi, conteneva non una disciplina generale dell’attività amministrativa di diritto pubblico, ma solo una disciplina generale del procedimento e del diritto di accesso ai documenti amministrativi, cioè del momento della formazione del potere, essendo in essa completamente assente la disciplina della validità, dell’efficacia, dell’autotutela. La novellata legge contiene, invece, anche un Capo IV-*bis*, recante la disciplina di “Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso.”, ed il citato art. 29 - dal quale è partita la nostra riflessione - precisa che quanto stabilito dalla legge in materia di giustizia amministrativa si applica a tutte le amministrazioni pubbliche.

Infine - e veniamo all’ultima riflessione - ben si può comprendere come la potestà regolamentare degli enti, anche per le ragioni richiamate in premessa, si collochi e si inserisca nell’ambito di un quadro di riferimento più ampio e, per esigenze di armonia normativa, debba inserirsi nel contesto costituzionale. A questa caratteristica fondamentale dell’intero ordinamento (l’armonia con i principi costituzionali) si aggiunge, nello spirito della legge in esame, il rispetto delle garanzie dettate in favore del cittadino in materia di azione amministrativa: il limite-condizione, così enunciato, caratterizza ed al tempo stesso condiziona l’autonomia regolamentare degli enti territoriali che potrà essere esercitata esclusivamente con il rispetto di tali limiti. La

riforma della legge 241/1990, nel recepire il mutato ordine costituzionale, lo rilancia e lo valorizza e ad un tempo responsabilizza gli stessi enti territoriali, almeno per quanto attiene alla disciplina sostanziale del procedimento e del diritto di accesso. Tutto ciò fa pensare che con questa “nuova 241” possa aprirsi una stagione nuova, in cui gli enti territoriali saranno chiamati ad esercitare a pieno la loro autonomia legislativa e regolamentare, con la conseguente necessità di un maggiore impegno e di una maggiore attenzione anche alla qualità della legislazione.