

Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*

di Maria Alessandra Sandulli

1. Il tema sul quale ho ritenuto opportuno promuovere questa prima comune riflessione nasce da un interrogativo immediatamente suscitato dalla lettura della l. n. 15/2005: quali sono, al di là delle numerose critiche che sicuramente si possono muovere a questa riforma - critiche che investono in buona parte la effettiva utilità o per meglio dire la inutilità di molte sue disposizioni - gli effetti che la l. n. 15/2005 e le sue successive modificazioni fino alla recentissima l. n. 80/2005 (di conversione del d.l. n. 35 sulla c.d. “competitività”) hanno avuto o, secondo alcuni primi commentatori, possono avere sul diritto processuale amministrativo.

Sicuramente la novella legislativa ha importantissimi ed amplissimi riflessi sul piano della “giustizia amministrativa” in senso lato, più genericamente comprensivo di ogni forma di tutela del cittadino nei confronti della p. A., ma la riforma produce effetti di vario genere anche in riferimento a profili più strettamente attinenti alla tutela giurisdizionale, investendo tra l’altro significativamente il riparto delle giurisdizioni ed i presupposti stessi dell’azione. Alcuni di questi effetti sono più eclatanti: primo fra tutti quello legato alla nuova distinzione tra c.d. vizi formali e vizi sostanziali, e alle diverse conseguenze che il legislatore del 2005 attribuisce alla violazione delle norme c.d. formali o procedimentali rispetto a quelle delle norme c.d. sostanziali (ciò che si traduce in un nuovo regime dell’illegittimità del provvedimento); di immediata evidenza sono del pari le modifiche alla disciplina del processo sul silenzio inadempiuto (che vede attribuire al giudice nuovi poteri coglatori sulla fondatezza della pretesa sostanziale). Ma vi sono anche altre disposizioni che, più o meno indirettamente, incidono sul processo amministrativo e che pertanto, pur restando nei limiti di una mera introduzione, vorrei passare rapidamente in rassegna, invitando poi tutti a farne oggetto di più attente riflessioni.

2. L’attenzione si ferma innanzi tutto sull’art. 1, che esplicita un principio, già esistente nell’ordinamento, che presenta ai nostri fini particolare interesse e che non è quello, sul quale si è massimamente concentrato l’interesse dei primi commentatori, del confine tra attività di diritto privato e attività di diritto pubblico (sul quale mi fermerò subito dopo), ma è il richiamo alla diretta applicabilità dei principi di diritto comunitario e quindi alla diretta soggezione di tutta l’attività amministrativa a tali principi cardine del sistema sovranazionale. Al di là del dibattito (che non può evidentemente essere affrontato in questa sede) su quali siano effettivamente i “*principi*” rilevanti (se cioè il legislatore abbia inteso richiamare tutte le norme di diritto comunitario o soltanto i “*principi*” in senso stretto), è sicuramente importante, anche per una migliore lettura di quanto poi la l. n. 15/2005 dispone nelle altre norme, sottolineare che l’ordinamento comunitario, anche e soprattutto nella Carta dei diritti dell’Unione e ora (per quanto possa valere) nella Costituzione europea, afferma espressamente regole come quelle della proporzionalità, dell’affidamento, della certezza del diritto, del diritto ad una buona amministrazione, della partecipazione, dell’accesso, della necessità della motivazione, dei rapporti tra la tutela reintegrativa e quella risarcitoria, dell’effettività della tutela. Quelli appena enunciati sono tutti principi irrinunciabili, alla luce dei quali vanno poi necessariamente lette anche le norme sulla diversa rilevanza dei vizi dell’atto che poi ritroviamo nella nuova l. n. 241/1990.

3. L’altra suggestione che viene dall’art. 1 è quella dei riflessi che potrebbero avere sul processo e, prima ancora, sulla giurisdizione, le regole, frutto di una lunga e laboriosa gestazione,

che inquadrano il modo di agire della pubblica amministrazione secondo il binomio pubblico/privato. La l. n. 15/2005, in realtà, non dice, a mio avviso, sotto questo profilo, nulla di nuovo: *“La p.a nell’adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”*. Ma, se l’amministrazione non agisce nell’esercizio di un potere - e, se l’amministrazione, per usare le parole del legislatore, adotta atti di natura non autoritativa, significa soltanto che non sta esercitando un potere - ci hanno tradizionalmente insegnato che essa agisce *iure privatorum* e quindi non mi pare che la legge sia foriera di grandi novità, soprattutto rispetto al quadro che aveva ricostruito in parte, sotto il profilo della giurisdizione, la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, ponendo in maniera particolare l’accento proprio sul profilo dell’esercizio del potere come confine per il riparto delle giurisdizioni (sullo stretto collegamento tra la sentenza 204 e il nuovo art.1, co 1 bis della l.241/1990, mi permetto di rinviare alle riflessioni già svolte in sede di *Introduzione* all’incontro su *“Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e giurisdizione esclusiva”* organizzato a Roma Tre il 20 ottobre 2004, in autonomo quaderno del Foro Amm.-TAR, Milano, Giuffrè 2005).

Ma quali sono le novità della norma in rapporto con il successivo co 1 *ter*, secondo il quale *“i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrativa assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”*?. Se i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative – e non è certo questa la sede per enumerarle – sono equiparati a chi esercita un potere e quindi sono, a questi fini, a loro volta pubblico potere, questo dovrebbe anche superare ogni dubbio residuo sulla giurisdizione. Paradossalmente, invece di sottrarre alla giurisdizione del giudice amministrativo alcuni ambiti di attività svolte dall’amministrazione, il combinato di queste norme potrebbe quindi segnare la riconduzione al giudice amministrativo, senza alcun dubbio, di tutte le attività svolte dai privati che costituiscono in qualche modo esercizio di funzione amministrativa. Certamente non bisogna eccedere su questa strada ed i limiti di quest’ambito pubblico di attività svolte da parte di privati, sono, a mio avviso, ricavabili anche dalle successive disposizioni in tema di accesso. La disciplina relativa al diritto di accesso riconduce infatti alla *“pubblica amministrazione”* soltanto le attività che corrispondono al perseguimento di un interesse pubblico. Nel nuovo testo dell’art. 22 si legge invero testualmente che *“pubblica amministrazione”* *“sono tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente all’attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”*. Non tutte le attività che sono svolte da un soggetto preposto ad pubblico servizio sono quindi assoggettabili alle regole dell’azione amministrativa, ma soltanto quelle attività che esso svolga nell’ambito delle attività di pubblico interesse disciplinate da norme di diritto pubblico; se quello stesso soggetto svolge anche attività di diritto privato, in regime di concorrenza, quel tipo di attività non potrà essere ricondotto al concetto di pubblica amministrazione, con tutto quello che ne consegue sul piano delle regole ad esse applicabili e della giurisdizione (mi si consenta di rinviare in proposito, per i profili che investono il regime dell’affidamento a terzi, al mio *“Impresa pubblica”*, in R.GAROFOLI e M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva CE 18/2004 e nella legge comunitaria n. 65/2004*, Milano, Giuffrè, 2005).

4. Proseguendo in questa velocissima disamina della novella legislativa, l’accento cade immediatamente sulla norma sul silenzio, che, come accennavo, costituisce una delle modifiche più eclatanti della nuova l. n. 15/2005 e della successiva l. n. 80/2005. È importantissimo che finalmente il giudice possa conoscere della fondatezza dell’istanza. Io stessa, in un convegno svoltosi nel 2001 a Sirmione [cfr. M.A. SANDULLI, *La disciplina del silenzio della Pubblica Amministrazione: spunti di riflessione in materia di tutela giurisdizionale*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata. Atti del IX Convegno biennale di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, 183] pur sostenendo la tesi (allora minoritaria, ma subito dopo condivisa dall’Adunanza Plenaria del

Consiglio di Stato) che, fino a quando una disposizione di questo tipo non fosse stata espressamente inserita in una norma di legge non si poteva, alla stregua delle vigenti disposizioni sul rito speciale di cui all'art.21 *bis* l. 205/2000, riconoscere al giudice tale potere, avevo auspicato una disposizione di questo tipo. Trattasi di un potere sicuramente molto opportuno, ma esso deve essere contenuto entro certi limiti e con necessarie garanzie anche sotto il profilo processuale. La legge è invece troppo vaga. Si limita a disporre che “*il giudice può conoscere della....*”. Ma quando? Quando gli è gradito o, come sembrerebbe più corretto, quando l'atto è vincolato, sicché il potere sarebbe comunque limitato ai casi in cui non possa residuare dubbio sulla fondatezza della pretesa? E ancora. È giusto che lo faccia nell'ambito del rito sul silenzio? Sappiamo che, quando nel corso del giudizio sul silenzio, l'Amministrazione ha adottato un provvedimento espresso, la giurisprudenza, a mio avviso affatto correttamente, ha escluso che si potessero proporre motivi aggiunti per impugnare il provvedimento sostanziale nell'ambito del rito speciale sul silenzio. Quello introdotto dal surrichiamato art. 21 *bis* è un rito accelerato e semplificato, con minori garanzie di contraddittorio che si giustifica proprio per il fatto che non vi si decideva sulla fondatezza della pretesa. Nel momento in cui si riconosce al giudice il potere di decidere su quest'ultima, occorre coerentemente anche modificare il tipo di rito.

Ancora sul silenzio, la legge dispone sostanzialmente che il privato ha diritto a che l'amministrazione si pronunci sull'istanza per un anno, poiché soltanto per un anno può proporre l'azione davanti al giudice, mentre, decorso un anno deve proporre una nuova istanza. Qualche Autore [M.OCCHIENA, *Riforma della legge 241/1990 e “nuovo” silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in *www.giustamm.it*, in sede di commento a prima lettura], si è posto il dubbio: forse, decorso l'anno, l'istante può comunque limitarsi a utilizzare il vecchio procedimento avverso il silenzio, limitandosi a notificare un'apposita diffida, aspettando poi che l'amministrazione si pronunci nei termini decorrenti da quest'ultima? A mio avviso la risposta deve essere negativa. L'anno va a limitare proprio l'utilizzabilità dell'istanza, anche perché decorso tale periodo potrebbero nascere problemi legati allo *jus superveniens*, come giustamente rappresentato dalla stessa norma, quando espressamente ancora la possibilità di una nuova istanza al ricorrere dei relativi presupposti.

5. L'indagine si sposta ora sulla motivazione (art.3). La nuova disciplina sui vizi formali e procedurali (art. 21-*octies*) ha ingenerato la diffusa convinzione che sia stata in tal modo ormai introdotta nell'ordinamento la possibilità di motivazione postuma [G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *www.giustamm.it*]. Si è anche affermato che il difetto di motivazione possa in alcuni casi essere considerato un vizio meramente formale, inidoneo pertanto a comportare l'illegittimità del provvedimento. Vi è in proposito giurisprudenza abbastanza cospicua dei TAR nel senso che l'obbligo di motivazione sia comunque eludibile per gli atti di natura vincolata [cfr. gli “*Osservatori*” a cura di F. FRENI sui fascicoli del 2005 del *Foro Amm. TAR*]: i timori che erano stati espressi durante l'iter di approvazione della legge sugli effetti dell'art. 21-*octies* [mi sia consentito richiamare il mio *Comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza (spunti dai recenti progetti di riforma)*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 1595, e id., *Vizi formali e vizi sostanziali: prime riflessioni*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo. Atti del X Convegno biennale di Diritto amministrativo. Brescia, 23 ottobre 2003*, Giuffrè, Milano, 2004, 133, nonché, per tutti, D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo*, Milano 2003] si stanno rivelando fondati. Mentre un recentissimo TAR Campania [TAR Campania, Salerno, Sez. I, 4 maggio 2005, n. 760] afferma, come pacifica, l'introduzione da parte della l. 15 della possibilità della motivazione postuma, contestabile con i nuovi motivi aggiunti. Il punto meriterebbe, a mio avviso, più attenta riflessione. L'integrazione della motivazione in corso di causa non è equiparabile all'adozione di un nuovo provvedimento: anche prima della l. 15 era possibile, ed è tuttora possibile, per l'Amministrazione sostituire il provvedimento originariamente impugnato con un

nuovo atto contro il quale il ricorrente si può difendere con i nuovi motivi aggiunti. Ma consentire all'amministrazione di giustificare *ex post* il proprio operato può comportare effetti dirompenti proprio sotto il profilo della tutela. A prescindere dal presumibile diverso grado di responsabilità derivante dall'adozione di un atto illegittimo o meramente irregolare, possono invero essere mutate nel frattempo le situazioni di fatto e di diritto, di cui un provvedimento successivo deve necessariamente tenere conto. Ammettere invece che la p.A. possa semplicemente integrare con una motivazione postuma un provvedimento già illegittimamente adottato significa darle in mano armi che appaiono esagerate. Se comunque proprio bisogna ammettere una motivazione postuma, sarebbe quantomeno opportuno limitare il momento in cui essa può essere esternata e resa nota, imponendo all'amministrazione di indicare le ragioni che erano state alla base del provvedimento e che aveva ommesso di rappresentare contestualmente a quest'ultimo entro il termine di venti giorni indicato dall'art. 22 l. TAR o, qualora non sia aperto uno specifico contenzioso, entro un analogo termine dall'apposita richiesta eventualmente fattane dall'interessato: ciò all'evidente fine di non lasciarle la possibilità di protrarre a tempo indeterminato una situazione di incertezza, magari modificando i termini della controversia anche dopo anni di giudizio, al momento della decisione del merito.

In termini opposti, si è altresì provato ad ipotizzare, invece, che il vizio di motivazione possa essere addirittura inquadrato tra i casi di nullità, come difetto di un elemento essenziale del provvedimento [G. MONTEDORO, cit., che peraltro giunge poi alla soluzione negativa]. Forse, ancora una volta, la soluzione sta nel mezzo: il difetto di motivazione è un vizio sostanziale. Esso integra del resto una violazione del diritto comunitario, oltre che del diritto costituzionale sotto il principio del buon andamento e delle esigenze di buona amministrazione. La stessa l. n. 15/2005, in diversi passaggi, rinforza il valore della motivazione: così quando, all'art. 10 *bis*, nell'imporre la comunicazione della probabile decisione reiettiva di un'istanza, sottolinea la necessità di rendere conto delle ragioni per le quali si respingono gli argomenti eventualmente opposti dall'interessato; o, ancora, all'art. 6, a proposito del responsabile del procedimento, sottolinea l'esigenza che l'organo competente ad adottare il provvedimento, se decide di andare in contrario avviso rispetto al responsabile, deve motivare le ragioni di questo dissenso.

6. A proposito della comunicazione di avvio di provvedimento sfavorevole, merita in questa sede evidenziare che in dottrina [F. FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990*, in www.giustamm.it], se ne è ipotizzato l'onere di immediata impugnazione. Il dubbio, per vero prospettato in chiave puramente tuzioristica, non appare però realisticamente fondato, in quanto la comunicazione in quanto tale non è ancora atto idoneo a ledere posizioni giuridiche soggettive.

E' invece sicuramente rilevante nell'odierno dibattito l'eventuale contrasto tra il provvedimento sfavorevole e l'iniziale preavviso: mi riferisco al caso in cui l'istanza sia rigettata per motivi diversi di quelli indicati nella comunicazione. Si configura a mio avviso in quest'ipotesi un vizio di legittimità del provvedimento. Alcuni primi commentatori affermano tuttavia che il contrasto integrerebbe ancora una volta un mero vizio procedimentale, in quanto il preavviso è una forma di comunicazione di avvio del procedimento e quindi i vizi ad esso correlati seguirebbero il regime dell'art. 21 *octies*. La mia critica a questa linea interpretativa è sempre la stessa [mi si consenta perciò di rinviare alle più ampie riflessioni svolte in *La comunicazione...*, cit.]: perché scrivere norme a garanzia del cittadino, per poi consentirne l'elusione? Le considerazioni che precedono rivelano peraltro quanto meno l'opportunità che il Legislatore sanzioni in termini più chiari e severi l'omesso rispetto dell'obbligo motivazionale. Non solo: l'incertezza normativa e giurisprudenziale sulla giurisdizione rafforza l'importanza della disposizione che impone di indicare nel provvedimento anche i rimedi esperibili avverso di esso.

Nel denunciato stato di confusione che rende estremamente arduo anche per gli avvocati e per i giudici stabilire il complesso giurisdizionale a cui rivolgersi, è inaccettabile (e contrario al dettato dell'art. 24 Cost.) che la legge non si sia fatta carico di disciplinare gli effetti dell'omessa indicazione, nel provvedimento, della sede dinanzi alla quale esso deve essere contestato. In uno Stato di diritto, che giustamente colloca il diritto di difesa tra quelli costituzionalmente garantiti, l'errore incolpevole sulla giurisdizione non può determinare la decadenza dall'azione, in seguito all'eventuale scadenza dei termini per adire il giudice effettivamente competente: se questo fosse sempre espressamente indicato nel provvedimento, non si potrebbe invero dubitare dell'impossibilità di far ricadere sull'agente la responsabilità – e le conseguenze – di eventuali errori! Almeno sotto questo profilo, a meno che il legislatore non affermi esplicitamente l'irrelevanza dell'errore sulla giurisdizione ai fini della decadenza/prescrizione dell'azione, non possiamo quindi accettare la tesi che il difetto di motivazione sia un vizio meramente formale.

7. Particolare attenzione deve essere dedicata in questa rapidissima rassegna del nuovo testo normativo, anche alle modifiche introdotte ai contenuti della comunicazione di avvio del procedimento. Il nuovo art. 8 *c-bis*) afferma che essa deve ora altresì indicare la data di presentazione dell'istanza (nei procedimenti che la richiedono; l'indicazione si riferisce evidentemente soprattutto ai controinteressati, mentre per l'istante può essere utile come data certa del ricevimento da parte dell'Amministrazione) e quella in cui l'iter procedimentale deve essere concluso, nonché i rimedi esperibili in caso di inerzia: la precisazione è molto importante alla luce di quanto si è detto sulla rilevanza della data da cui decorre il termine per proporre validamente l'azione avverso il silenzio.

8. Un'altra importante novità della l. n. 15/2005 è, come noto, lo spazio lasciato agli accordi sostitutivi di provvedimento, ammessi ormai con carattere di generalità, senza il limite della previa specifica disposizione di legge. A mio avviso, quando la legge parla di contenuto discrezionale del provvedimento, non possiamo tuttavia intendere il riferimento come esteso anche ai casi di discrezionalità tecnica o, quanto meno, occorre essere molto severi sulla possibilità di ammettere accordi per i provvedimenti che costituiscono espressione di quest'ultimo tipo di discrezionalità. Il richiamo al contenuto discrezionale del provvedimento deve essere a mio avviso più correttamente riferito ai casi in cui l'amministrazione abbia un potere pieno di scelta sul tipo di provvedimento da adottare.

Nella nuova disciplina una notevole incertezza è data poi dal ruolo della determinazione pubblica che deve precedere l'accordo. Di che tipo di atto si tratta? Che tipo di contenuto deve avere? Deve essere una specie di autorizzazione a contrarre o deve piuttosto corrispondere all'approvazione di un piano di lottizzazione?. Sicuramente trattasi a mio avviso di un elemento essenziale dell'atto: quindi la sua assenza, come quella della dichiarazione di p.u. rispetto al decreto di esproprio, determina la nullità dell'accordo, nei termini di cui si vedrà *infra*. Sempre sotto il profilo processuale, si evidenzia che la norma sugli accordi afferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non soltanto sulla formazione e conclusione dell'accordo, ma anche sulla sua esecuzione. Sicuramente non mi sembra che ci siano dubbi (anche alla luce della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale) sulla coerenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla formazione e conclusione dell'accordo, che interviene proprio quando l'amministrazione ha il potere di provvedere in via autoritativa, inserendosi in un procedimento già aperto, in risposta alle osservazioni dei privati. Ho invece forti dubbi sulla compatibilità costituzionale della giurisdizione esclusiva sulla esecuzione dell'accordo.

9. In tema di conferenza di servizi, sotto il profilo processuale, un'importante novità è rappresentata dall'eliminazione della possibilità di notificare il dissenso in un momento successivo a quello della conferenza, contestando in sede giurisdizionale il provvedimento non condiviso.

L'art. 14 *ter*, comma 7, seconda parte, è ormai abrogato e quindi il soggetto che vuole esprimere il proprio dissenso può farlo soltanto all'interno della conferenza, perdendo in caso contrario ogni successivo potere di contestazione della decisione assunta, anche nelle forme della sua impugnazione. La riferita conclusione è del resto coerente con quanto disposto dall'art. 14 *quater*, che, al primo comma, afferma che “*il dissenso deve essere immediato, motivato e costruttivo*”. Deve invece ritenersi fermo il potere di impugnare la decisione della conferenza da parte dell'amministrazione che abbia ritualmente e tempestivamente manifestato il proprio dissenso.

10. La conferenza di servizi è comunque uno strumento che sembra destinato a crescere notevolmente, in relazione alla nuova disciplina sul silenzio assenso (art. 20 l.241) introdotta dalla l. n. 80/2005, la quale dispone che *tutti* i procedimenti ad istanza di parte (salvo quelli riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, e salvo i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali ed in cui la legge qualifica il silenzio come rigetto dell'istanza, nonché salvo gli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e, infine, salvo che l'Amministrazione non indica, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, una conferenza di servizi) debbano considerarsi conclusi in senso implicitamente favorevole a quest'ultima in ogni caso in cui l'amministrazione non si pronunci entro trenta giorni entro il termine massimo di trenta giorni dalla relativa presentazione. Gli effetti della novella sul processo sono quelli generalmente rilevati nei confronti dell'istituto del silenzio-assenso, sicché, oltre ad una indispensabile nota critica sulla eccessiva ed indiscriminata estensione dello strumento (basti, ad esempio, pensare che tra i provvedimenti ad istanza di parte rientrano sicuramente quelli diretti all'ottenimento di sovvenzioni o di concessioni, siccome del resto confermato dal raffronto con la contestuale riforma della d.i.a.), essa non merita in questa sede particolare considerazione.

11. Interesse processuale assai maggiore hanno invece le nuove disposizioni sulla d.i.a., che, a parte prevedere anche in questo caso un più ampio utilizzo dell'istituto (con tutti i problemi che ne conseguono anche sul piano dei riflessi sulla normativa regionale [mi si consenta sul punto di rinviare a A. CELOTTO, M A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali (e degli enti locali): un “nodo di Gordio”*, in corso di pubblicazione su www.giustamm.it] lo assimilano sostanzialmente ad un provvedimento implicito, sul quale infatti prevedono la possibilità di autotutela, riconducendolo coerentemente alla giurisdizione (tuzioristicamente definita “*esclusiva*”, ma in realtà a questo punto “*di legittimità*”) del giudice amministrativo e semplificando per l'effetto anche le complesse questioni processuali legate alla difficoltà di contestare ... in giudizio gli effetti derivanti dall'illecito utilizzo di una “*denuncia privata*”.

12. Passiamo ora ad esaminare gli effetti sul processo delle disposizioni introdotte dal nuovo capo IV *bis*, aggiunto dalla l. 15 (i tanto discussi artt. 21 *bis* – 21 *nonies*). Viene in primo luogo in considerazione la nuova regola sul carattere generalmente recettizio di tutti i provvedimenti limitativi della sfera giuridica del destinatario (la tradizionale categoria degli atti ablatori). Tanto l'atto quanto il fatto della sua comunicazione al destinatario hanno ormai una funzione parimenti costitutiva rispetto all'effetto giuridico del primo, con la conseguenza che, prima del ricevimento della comunicazione, non soltanto non decorre, per il destinatario dello stesso provvedimento, il termine per la sua eventuale impugnazione (principio che per il passato trovava un limite nella prova che l'Amministrazione o possibili controinteressati fossero riusciti a fornire della piena conoscenza acquisitane in altro modo), ma, soprattutto, il provvedimento non rileva in eventuali giudizi in corso e non incide sugli effetti di un giudicato. Sto pensando ad esempio agli effetti dell'imposizione di un vincolo di inedificabilità o di destinazione sul calcolo dell'indennità di esproprio; oppure agli effetti che esso può esplicare sulla possibilità di rilascio di un permesso di

costruire o sulla utilizzabilità della d.i.a.; o, ancora, sul concreto vantaggio ricavabile dall'eventuale giudicato di annullamento di un precedente diniego del titolo autorizzativo.

13. Mentre non si rilevano specifici profili di interesse processuale nelle nuove disposizioni sull'efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento (artt. 21 *ter* e 21 *quater*) e sul recesso dal contratto (art. 21 *sexies*), merita spostare l'attenzione sulla disciplina della revoca. L'art. 21 *quinquies* aggiunto dalla l. n. 15/2005 ci ricorda che i provvedimenti amministrativi possono essere revocati (e sul punto si limita ancora una volta a confermare un principio già pacifico nell'ordinamento), ma, nell'introdurre la regola generale dell'obbligo di indennizzo, ne affida le eventuali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Alla luce della sentenza 204/2004 della Corte costituzionale, avrei tuttavia qualche dubbio sulla costituzionalità di quest'ultima disposizione, posto che, per un verso, presupponendo l'indennizzo un atto legittimo, la giurisdizione del giudice amministrativo *in subiecta materia* non è riconducibile a quella sul risarcimento e, per l'altro, risolvendosi l'indennizzo in una forma di riparazione patrimoniale, a meno di riconoscerci un contenuto assolutamente discrezionale (ciò che peraltro inciderebbe sotto altro profilo sulla sua costituzionalità) esso non è facilmente riconducibile al binomio potere/interesse legittimo.

14. Non sembra, invece, almeno a prima vista, aggiungere molto la norma sulla nullità. La migliore manualistica di diritto amministrativo ci ha tradizionalmente insegnato che il difetto di uno degli elementi essenziali implica l'inesistenza dell'atto e che a questa deve essere equiparata la "nullità di pieno diritto" che l'ordinamento in talune ipotesi colleghi alla violazione di norme imperative [A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, 664]. Abbiamo letto del resto i commenti di IRTI [N. IRTI, *Concetto giuridico di <> e invalidità dell'atto*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2765] e MERUSI [F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649] in cui ci si chiede a cosa serva questa norma. La particolare ottica di questa indagine spinge peraltro ad un ulteriore sforzo per valutarne gli eventuali effetti sul piano della giurisdizione. La domanda che la disposizione più insistentemente pone è invero se il fatto che il legislatore abbia così decisamente optato per qualificare tali carenze in termini di nullità invece che di inesistenza risponda ad uno specifico disegno e sia quindi in qualche modo idonea ad influire sulla giurisdizione. Se invero la nullità pura venisse ancora equiparata, come a me parrebbe corretto, all'inesistenza dell'atto, la competenza a conoscerne sarebbe in ogni caso a pieno titolo del giudice ordinario. Qualora tuttavia, secondo una diversa chiave interpretativa, l'atto amministrativo nullo fosse da considerare come un atto comunque idoneo a produrre internamente i suoi effetti, costituendo in ogni caso esercizio del potere dell'autorità che lo ha assunto, esso si troverebbe automaticamente affidato alla giurisdizione del giudice amministrativo. La conclusione, rispondendo piuttosto ad una *fictio legis* che non alla giusta ricostruzione di un reale esercizio del potere di cui l'amministrazione è attributaria (che non può ritenersi sussistente se l'atto è privo di uno dei suoi elementi essenziali) rischierebbe però a mio avviso una facile condanna di incostituzionalità.

Quanto all'aver qualificato in termini generali come nullità le diverse ipotesi di elusione del giudicato, la norma, pur offrendo una precisazione senz'altro opportuna in un clima di costante incertezza, si limita ancora una volta a che confermare un principio giurisprudenziale consolidato. Mentre ne è conseguenza pacifica la competenza del giudice amministrativo in sede di ottemperanza e la relativa previsione non ha a mio avviso alcun effetto sulla competenza a giudicare anche nel merito ex art. 27, n. 4 t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato. La precisazione dimostra piuttosto, per altro verso, proprio per la regola *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, che la competenza sulla nullità resta al giudice ordinario.

15. La tematica dei vizi formali e sostanziali è troppo ampia ed è stata troppo ampiamente dibattuta per soffermarvisi oltre in questa sede. Mi limiterò quindi a rinviare a quanto sostenuto negli scritti già citati al precedente punto 4. L'unica cosa che mi preme ancora sottolineare è che la giurisprudenza la considera una norma di applicabilità immediata, invocabile quindi anche nei giudizi relativi a provvedimenti anteriori all'entrata in vigore della legge [cfr. testualmente TAR Campania, Salerno, Sez. I, 4 maggio 2005, n. 760].

16. Un'ultima riflessione deve essere infine dedicata all'accesso. La relativa disciplina è sensibilmente cambiata: l'accesso incontra tuttora moltissimi limiti, forse addirittura più che in passato, nonostante l'affermazione che la relativa garanzia rientra tra i c.d. LEP, a conferma di quanto già rilevato in riferimento ai rapporti tra l. n. 241 e l. n. 142 del 1990 nel convegno torinese in onore del Prof. Casetta [M.A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.* 2002, 555]. L'affermazione non vale invero a mio avviso a controbilanciare la discrezionalità di cui tuttora l'amministrazione dispone nella valutazione dei limiti e dei casi in cui l'accesso può non essere consentito. Ciò che ne esclude, anche alla stregua della rigorosa lettura del sistema data dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204, la configurabilità in termini di diritto soggettivo. Con più specifico riferimento al processo, merita infine sottolineare che la l. n. 15/2005 stabilisce che quando il ricorso sul diniego (o sul silenzio) dell'istanza di accesso si va ad inserire nell'ambito di un giudizio già pendente, esso deve essere notificato all'amministrazione "o" ai controinteressati. L'improprio uso della particella disgiuntiva, pur immediatamente denunciato [M.A. SANDULLI, *Introduzione*, in *L'azione amministrativa*, a cura di V. Italia, Milano, Giuffrè, 2005] poteva essere addebitato ad una (peraltro gravissima) "svista". Essa è però ripetuta anche nella l. n. 80/2005, che modifica la norma e la riscrive lasciando intatta la disgiuntiva "o". Da un lato, quindi, l'insistenza del richiamo all'obbligo di notifica ai controinteressati, a pena di inammissibilità del ricorso, conferma la tesi che riconosce tuttora all'accesso natura di interesse legittimo; dall'altro, mantenendo la disgiuntiva, non risolve il problema della previsione di un ricorso che...potrebbe non essere notificato all'Amministrazione che non ha concesso l'accesso (!?). Il risultato è ancora più singolare quando si consideri che, pur riscrivendo la norma, il legislatore non si è curato di armonizzarla con l'ipotesi più generale in cui il ricorso sull'accesso sia proposto per così dire in prima battuta (a prescindere cioè dalla pendenza di un precedente giudizio), per il quale manca una specifica previsione sugli oneri di notifica (con i noti problemi che ne conseguono in caso di omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati).

Mi si consenta, in chiusura, uno sfogo: abbiamo aspettato quattro anni per chiudere il capitolo della riforma del procedimento amministrativo e appena la legge è uscita, dopo quindici giorni, è uscito il decreto legge sulla competitività che ha modificato altre parti della legge sul procedimento e, come se non bastasse, la legge di conversione di quest'ultimo decreto ha ulteriormente modificato la l. n. 15/2005.

Decisamente, la certezza del diritto non è più in questo modo un valore rispettato.

* Lo scritto costituisce il testo della Relazione introduttiva tenuta dall'A. al convegno organizzato (in collaborazione tra l'Università Bocconi, Il Foro Amm.-TAR e la Scuola per le professioni legali di Pavia) presso l'Università Bocconi di Milano il 25 maggio 2005, su "*Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo: una riflessione a più voci*". Gli atti del convegno saranno pubblicati su apposito supplemento del Foro Amm.-TAR.

