



OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE

9 e 10 giugno 2005

Sede SSPAL Puglia Palazzo Fizzarotti – Corso V. Emanuele II, 193 Bari

**LA NUOVA LEGGE N. 241/90
(Legge 11 febbraio 2005, n. 15. Modifiche ed integrazioni alla
legge 7 agosto 1990, n. 241 e legge 14 maggio 2005, n. 80)**

A cura di Pasquale Rutigliani

con la collaborazione di Patrizia Giallonardi

LA NUOVA LEGGE 241

(Legge 11 febbraio 2005, n. 15. e Legge 15 maggio 2005, n. 80 modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa)

L'ottica propositiva del presente lavoro è quella di offrire ai Colleghi dell'Osservatorio una chiave di lettura ideale, un filo di Arianna per districarsi nelle molteplici innovazioni apportate dalle recenti normative - mi riferisco alla L. 11 febbraio 2005 n. 15, recante "modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, ed ancora alla più recente L. 15 maggio n. 80 che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale - all'impianto originario della L. 241/90, più nota come: "legge sulla trasparenza amministrativa".

Trattasi di una delle più importanti leggi che siano state varate negli ultimi anni in quanto - è stato giustamente rilevato - ad essa si deve l'introduzione di principi di straordinaria rilevanza culturale, civile e democratica, oltrechè di valenza giuridico-amministrativa, in quanto pone il rapporto tra la pubblica amministrazione ed il cittadino su un piano di parità dialettica, di reciprocità di situazioni giuridiche, di diritti e di doveri, di possibilità di intervento, di obblighi e di responsabilità.

Approfitto per evidenziare un'analogia che è molto vicina al comune sentire dei Colleghi: come la legge, quasi coeva, n. 142/1990 "sull'ordinamento delle autonomie locali", oggi sostituita dal D.Lgs. n. 267/2000 "Testo unico delle leggi sull'ordinamento locale", aveva segnato il "giro di boa" del percorso relativo alla ristrutturazione organizzativa e funzionale dell'amministrazione pubblica, poi continuato con le leggi Bassanini e da ultimo culminato con la riforma del Titolo V della Carta costituzionale, così la legge 241/90 può considerarsi, per certi aspetti il punto di svolta della disciplina concernente le norme generali sull'azione amministrativa.

La successiva legislazione intervenuta (L. 15/2005) è frutto di un lavoro di critica, approfondimento e sistemazione effettuato dalla Commissione per l'esame di iniziative legislative in tema di attività amministrativa e tutela del cittadino (costituita con decreto del P.C.M. 23 luglio 2001 e presieduta dal Ministro per la funzione pubblica, oltre che di una precedente proposta di legge (Atto Camera n. 6844 della XIII legislatura) presentata ed approvata dalla Camera dei deputati nel 2000.

Tanto a dimostrazione che le sostanziali modifiche introdotte dall'impianto originario della norma, sono state soppesate anche tenendo conto dei contributi della dottrina e della giurisprudenza.

Non altrettanto può dirsi della novella legislativa introdotta con la L. n. 80/2005 pubblicata nel supplemento ordinario n. 91 alla G.U. n. 111 del 14 maggio 2005, che ha sostituito 3 articoli e modificato 7 commi della precedente norma di due mesi prima (L. 11 febbraio 2005, n. 15).

Ma di questa norma tratterò in seguito, non senza rilevare che sono davvero lontani i tempi in cui, come diceva Montesquieu nel suo *Esprit des Lois* "Le leggi inutili

indeboliscono quelle necessarie", così come "la moltiplicazione delle leggi inutili, - per dirla con Tacito (Annales, ab excessu divi Augusti, III, 27,3) - indicava la decomposizione dello Stato "*corruptissima Repubblica, plurimae leges*".

Dopo aver individuato i tratti salienti di carattere generale della novella legislativa n.15/2005, evidenzierò alcune specificità maggiormente significative circa l'impianto complessivo della normativa in esame, salvo alcuni aspetti di maggiore interesse che saranno trattati dalla collega Maria Trani (in special modo la trattazione relativa alla Conferenza di servizi).

Infine illustrerò l'ulteriore apporto dispositivo introdotto dalla legge 80/2005 e l'impatto conseguente con il *corpus iuris* della L. n. 15/2005.

Il taglio, volutamente discorsivo della presente trattazione, non si propone approfondimenti tecnici, scientifici, dottrinari o giurisprudenziali di sorta (oltretutto questi ultimi sono ancora da venire) e tiene conto del bagaglio giuridico, professionale di ciascuno dei partecipanti e quindi comincerò con l'evidenziare le principali novità della novella legislativa.

PRINCIPALI FINALITA'

Con la Legge 11 febbraio 2005, n.15, la Legge 241/90 sul procedimento amministrativo subisce un *restyling*, sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello formale, che le consente di apparire più attuale ed al passo con i tempi, oltrechè di uniformarsi ai mutamenti socio-culturali e amministrativi intervenuti nell'ultimo decennio.

Le numerose innovazioni introdotte - che sembrano ispirarsi alla logica aristotelica, secondo la quale "*anche quando le leggi sono state scritte, non dovrebbero rimanere sempre inalterate*" - hanno portata assai ampia e incidono su molteplici istituti. Tuttavia pare possibile rintracciare, fin d'ora, alcune "chiavi di volta" della recente riforma: le "parole d'ordine" sembrano essere: bando ai formalismi e più pragmatismo, efficienza, celerità, pubblicità ed adeguamento alle evoluzioni registratesi tanto nel campo della tecnologia e della telematica, quanto in ambito giuridico, con particolare riferimento, sia alla crescente esigenza di armonizzazione della normativa nazionale con quella comunitaria, sia alla riforma costituzionale che ha investito il "nuovo" Titolo V della nostra Costituzione.

Quanto all'esaltazione dei principi generali del "buon andamento" (comunemente ricondotto all'efficienza dell'azione amministrativa necessaria affinché l'interesse pubblico sia perseguito secondo criteri di economicità, efficacia, efficienza e speditezza e con il minor sacrificio possibile degli interessi particolari dei privati) e della trasparenza, il legislatore si è mosso nella consapevolezza che il rapporto fra pubblica amministrazione e cittadini è ormai lontano da quello di stampo autoritario e statalista che tendeva a piegare gli interessi dei cittadini alle esigenze della "*cosa pubblica*". E' ormai maturata la coscienza della collettività ed è fortemente cambiato il contesto sociale e culturale nel quale l'amministrazione pubblica viene ad operare: il cittadino oggi è in grado di pretendere efficienza, rapidità nonché un'effettiva partecipazione e coinvolgimento nei procedimenti che lo riguardano. Già con la legge n. 241/1990 si era

avuta una vera e propria "rivoluzione copernicana" che del resto non faceva altro che "formalizzare" le tendenze, consolidatesi sia nella giurisprudenza italiana che nella normativa comunitaria, volte a consacrare i principi del cosiddetto "giusto procedimento". Con la novella in esame, tuttavia, il "buon andamento" della pubblica amministrazione, che la nostra Costituzione da sempre proclama come uno dei capisaldi dell'organizzazione amministrativa, pare davvero trovare risposte puntuali nel diritto positivo.

Adesso passo ad illustrare - seppure sinteticamente e seguendo la scrupolosa successione numerica degli articoli in base alla nuova impostazione - le modifiche e le integrazioni più rilevanti apportate alla oramai "vecchia" legge. Tra le norme più importanti si segnalano quelle con le quali:

1. si integrano *i principi generali dell'azione amministrativa* (aggiungendo quello di trasparenza, in realtà già insito nel nostro sistema amministrativo) con quelli derivanti da fonti comunitarie (su tutte la nuova Costituzione europea art. II -101), ed in particolare quelli elaborati dalla Corte di Giustizia, quali il "principio di proporzionalità" e di "legittima aspettativa" ("*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, 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*", cfr. il nuovo art. 1);
2. si riconosce alla pubblica amministrazione la generale possibilità di utilizzare, ma solo nell'adozione di atti non autoritativi, anche i più agili strumenti di diritto privato per il perseguimento dei propri fini istituzionali ("*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti non autoritativi, agisce secondo norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*", cfr. il nuovo art. 1 bis). L'introduzione della norma sembra voler preludere all'affermazione di un principio generale secondo il quale lo strumento negoziale vada comunque preferito quando sia possibile non avviare il procedimento autoritativo;
3. si prevede la possibilità di esperire ricorso avverso il silenzio prestato dalla pubblica amministrazione senza necessità della previa diffida all'amministrazione inadempiente, diffida prima ritenuta, invece, necessaria dalla consolidata giurisprudenza ("*...omissis... Il ricorso avverso il silenzio può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fintanto che perdura l'inadempimento... omissis...*", cfr. nuovo art. 2, comma 4 bis); in tal senso è opportuno sottolineare come la norma vada correlata anche alle modifiche introdotte all'art. 8 laddove si prevede che nella comunicazione di avvio del procedimento sia indicata la data entro la quale il procedimento deve concludersi, nonché rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione;
4. si rafforza l'amministrazione telematica laddove essa prevede espressamente il ricorso a strumenti telematici, nei rapporti interni, tra diverse amministrazioni e tra queste ed i privati ("*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni,*

tra le diverse amministrazioni e tra queste ed i privati", cfr. i nuovi artt. 3 bis e 14, comma 5 bis);

5. si prevede che l'organo competente all'adozione del provvedimento finale non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del provvedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale (*"l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale"*, cfr. il nuovo art. 6 lett. e); in tal senso sembra accentuarsi la distinzione tra responsabile del provvedimento e responsabile del procedimento, il tutto nell'ambito di una più generale sottolineatura del principio di responsabilità;
6. si prevede a carico del responsabile del procedimento ovvero dell'autorità competente, prima dell'adozione formale del provvedimento amministrativo negativo, la comunicazione tempestiva dei motivi che ostano all'accoglimento dello stesso; garantendo altresì al cittadino la possibilità di far valere le proprie ragioni (*"nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti"*, cfr. il nuovo art. 10 bis);
7. si modifica la disciplina della conferenza di servizi - facendo tesoro delle problematiche emerse nell'esperienza di questi anni - riguardo alla quale si riscontra adesso una più puntuale definizione della tempistica procedurale ed una specifica disciplina di ruoli e competenze delle autorità istituzionalmente competenti e coinvolte: Stato, Regioni, Conferenza permanente per i rapporti tra Stato-Regioni e Conferenza unificata (cfr. I nuovi artt. da 14 bis a 14 quinquies); ma di questo, come già detto, vi relazionerò, con la consueta saggezza e competenza, la collega Maria Trani;
8. Si distingue tra il momento stabilito per l'emanazione del provvedimento amministrativo limitativo della sfera giuridica dei privati e quello nel quale, con la comunicazione ai destinatari, il provvedimento acquista efficacia (*"il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista 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"*, cfr. nuovo art. 21 bis);
9. Si positivizza l'esecutorietà, finora insita nella potestà amministrativa, dei provvedimenti della pubblica amministrazione (*"qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge"*, cfr. il nuovo art. 21 ter), nonché l'esecutività, quale caratteristica non più, solo, intrinseca dei provvedimenti stessi (*"i provvedimenti amministrativi efficaci sono*

eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo”, cfr. il nuovo art. 21 quater);

10. si forniscono, con l'introduzione del nuovo Capo IV bis, certezze in ordine alle ipotesi di efficacia, invalidità, nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo oltrechè di revoca e recesso dei/dai contratti amministrativi, riconoscendo il diritto di indennizzo in favore del privato danneggiato (cfr. i nuovi artt. da 21 *bis* a 21 *nonies*);
11. si introduce un puntuale glossario dei termini più significativi (cfr. il nuovo art. 22) quali:
 - *diritto di accesso*: il diritto (sembra, pertanto, fugato ogni dubbio circa la qualificazione della posizione giuridica come diritto soggettivo) degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi;
 - *interessati*: tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;
 - *controinteressati*: *tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza;*
 - *documento amministrativo*: *ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;*
 - *pubblica amministrazione*: *tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario;*
12. si integra la disciplina del diritto di accesso (a cui si attribuisce la dignità di "*principio generale dell'azione amministrativa* ") agli atti della pubblica amministrazione, che adesso risulta rafforzata ed arricchita di disposizioni di dettaglio finalizzate a garantire una maggiore tutela degli interessi del privato, tenuto conto delle disposizioni concernenti la tutela dei dati personali introdotti dalla Legge n. 675/1996 (c.d. Legge sulla *privacy*), come rivisti e sostituiti dal più recente D.Lgs. n. 196/2003 (T.U. recante il c.d. Codice della *privacy*). In tal senso si stabilisce che "*l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m) della Costituzione. Resta ferma la*

potestà delle Regioni e degli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela" (cfr. il nuovo art. 22, co. 2).

13. si (ri)disciplinano casi di esclusione dal diritto di accesso (cfr. il nuovo art. 24); in tal senso è di rilevante importanza la previsione espressa (cfr. comma 6) di un emanando regolamento governativo che dovrà individuare, tra gli altri, i casi in cui l'attività di polizia giudiziaria e d'indagine è sottratta al diritto di accesso;
14. si riconosce, altresì, il diritto del privato di presentare ricorso al Tribunale amministrativo regionale, ovvero, di ricorrere al difensore civico territorialmente competente, a fronte di atti di diniego ad istanze di accesso ad atti amministrativi in possesso della pubblica amministrazione (cfr. il nuovo art. 25);
15. si modifica la disciplina della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, prevedendosi, al contempo, specifici ruoli di salvaguardia e di controllo in capo ad un'apposita Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tale Commissione è competente per i casi di diniego, e più in generale, per le situazioni di trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, essa è perciò destinata ad interfacciarsi anche con il Garante *privacy* competente *ex lege* (cfr. i nuovi artt. 24, 25 e 27);
16. si ridefinisce, aggiornandolo, l'ambito di applicazione della legge n. 241/1990 (*"le disposizioni della presente 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"*, cfr. il nuovo art. 29, comma1);
17. infine, si adattano le norme sulla trasparenza dell'azione amministrativa alla riforma del Titolo V della Costituzione. La legge costituzionale n. 3/2001, difatti, nel modificare il Titolo V, parte II, della nostra Costituzione, ha notevolmente ampliato le potestà delle Regioni (potestà legislative, statutarie e regolamentari) e di enti locali (soprattutto potestà statutaria e regolamentare, tanto che si parla, oggi, di "organizzazione per autonomie" ovvero "municipalismo dell'esecuzione"). Gli ultimi articoli della novella in esame si occupano, in modo esplicito e chiaro, proprio dell'esigenza del rispetto di questo mutato assetto delle competenze degli enti territoriali, prevedendo che le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regoleranno le materie disciplinate dalla normativa in esame con propri atti di autonomia. Le potestà legislative, regolamentari e statutarie, si precisa, dovranno essere esercitate (*"...omissis,... nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione*

amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge”, cfr. il nuovo art. 29, comma 2).

Per la rilevanza che tale argomento riveste in ordine alle competenze delle Regioni e degli Enti locali, ritengo utile un breve approfondimento.

L'art. 29 affronta il delicato problema della definizione *dell'ambito applicativo* della legge (di tutta la legge n. 241). Sul punto si deve ricordare che, nel testo costituzionale (a differenza di quanto disposto, ad esempio, nella Costituzione spagnola: art. 149, I comma, n. 18) non è prevista, tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, quella relativa ai principi generali dell'azione amministrativa o del procedimento amministrativo.

Mentre tra queste materie, è compresa, come è noto, la giustizia amministrativa (art. 117, 2 comma, lett. I).

In via di principio si potrebbe, perciò, porre il problema se la disciplina generale dell'azione amministrativa o del procedimento possa essere oggetto di legislazione regionale, nel senso che ogni regione possa disciplinare in maniera anche differenziata questi principi con propria legge. Si ricordi, anche, che la legislazione regionale, in base al nuovo testo costituzionale non è vincolata dai principi generali dell'ordinamento giuridico, come viceversa accadeva sulla base del precedente testo costituzionale.

La legislazione regionale, come quella dello Stato, è vincolata solo dal rispetto dei principi costituzionali e di quelli dell'ordinamento europeo (art. 117, 1° comma); salvo che nelle materie di legislazione concorrente, dai principi fondamentali posti dalla legislazione dello Stato in ordine alle singole materie previste dall'art. 117, 3° comma.

Tuttavia, è da ritenere sussistano sufficienti ragioni per definire diversamente la questione.

L'ancoraggio dei principi del procedimento ai livelli essenziali delle prestazioni, sotteso alla gran parte delle disposizioni della legge di riforma ed anche a quella in materia di Conferenza di servizi (e che risulta molto chiaro nei lavori preparatori delle legge, segnatamente al Senato, rel. Bassanini), è assolutamente da condividere (Cerulli Irelli cit.). Esso rende non disponibili dai legislatori regionali i principi stessi, da considerarsi come quelli che assicurano livelli di partecipazione essenziali e perciò non comprimibili, fermo restando che, come presumibile anche in materia di accesso, i legislatori regionali possono stabilire “livelli ulteriori di tutela”, cioè spazi più ampi di partecipazione, tenendo sempre presente tuttavia, come si è avvertito, l'esigenza del non aggravamento delle procedure.

In questo quadro si inserisce la nuova norma, la quale in primo luogo stabilisce che le disposizioni della legge, in tutte le loro parti, anche quindi nelle prescrizioni di dettaglio (ad esempio si pensi all'individuazione di alcuni termini) si applicano ai procedimenti amministrativi statali; cioè quelli che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali. Per quanto, invece, riguarda i procedimenti di competenza delle regioni e degli enti locali, la norma, con una

formula invero non lineare, dice in sostanza che questi enti, nell'ambito delle rispettive competenze disciplinano i procedimenti amministrativi ("le materie disciplinate dalla presente legge") con il vincolo dei principi da questa stabiliti, in quanto considerati principi di rango costituzionale.

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

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

Interessante è *l'equiparazione posta dalla norma tra regioni ed enti locali*, come quelli che nell'ambito delle rispettive competenze, regolano i propri procedimenti. In tal modo il legislatore ha voluto dare ampia interpretazione all'art. 117, 6° comma il quale come noto attribuisce agli enti locali potestà regolamentare, tra l'altro, in ordine alla disciplina "dello svolgimento delle funzioni loro attribuite" e perciò dei relativi procedimenti, ciò fa intendere che l'ambito riservato alla potestà regolamentare degli enti locali, in ordine ai procedimenti che avvengono al loro interno, è piena e viene perciò a limitare l'ambito della potestà legislativa rispettivamente statale e regionale, nelle materie di rispettiva competenza. In altri termini le leggi statali e regionali hanno bensì la potestà di attribuire competenza in ordine a determinati procedimenti amministrativi agli enti locali, ma non anche di disciplinarne lo svolgimento all'interno degli enti locali medesimi.

Ai sensi dell'art. 29, resta viceversa attribuzione esclusiva dello Stato, non solo in termini di principi, la disciplina degli istituti di diritto amministrativo ascrivibili alla nozione di giustizia amministrativa, ai sensi dell'art. 117, 2° comma lett. l.

Da questa breve, e non certo esaustiva, panoramica delle principali novità introdotte dalla novella in esame al testo originario della Legge n. 241/1990 è evidente lo sforzo compiuto dal legislatore che con la (ri)scrittura della legge sul procedimento amministrativo ha dimostrato la volontà di concludere quel processo di ravvicinamento tra l'amministrazione e i cittadini.

In tal senso il testo della "nuova" Legge n. 241/1990 così come novellato, ha una portata ancora più ampia di quanto il semplice dato normativo non possa far pensare; infatti esso si pone come una sorta di legge-quadro delineante i principi essenziali alla base del rapporto tra Stato e cittadino.

Con un approccio più sistematico rispetto alla visione d'insieme sin qui prescelta, sulla novella in esame - che ha visto la luce dopo cinque letture parlamentari - si possono individuare una serie di annotazioni assai rilevanti e significative che portano verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa.

I.1 Con riguardo ai principi, l'art.1 1° comma viene modificato lievemente, ma rafforzandone il contenuto perché vengono aggiunti i criteri della "pubblicità e della trasparenza", oltre alla necessità che l'attività amministrativa va riformata ai principi dell'ordinamento comunitario.

Praticamente i principi di diritto comunitario vengono assunti da norme di legge, non da una sentenza del giudice.

Trattasi di un riconoscimento formale, nell'ambito dell'attività di una pubblica amministrazione, del primato e del posto che il diritto comunitario deve occupare nell'ordinamento interno.

D'altra parte si conoscono bene le resistenze che hanno gli operatori del diritto e gli stessi giudici nell'applicare il diritto comunitario (forse anche perché non molto conosciuto).

Oltre all'applicazione immediata nel diritto interno delle direttive comunitarie, senza la necessità del recepimento, in base allo stesso Trattato di Roma, esiste il principio della prevalenza dell'ordinamento comunitario rispetto a quello interno, di guisa che i giudici hanno l'obbligo di disapplicare le norme di diritto interno, laddove contrastino con le norme del diritto comunitario.

Ma vediamo più da vicino i "principi dell'ordinamento comunitario", così come desumibili dalle norme in vigore: anzitutto si deve aver riguardo al "diritto ad una buona amministrazione" sancito dalla Carta dei diritti dell'Unione europea, adesso inserita nel testo della Costituzione (Tratt. Cost.) e riguarda l'azione delle "istituzioni, organi ed organismi dell'Unione" (art. II-101).

Questi principi, in quanto tali, non avrebbero applicazione diretta da parte delle amministrazioni nazionali (e quindi regionali e degli enti locali).

Ma, a ben guardare, tali principi praticamente coincidono con quelli seguiti negli ordinamenti nazionali e segnatamente nel nostro.

Infatti, lo stesso art. II-101 del Tratt. Cost. prevede il principio di imparzialità, i principi di partecipazione, il diritto di accesso, l'obbligo di motivazione, la risarcibilità dei danni prodotti dall'amministrazione, il termine ragionevole nel quale le pubbliche amministrazioni debbono pronunciarsi.

Si tratta quindi di principi praticamente acquisiti nell'ambito del nostro ordinamento (da ricordare anche l'art. 20, 8° comma lett.c) della L. 59/97 e successive modificazioni che espressamente prevede la soppressione dei procedimenti (per la semplificazione) che risultino in contrasto "con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario".

Ci sono altri principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di cui almeno due risultano di particolare interesse in questa trattazione: il principio di proporzionalità (ovvero il principio di ragionevolezza), secondo il quale ogni misura adottata dalla pubblica amministrazione che va ad incidere in posizioni private deve essere proporzionale rispetto a quanto richiesto dagli obiettivi perseguiti - c'è da rilevare, comunque, che nel diritto comunitario - tale principio guarda più all'esigenza di non limitazione, se non nei casi di stretta necessità, della libertà dei privati, piuttosto che all'esigenza della migliore

soddisfazione dell'interesse pubblico, laddove la nostra proporzionalità, come principio di ragionevolezza guarda piuttosto alla misura adottata dalla pubblica amministrazione in se, come misura a curare l'interesse pubblico.

Il principio di legittimo affidamento nella giurisprudenza comunitaria rileva come tutela dell'interesse privato, infatti esso si traduce nell'affermazione che una situazione di vantaggio assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita; il principio di precauzione (vd. Art.174 e 233 Tratt. Cost.) è emerso con riferimento alla materia della protezione dell'ambiente e alla tutela della salute; esso può rilevare anche per la sicurezza dei consumatori e per la protezione civile e incolumità pubblica.

- I.2 L'art. 1 comma bis, introduce il principio innovativo, che è già stato oggetto di critiche e di dibattiti, secondo il quale la pubblica amministrazione, nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

Al riguardo c'è da osservare che di ben diverso impatto sarebbe stato l'approvazione della disposizione costituzionale elaborata dalla Commissione bicamerale presieduta dall'On. D'Alema che aveva proposto di introdurre il principio di ben più drastica portata in base al quale "le pubbliche amministrazioni., salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base a norme di diritto privato".

Invece la novella della L. 241 consente piuttosto a chi agisce nell'esercizio di una funzione di interesse generale - ancorché non autoritativa - di adoperare strumenti di tipo privatistico in ordine ai rapporti con terzi, connotati da una mera attinenza con il bene pubblico direttamente oggetto di tutela.

Anche se la dottrina dà valutazioni di segno non unitario (vd. Cerulli Irelli, Montedoro, Spasiano), questa è una norma che dovrebbe creare un'inversione di tendenza nell'operatore del diritto nel senso che l'applicazione delle norme pubblicistiche dovrebbe avere una valenza pari a quella del diritto privato, se non addirittura residuale.

Sembrerebbe che il legislatore abbia voluto privilegiare i provvedimenti assunti con le forme del diritto privato o del diritto civile: quindi le intese, le convenzioni, i rapporti sostitutivi.

E' pur vero che gli strumenti di diritto privato sono già attualmente adoperati nell'attività della pubblica amministrazione; ma intanto la novità non è solo quella di averle codificate, ma di aver voluto creare una sorta di inversione di tendenza, un capovolgimento dell'esistente.

In pratica la norma sarà agire secondo il diritto privato, l'eccezione sarà agire secondo il diritto pubblico (come la previsione costituzionale della bicamerale innanzi accennata).

La differenza, come è agevole verificare, è notevole: perché con gli strumenti del diritto privato, l'amministrazione si pone su una base paritetica con il

privato, invece quando agisce con i poteri autoritativi, l'amministrazione adopera gli strumenti tipici della sua prerogativa, cioè la supremazia.

Devo registrare, al riguardo, perché stimolante la notazione negativa di chi (vd. Mario R. Spasiano in giustizia amministrativa n. 5/2005) rileva come singolare che "il legislatore abbia scelto di enfatizzare - sul piano più teorico che pratico - il ricorso a norme di diritto privato, mostrando peraltro di trascurare del tutto una circostanza di fatto di non poco momento: ossia, che il funzionario pubblico non ama muoversi in ambiti caratterizzati da assenza di regole definite, in contesti che inevitabilmente finiscono con l'accentuarne il grado di responsabilità e di incertezza, con effetto anche paralizzante dell'azione amministrativa".

Lascio a voi la valutazione su queste affermazioni.

- I.3 L'art.1 comma 1 ter estende il rispetto dei principi dell'attività amministrativa anche ai soggetti privati preposti all'esercizio di tali attività.

Si tratta dei "munera": dai tradizionali concessionari di servizi di lavori pubblici, ai soggetti agenti nell'ambito dei programmi finanziati dallo stato e dall'Unione europea, alle funzioni pubbliche rimaste imputate ad organizzazioni precedentemente pubbliche, poi trasformate in società per azioni, e così via.

La ratio della norma è che le attività di rilievo pubblico svolte dal soggetto, una volta che esso soggetto viene privatizzato restano assoggettate alla disciplina dell'azione amministrativa ed al sindacato del giudice amministrativo.

Tuttavia resta esclusa da tale disciplina quella parte di attività che gli stessi soggetti pongono in essere nell'ambito della loro autonomia privata.

- II.1 Sulla disciplina del procedimento c'è da rilevare la novità dell'introduzione all'art. 2 della L. 241/90 di un nuovo comma: il 4 bis che consente l'esperimento immediato del ricorso avverso il silenzio, superando quella impostazione giurisprudenziale circa la necessità della previa diffida dell'amministrazione inadempiente, prevista dal Testo unico sugli impiegati civili dello stato (T.U. 3/57).

Tale norma, come vedremo in seguito, è stata riproposta in sede di sostituzione dell'art. 2 della L. 241/90 così come avvenuta con la recentissima legge 80/05, art.3 comma 6 bis.

A parte questo particolare, resta il fatto che stante la formulazione del comma 4/bis, cit., la diffida è comunque suscettibile di volontaria applicazione da parte del cittadino.

L'attivazione di tale procedura sembra, peraltro, ancora necessaria per la constatazione della responsabilità di pubblici dipendenti: in materia, infatti, l'art. 25 del T.U. 3/57 costituisce regola speciale essendo strumentale ai fini dell'accertamento e determinazione dell'elemento soggettivo "aggravato" del dolo e della colpa grave, da cui dipende, stante la disposizione di cui all'art. 23 dello stesso T.U. 3/57, la configurabilità della responsabilità civile dei dipendenti pubblici.

Quindi l'interpretazione giurisprudenziale che esige la diffida non trova più giustificazione perché il rifiuto a provvedere è già conclamato alla scadenza del termine procedimentale.

La diffida prima svolgeva la funzione di rendere univoco il silenzio come espressione di volontà negativa, questa funzione è venuta meno nell'attuale sistema in cui ogni tipo di procedimento ha un termine certo.

Giova ricordare al riguardo che la Corte costituzionale ha dichiarato che con l'art. 2, cit, il legislatore ha inteso "canonizzare" l'efficacia dell'obbligo di provvedere già esistente nell'ordinamento, con esclusione di ogni forma di insabbiamento di procedimenti, anche nelle fasi subprocedimentali, dando così applicazione a regole che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico.

Sotto altra angolazione si può rilevare che il comma 4/bis dell'art. 2, L. 241/90, consente di recuperare la componente di stimolo per l'esercizio della funzione organizzatrice da parte degli enti pubblici racchiusa nella disciplina posta da tali norme. Infatti la delimitazione dei tempi dell'agire degli enti pubblici secondo parametri temporali che ciascuna amministrazione è chiamata a determinare, ha costretto le amministrazioni stesse ad operare un fruttuoso sforzo, prima, per "prendere coscienza" dei carichi di lavoro e dei tempi di lavorazione impiegati dall'apparato burocratico per evadere le pratiche; successivamente, per operare una proficua ristrutturazione gestionale degli uffici e delle unità organizzative; infine per fissare tempi procedurali che fossero compatibili con le risorse (finanziarie ma anche e soprattutto umane) disponibili.

Una serie complessa di operazioni, dunque, che ha richiesto un significativo impegno di autorganizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni, profuso soprattutto dai dirigenti - ai quali pertiene la gestione amministrativa delle strutture (aree) settori cui sono preposti - e recepito a livello politico dagli organi di governo degli enti mediante l'adozione di regolamenti, con l'obiettivo di fissare termini per provvedere compatibili con ogni specifica realtà organizzativa.

Merito della riforma è perciò aver fissato nel comma 4/bis dell'art. 2 una regola dalle indubbe conseguenze applicative, nonché di avere rafforzato, grazie all'inserimento nell'art. 8 delle nuove lettere c/bis e c/ter il principio del "dovere di provvedere" stabilendo che la comunicazione di avvio del procedimento deve indicare, rispettivamente:

- a) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'art. 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento ed i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione;
- b) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza.

La stessa ratio legis pare assicurare anche l'art. 16/bis, L. 241/90, che fissa scrupolosamente i tempi della nuova ipotesi di partecipazione procedimentale conseguente alla comunicazione del destinatario del provvedimento negativo dei "motivi che ostano all'accoglimento della domanda".

E ciò proprio nell'ottica di sottolineare l'importanza fondamentale del termine del procedimento nell'ambito del nuovo regime giuridico dell'attività amministrativa.

E' appena il caso di rilevare che la nuova norma è del tutto in asse con l'art. già citato II-101 della Costituzione europea che stabilisce il diritto di ogni persona a che le questioni che la riguardano siano trattate entro un termine ragionevole dalle istituzioni" (norma senz'altro applicabile all'amministrazione nazionale ex art.1. 1 c).

II.2 La partecipazione procedimentale è molto rafforzata anche dalla norma di cui all'art. 10 bis che prevede la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Trattasi di una specie di comunicazione dell'interruzione del provvedimento negativo.

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

Questa norma costituisce un'importante estensione dell'istituto della partecipazione procedimentale, in base al principio che la decisione amministrativa è sempre frutto di una dialettica tra le parti interessate, anche se per evidenti ragioni pratiche tale norma non si applica alle procedure concorsuali ed ai procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale.

Parimenti c'è da considerare la possibilità che si potrebbero verificare situazioni implicanti un aggravio e non una semplificazione del procedimento (ad es. per quelle amministrazioni in capo alle quali, per la particolare materia trattata, esiste un elevato quantitativo di istanze (immigrazione, edilizia residenziale, circolazione stradale etc.).

In tal caso l'interesse privato potrebbe collidere con la realizzazione dell'interesse pubblico, ma ciò è di là da vedersi.

II.3 In materia di accordi, all'art. 11 della L. 241/90, la nuova legge introduce due significative innovazioni:

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

In sostanza la conclusione negoziata del procedimento diviene modalità ordinaria della fase decisoria.

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

L'istituto nuovo di cui all'art. 11 mette in evidenza l'intento del legislatore teso a dare ai privati strumenti idonei ad esercitare il diritto di partecipazione, sempre nell'ottica del "giusto procedimento".

L'esclusione della limitazione "ai soli casi previsti dalla legge" (come sancisce la vecchia normativa) evidenzia la funzione del cittadino nel procedimento amministrativo.

Non si tratta più di un generico ingresso delle istanze del singolo, ma della effettiva possibilità per il cittadino di poter concorrere alla creazione del provvedimento; di intervenire concretamente nella formazione discrezionale del provvedimento; di incidere fattivamente sul suo contenuto finale;

- la seconda innovazione riguarda l'inserimento del comma 4 bis concernente la previsione che la stipulazione dell'accordo venga preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento, e ciò a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

In altri termini il legislatore, in virtù del principio del giusto procedimento, pur attribuendo ai privati la possibilità di intervenire sull'andamento dell'azione amministrativa, pone sempre in risalto l'interesse pubblico e la tutela dei controinteressati, cercando di evitare danni e pregiudizi agli stessi. Cioè vi è sempre un controllo della p.A. sull'ipotesi di accordo.

Particolare attenzione deve essere posta alla norma, laddove, si parla di indennizzo in caso di recesso unilaterale della p.A.: è chiaro che non trattandosi di risarcimento del danno, il legislatore ha tutelato l'interesse legittimo del privato in modo espresso e diretto.

E' sicuramente una delle poche norme in cui si tratta della risarcibilità dell'interesse legittimo.

In definitiva con le modifiche introdotte dalla legge 15/2005 la tutela del cittadino si rafforza già nella fase istruttoria, anticipandone la soglia stessa (vedi in tal senso, l'obbligo della p.A. di comunicare il termine di conclusione del procedimento, i rimedi esperibili - ex art. 8, comma 2°, lett. c. *ter* - oltre che quella di comunicare i motivi che ostano all'accoglimento della domanda - ex art. 10 *bis*).

Quindi il cittadino si trova in posizione paritaria nel rapporto con la p.A. ed è per questo che la tutela a lui assegnata è sicuramente, una tutela "rafforzata" rispetto al passato.

Un'ulteriore annotazione sull'argomento porta ad evidenziare che gli accordi sostitutivi dell'art. 11, che vengono estesi a tutte le possibilità ed a tutte le fattispecie, sono la prova che il legislatore intende prevenire un contenzioso.

Perché, mentre a fronte di un atto autoritativo c'è sempre il rischio di una impugnazione dell'atto, quando c'è un assenso preventivo questo rischio non si pone.

Aggiungerei, inoltre, la considerazione che, in ogni caso, la collaborazione è un fattore di economicità e di riduzione dei tempi per raggiungere gli obiettivi.

Questi strumenti negoziali, come già rilevato, stentano ad entrare nell'ambito della p.A. perché il dirigente o funzionario trova sempre più agevole fare un provvedimento amministrativo (le c.d. "determine", *rectius* determinazioni, provvedimenti).

Nell'amministrazione statale non esistono questi provvedimenti; mentre nelle Regioni e negli Enti locali cominciano ad essere frequenti questi strumenti negoziali di diritto privato.

Ed in questa categoria rientra anche l'incarico dirigenziale in quanto si tratta di un provvedimento di natura privatistica dove l'ente pubblico si comporta come un datore di lavoro privato (cfr. la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 5659 del 2004 in materia di incarico dirigenziale).

II.4 Sulla conferenza di servizi tratterà, come già detto, la Collega Maria Trani.

Mi permetto solo di osservare che intorno a questa tematica si sono succedute nel tempo diverse decine di riforme (siamo intorno alla 38°, mi pare).

Trattasi di questione molto importante perché si verte su un'autolimitazione della discrezionalità: quindi gli aggiornamenti sono sempre migliorativi e servono a non difendere un operato contraddittorio.

III.1 Dell'efficacia degli atti amministrativi tratta l'art. 14 della nuova legge che introduce il Capo IV bis (dall'art. 21 bis, all'art. 21-nonies).

Le norme, ispirate al principio della legalità dell'azione amministrativa, rappresentano una grossa novità: quella di voler mettere ordine nell'atto amministrativo.

Per la prima volta abbiamo una normativa sull'atto amministrativo, mentre prima eravamo affidati ai principi giurisprudenziali che sono stati elaborati nel tempo dal Consiglio di Stato e dai TAR.

Quindi va valorizzato l'intento di fondo del legislatore e cioè quello di costruire una prima trama di codificazione del diritto amministrativo sostanziale.

Nell'economia della presente trattazione, pur rilevando l'importanza di tutte le norme inserite nel Capo IV-bis, mi permetto evidenziare alcune notazioni sui *concetti di revoca, invalidità e annullabilità dei provvedimenti amministrativi*.

REVOCA.

L'art. 21 quinquies contiene la disciplina generale dell'istituto della revoca dei provvedimenti amministrativi. Il potere di revoca è previsto in via generale, come quello di sospensione.

L'espressione "legge" usata da questa norma come dall'altra sulla sospensione, è da intendere in senso lato come fonte di norme giuridiche. Ciò significa che anche il

regolamento (sia regolamenti di organizzazione sia regolamenti sui diversi procedimenti amministrativi) può conferire poteri di revoca a determinati organi.

Presupposti della revoca possono essere secondo la norma molteplici. Essa cioè accoglie la configurazione della revoca nel suo contenuto più ampio, e consente perciò che possa essere adottata sia a fronte di sopravvenuti mutamenti nella situazione di fatto ovvero nell'assetto di interessi (come, ad esempio, previsto dall'art. 11, 4° comma, a proposito del recesso dall'accordo), sia nel caso in cui si prospetti all'Amministrazione una "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario". In questo secondo caso, come è ben noto, il potere di revoca comporta una discrezionalità molto estesa che va attentamente controllata, caso per caso, nel suo corretto esercizio.

Sul punto, sicuramente si pone un problema di conformità di questo istituto al principio dell'ordinamento comunitario, cui si è accennato, della legittima aspettativa (principio da intendere espressamente richiamato dall'art. 1, 1° comma).

Revoca ex nunc

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

Indennizzo

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

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

Le controversie in materia di indennizzo (determinazione e corresponsione) sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Recesso unilaterale dai contratti

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

Essa è tuttavia importante perché limita il recesso unilaterale dai contratti, da parte dell'Amministrazione contraente, ai soli casi previsti dalla legge o dal contratto stesso. Esclude perciò l'applicazione dell'istituto della revoca, cui il recesso unilaterale si può equiparare, ai rapporti che trovano la loro fonte in un contratto anziché in un provvedimento. Mentre il provvedimento amministrativo è sempre revocabile alle

condizioni stabilite dalla norma generale: dal contratto viceversa, l'Amministrazione può recedere unilateralmente soltanto laddove previsto.

INVALIDITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI: LA NULLITÀ

Le norme di cui all'art. 21 - septies sanciscono per la prima volta l'esistenza della nullità quale categoria di carattere generale, riferita a qualsiasi atto amministrativo, rispondendo in tal modo a questa esigenza legalista che trova conferma anche in altre norme della legge 15: si pensi all'art. 21 ter, in tema di esecutorietà.

Di conseguenza la nullità perde la propria natura di vizio disposto per specifiche tipologie di atti o, in ogni caso, espressamente previsto dalla legge.

Le ipotesi di nullità individuate dal legislatore del 2005 sono la mancanza degli elementi essenziali, il difetto assoluto di attribuzione, il fatto che il provvedimento sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi previsti dalla legge.

Il richiamo agli elementi fondamentali dell'atto, se pur del tutto condivisibile, è stato motivo di forti perplessità in dottrina poiché il legislatore sembra aver perso un'occasione preziosa per individuare espressamente gli elementi essenziali rilevanti specificamente per il diritto amministrativo. In tal modo avrebbe potuto affrancarsi definitivamente dal tradizionale riferimento alla costruzione negoziale del provvedimento amministrativo (ex art. 1418 c.c.).

Non è affatto scontata infatti l'individuazione degli elementi essenziali. Abitualmente vengono elencati il soggetto, l'oggetto, il contenuto, la causa, la volontà e la forma, ma non tutti gli autori riconoscono a ciascuna di siffatte figure la dignità di elemento costitutivo del provvedimento (la volontà non compare nell'elenco proposto da Sandulli, mentre trova particolare sviluppo nel pensiero di Giannini).

Quanto al difetto assoluto di attribuzione, la norma richiama la nozione di carenza di potere in astratto, che riguarda i casi più gravi in cui il potere non sussiste, o in via generale, o comunque in capo a quella determinata autorità. Resta dunque al di fuori l'ipotesi di carenza di potere in concreto, nella quale il potere sussiste in capo ad una determinata autorità, ma nel concreto non sussistono i presupposti per il suo esercizio. Per esempio, manca l'atto presupposto (espropriazione senza pubblica utilità) o il termine per l'esercizio del potere è scaduto.

Questa ipotesi va ora ricondotta all'ambito dell'annullabilità.

L'ipotesi della violazione o elusione del giudicato riguarda il provvedimento il quale, contrastando con il precetto posto dall'autorità giurisdizionale, connotato da definitività, regolamentata, - in spregio al principio superiore di divisione dei poteri dello Stato - una fattispecie già definita dal potere giurisdizionale.

Sulle questioni di nullità per violazione o elusione del giudicato la norma ne dispone espressamente la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dunque il giudice amministrativo è comunque competente a sindacare della nullità di atti elusivi del giudicato a prescindere dalla situazione soggettiva coinvolta. Si deve

tener conto comunque del fatto che in questi casi il discrimine tra nullità e annullabilità è assai labile e ciò ha reso opportuno il conferimento della competenza in via esclusiva al giudice amministrativo.

Quanto alle altre ipotesi di nullità, le azioni di nullità davanti al giudice amministrativo sono senz'altro esperibili, ma, nei casi in cui il provvedimento amministrativo affetto da nullità risulti lesivo di situazioni di diritto soggettivo, la tutela resta in capo al giudice ordinario; diversamente, nei casi in cui il provvedimento risulti lesivo di situazioni di interesse legittimo, l'azione non può che spettare al giudice amministrativo.

L'ultima ipotesi riguarda "gli altri casi espressamente previsti dalla legge". In questo ambito ricade anche la nullità di atti adottati dall'organo prorogato una volta superati i 45 giorni di proroga (come previsto dal D.Lgs. 444 del 1994).

ANNULLABILITÀ

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

La nuova legge innova sul punto esclusivamente in ordine al carattere della norma; questa volta di natura sostanziale, mentre nell'antico testo, si trattava di norma processuale.

Diversamente, il 2° comma dell'art. 21 octies introduce importanti innovazioni nel nostro ordinamento positivo, la norma deroga al 1° comma, cioè alla disciplina generale dell'annullabilità, laddove stabilisce che determinate violazioni non comportano l'annullabilità del provvedimento in determinati casi o a proposito di determinate fattispecie che la norma stessa va ad indicare.

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

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

In base all'art. 21 octies, 2° comma, violazioni di carattere formale e procedimentale non danno luogo ad annullabilità del provvedimento, sia laddove si tratti di anomalie di carattere minore o del tutto marginale, sia laddove si tratti di violazioni che non hanno ostacolato il raggiungimento dello scopo della norma e che comunque non abbiano modificato il contenuto dispositivo dell'atto quale doveva essere.

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

La seconda proposizione specificamente si riferisce al caso, assai ricorrente in giurisprudenza, come s'è visto, della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, cioè della violazione dell'art. 7 della Legge n. 241/90. Questa violazione, secondo la norma, non dà luogo ad annullabilità del provvedimento ("non è comunque annullabile"), "qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

L'espressa previsione dell'irrilevanza, ai fini dell'annullabilità dell'atto, della mancata comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, aggiunta nel corso dei lavori parlamentari, rende ancor più debole l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, di cui all'art. 7.

Non vanno sottaciute, a tale riguardo, anche le implicanze di ordine costituzionale in base alla reale portata dell'art. 21 octies, laddove si consente alla P.A. di derogare a principi di rango costituzionale.

D'altra parte c'è da considerare che, se garanzia vuol significare rispetto della legalità, l'articolo in questione assolve la P.A. nelle regole procedurali.

Trattasi, nella fattispecie, di un affievolimento delle garanzie del cittadino.

Annullamento d'ufficio e convalida

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

L'annullamento d'ufficio deve avvenire, tuttavia, entro un termine ragionevole. Ciò anche in conformità agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, cui sopra si è fatto riferimento, relativamente al principio della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo. Ciò in parte innova gli orientamenti della nostra giurisprudenza che viceversa spesso afferma l'irrilevanza del tempo nel quale l'annullamento d'ufficio perviene (vedi ad esempio, di recente, Cons. St., IV, 6956/04).

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

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

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

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

La norma aggiunge, ancora, che laddove l'annullamento riguardi provvedimenti "incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati" questi devono essere tenuti indenni dall'eventuale pregiudizio patrimoniale subito; e in questi casi, il provvedimento di annullamento non può essere adottato trascorsi tre anni dal momento in cui il provvedimento di primo grado abbia acquistato efficacia, anche se l'esecuzione del rapporto derivante sia ancora in corso.

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

Anche la convalida come l'annullamento, come la revoca, è provvedimento discrezionale e perciò per il suo esercizio occorre la sussistenza di ragioni di interesse pubblico. E anche per la convalida, secondo la prospettiva sopra indicata del principio della certezza del diritto, la legge prevede che essa sia adottata entro un termine ragionevole.

LA RIFORMA DEL DIRITTO DI ACCESSO

Per l'economia dei lavori odierni, rinvio alla relazione scritta per una informativa più completa in ordine a tale istituto.

Al momento mi limito a sottolineare i seguenti aspetti:

- fino al 1990 nella p.A. vigeva il regime giuridico del segreto d'ufficio ex art. 15 D.P.R. 3/57;
- qualche mese prima della L. 241/90, con la L. 142/90 sulle autonomie locali si sancisce il principio di pubblicità di tutti gli atti comunali e provinciali in favore di tutti i cittadini (trasparenza);
- l'influenza comunitaria: il diritto di accesso è elevato al rango di principio costituzionale dell'Unione europea secondo l'art. II.101 del Trattato istitutivo della Costituzione europea;

- con la L. 15/2005 che ha modificato l'art. 22, comma 2 della L. 241/90, è intervenuta l'elevazione del diritto di accesso a rango di "principio generale dell'azione amministrativa", al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza;
- la previsione di cui alla lett. m) dell'art. 117, comma 2 della Cost. concernente "i livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti sul territorio nazionale (laddove i livelli minimi si sostanziano nelle garanzie di partecipazione e di trasparenza proprie del procedimento amministrativo);
- la connessa competenza esclusiva dello Stato, chiamato ad assicurarne una uniforme applicazione sul territorio nazionale, ferma restando la deroga "in melius", secondo la quale le Regioni e gli altri enti locali possono, nell'ambito delle rispettive competenze "ratione materiae", garantire ulteriori livelli di tutela;
- l'accesso endoprocedimentale che si traduce nella scelta dell'ordinamento di individuare nel procedimento amministrativo l'ambito elettivo per l'esercizio del diritto di accesso;

l'esercizio del potere di differimento, come regolato dal D.P.R. 352/92 che ha previsto un obbligo di motivazione, ripreso dall'art. 16 della L. 15/2005.

E' evidente come il legislatore, nel tentativo di contrastare i "dinieghi facili" ha voluto circoscrivere il più possibile le ipotesi di diniego dell'accesso tutte le volte in cui sia sufficiente ricorrere al potere di differimento (vd. Regolamenti da adottare entro 3 mesi dalla data di entrata in vigore della L. 15/2005).

(Temporanea tutela dell'interesse alla speditezza ritenuto più rilevante di quello alla conoscenza).

"i soggetti interessati" esclusivamente "i soggetti privati..... purché abbiano un interesse concreto diretto ed attuale che sia soprattutto collegato ad una situazione giuridicamente tutelata e connessa al documento di cui si chiede l'accesso".

In particolare, la novella legislativa, dopo aver circoscritto il contenuto del "diritto di accesso", avvalendosi del richiamo a quelle che nella legge n. 241/90 erano le modalità di esercizio dello stesso (il diritto di prendere visione e di estrarne copia dei documenti amministrativi), definisce, ricollegandosi al combinato di cui agli artt. 9 e 10 della legge 241/90, i "soggetti interessati", includendo nella categoria esclusivamente "i soggetti privati, ancorché portatori di interessi diffusi o pubblici, purché abbiano un interesse concreto, diretto e attuale che sia soprattutto collegato ad una situazione giuridicamente tutelata e connessa al documento di cui si chiede l'accesso".

La norma, per un verso, amplia il novero dei soggetti titolari dell'esercizio del diritto di accesso, per l'altro, sembra voler vincolare l'azionabilità del diritto di accesso alla tutela della situazione giuridica sottostante.

Il più generico riferimento contenuto nella precedente formulazione dell'art. 22 della legge n. 241/90 a "chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti" dovrebbe, dunque, continuare a trovare conferma

applicativa esclusivamente in materia di "accesso ambientale", così come disciplinato dal d.lgs. n. 39/97, attuativo della direttiva 90/313/CEE, secondo il quale l'accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente deve essere consentito a chiunque.

Del resto, potrebbe osservarsi che la specifica individuazione di quali debbano essere i titolari dell'esercizio del diritto di accesso trova altresì conferma nel comma 3 del nuovo art. 24 che preclude ogni forma di accesso generalizzato, inteso come "azione popolare" e preordinato ad un controllo indiscriminato sull'operato delle pubbliche Amministrazioni. Al fine di escludere un accesso generalizzato sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo ed illimitato nel tempo è intervenuto l'ultimo comma dell'art. 22 che prescrive un limite temporale per l'esercizio del diritto in oggetto, correlato alla durata dell'obbligo di custodia dei documenti accessibili, posto a carico della p.A. da leggi o regolamenti.

Occorre osservare, inoltre, che tra i soggetti interessati sono escluse le pubbliche Amministrazioni, richiamate, invece, nel comma 5 dell'art. 22 che espressamente fonda l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove difettino i presupposti di cui al comma 2 del d.p.r. 445/2000, sul principio di leale cooperazione istituzionale. Le pubbliche Amministrazioni non possono 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, l'Amministrazione, in merito agli atti interni o non relativi ad uno specifico procedimento, si verrebbe a trovare in una situazione peggiore rispetto ai privati interessati. Il principio di leale cooperazione istituzionale vale a legittimare i soggetti pubblici a richiedere informazioni in tal senso e suggerisce un possibile impiego di procedure informali nei rapporti tra le Amministrazioni.

Quanto alla definizione di "documento amministrativo", il legislatore introduce un elemento nuovo rispetto alla definizione fornita dalla legge 241/90 e dal d.p.r. n. 445/2000: il riferimento a documenti "concernenti attività di pubblico interesse".

Il legislatore, in linea con la giurisprudenza ed in particolare con l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria con le pronunce nn. 4 e 5 del 1999, ritiene accessibili gli atti delle pubbliche Amministrazioni nei quali l'attività amministrativa propriamente si sostanzia, a prescindere dalla loro natura pubblicistica o privatistica. La soluzione legislativa si inserisce pienamente nella prospettiva oramai unanimemente accolta di estendere l'esercizio del diritto di accesso anche nelle ipotesi in cui la p.A. si avvalga di moduli privatistici per la cura dell'interesse pubblico. Analogamente, sul piano soggettivo, nella nozione di pubblica Amministrazione, sono ricompresi i soggetti di diritto privato "limitatamente alla loro attività di pubblico interesse".

In materia di accessibilità dei documenti amministrativi, una delle problematiche più delicate si pone con riferimento al rapporto controverso tra accesso e "privacy".

La valutazione comparativa protesa al raggiungimento di un equilibrio tra i contrapposti e delicati interessi in gioco, è stata da sempre al centro di pronunce

giurisprudenziali oscillanti, che a volte hanno ritenuto prevalente l'esigenza di trasparenza rispetto alla riservatezza (si veda, da ultimo, Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 308/2005).

La nuova legge per la prima volta, oltre a codificare la categoria soggettiva dei "controinteressati", ossia i soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza, introduce una norma a contenuto generale: il legislatore afferma che deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Laddove si tratti di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso deve essere consentito nei limiti in cui sia "strettamente indispensabile".

Sempre in tema di riservatezza, l'art. 60 del d.lgs. 196/2003 (codice privacy), in caso di dati "supersensibili", ossia idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, afferma che il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso "è di rango almeno pari" ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto fondamentale e inviolabile.

Dall'esame, seppur sommario di taluni dei profili innovativi introdotti con la legge n. 15/2005, sembra emergere un atteggiamento del legislatore proteso da un lato, a far fronte ai timori di eventuali paralisi organizzative della p.A., dall'altro a rafforzare le garanzie partecipative del cittadino.

LA LEGGE 14 MAGGIO 2005, N. 80

L'11 febbraio 2005, dopo circa 4 anni di faticosa gestazione, aveva visto la luce la legge 15/2005 che, riscrivendo la L. 241 del 1990, ha cercato di farne una vera e propria legge generale sul procedimento.

Smentendo ogni criterio di buona normazione, il 14 marzo 2005 (solo una settimana dopo l'entrata in vigore della legge 15/2005 (8 marzo) il Governo, prendendo occasione dal d.l. n. 35 sulla c.d. "competitività" è intervenuto nuovamente e significativamente sulle regole dell'azione amministrativa, riscrivendo uno degli articoli chiave della L. 241: l'art. 19, relativo alla d.i.a., che la L. 15 non aveva modificato.

La legge di conversione del d.l. 35, approvata definitivamente dalla Camera il 12 maggio, dopo che il Governo aveva chiesto la fiducia sul proprio testo normativo, è intervenuta anche sul silenzio-assenso, disciplinato dall'art. 20 della L. 241, rimodificando la disciplina del silenzio inadempimento, appena riscritto dalla L. 15/2005.

Mi riservo, nella parte conclusiva, di evidenziare quest'ulteriore caos normativo e quindi la difficoltà di individuare uno strumento effettivamente idoneo a garantire la qualità delle regole a scapito della mediazione degli interessi politici.

Quindi la L. 14 maggio 2005, n. 80, nasce come legge di conversione del d.l. 14 maggio 2005, n. 35 recante l'intestazione, descrittiva del suo contenuto: "disposizioni urgenti

nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale" (il c.d. decreto sulla competitività).

E' superfluo precisare che tale decreto-legge non conteneva alcuna disposizione riguardante il silenzio, che è stata inserita quindi solo in sede (e con la tecnica) di conversione, a mezzo di un improvvisato emendamento aggiuntivo.

La legge 80/2005 (art. 3 comma 6 bis) mentre ha lasciato inalterato il testo del 1° comma dell'art. 2 della L. 241/90, ha dettato più analitiche disposizioni in materia di prefissione, in via legislativa e regolamentare, dei tempi di definizione dei procedimenti amministrativi (comma 2); ha inattesaamente triplicato l'originario termine generale di trenta giorni per tale definizione in attesa di diversa previsione normativa (comma 3), prevedendo addirittura ulteriori motivi di sospensione dei termini stessi (comma 4); infine ha sostanzialmente riprodotto l'art. 4 bis, da poco inserito dalla legge "15" nel corpo dell'art. 2 della L. 241, confermando l'esperibilità del ricorso ex art. 21 bis legge 205/2000 (legge t.a.r.), ma inserendo l'inciso "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza" (comma 5).

Sarà interessante vedere come questa norma sarà applicata dal giudice amministrativo.

Come già rilevato in precedenza l'art. 3 comma 1 della L. 80/2005, ha riscritto l'art. 19 della L. 241/90, riguardante la d.i.a. (dichiarazione di inizio attività).

Il nuovo art. 19 non si limita solo a prevedere l'autotutela, ma cerca di circoscrivere drasticamente l'ambito di operatività dello strumento, escludendone l'applicazione per gli atti per il cui rilascio non siano previsti non soltanto limiti e contingenti complessivi, ma neppure specifici strumenti di programmazione settoriale.

I margini residui non sono molti considerando anche l'intreccio di autorizzazioni cui sono soggette molte attività.

Non è poi sicuro che la norma si riferisca solo alle autorizzazioni statali e non sia invece inquadrabile tra le "garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa" (operanti in questo caso per il denunciante, ma anche per i terzi controinteressati), vincolando, ai sensi dell'art. 29, anche le Regioni e gli enti locali.

Le nuove disposizioni sull'ambito di operatività dell'autodenuncia sostitutiva di provvedimento potrebbero quindi investire anche le materie affidate a tali enti.

La maggiore diffidenza verso lo strumento è confermata, inoltre, dalle modifiche relative al procedimento per avvalersene: come per la d.i.a. edilizia, l'attività non può più essere iniziata contestualmente alla denuncia, ma soltanto decorsi trenta giorni dalla stessa, con obbligo di contestuale comunicazione di tale inizio all'amministrazione competente.

La disposizione rischia, ancora una volta, di creare gravissime incertezze in rapporto alla legislazione regionale: a parte il problema delle sorti delle leggi regionali che facevano testuale rinvio all'art. 19, il nuovo procedimento potrebbe essere ancora una volta considerato come una misura di garanzia e vincolare quindi anche le regioni e gli enti locali, creando così un'ennesima area di "incertezza del diritto".

Ma la vera sorpresa della nuova legge è l'introduzione generalizzata del silenzio-assenso per tutti i procedimenti ad istanza di parte, fatti salvi quelli per i quali è ammessa la

d.i.a. e quelli riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico e le altre esclusioni indicate nella norma ed i casi, in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali.

Anche qui può sembrare ottimistico ridurre l'ambito di operatività della norma - che ancor più di quelle sulla d.i.a. si pone come vera e propria norma di principio a garanzia del cittadino - ai procedimenti statali.

VALUTAZIONI CONCLUSIVE

I dubbi manifestati sugli effetti delle nuove norme semplificatrici nelle materie di competenza regionale dimostrano che, forse, stiamo per trovarci di fronte ad ulteriori, gravissime incertezze, riducendo, invece, che promuovere, la già bassa competitività del nostro paese.

Il percorso verso la semplificazione e verso la competitività si scontra quindi con la difficoltà di individuare strumenti effettivamente idonei a garantire la qualità delle regole a scapito della mediazione degli interessi politici.

E' auspicabile che questo quadro così fosco, ancorché realistico, possa risultare, nel tempo, meno tenebroso e più aperto a scenari che inducano ad una leale ed operosa collaborazione tra i vari interessi in campo per avvicinare sempre più le istituzioni ai cittadini, e viceversa.

La trasparenza e la chiarezza del linguaggio legislativo non sono solo strumento, ma essenza stessa della norma.

E se vero come è vero che la legge è fatta per l'uomo - e non viceversa- allora l'uomo deve essere messo in grado di conoscere e di capire.

E l'essenza della democrazia consiste nel creare le condizioni perché questa conoscenza avvenga nel migliore dei modi e per tutti.

E gli addetti ai lavori delle Regioni d'Italia che sono qui oggi rappresentano uno degli strumenti delle istituzioni perché la democrazia possa inverarsi attraverso un messaggio legislativo sempre più facile, semplice, comprensibile, a misura d'uomo.

Non dico queste cose senza ragione: la storia dell'O.L.I. è testimonianza di questo impegno costante su cui non demordere e perseverare.

E' questo l'auspicio che parte dalla Regione Puglia, da Bari, dalla SSPAL che ha avuto l'onore di ospitare i lavori di questa sessione.