

**LA LEGGE N. 15/2005 DI RIFORMA DELLA LEGGE N. 241 DEL 1990. UNA PRIMA
VALUTAZIONE.**

di Nino Longobardi

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La legge n. 241 del 1990. Uno strumento di garanzia democratica da rafforzare. 3. Sulla codificazione del diritto amministrativo. 4. Sulla difficoltà di valutare una riforma notevolmente ambigua. 5. L'intervento legislativo sui principi generali dell'attività amministrativa. 6. Procedimento, contraddittorio e ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione. 7. Accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti. Conferenza dei servizi. 8. Il nuovo Capo IV-bis: <<Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso>>.

1. Premessa.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15 reca, secondo il suo titolo, <<Modifiche ed integrazioni alla legge n. 241/90, concernenti norme generali sull'azione amministrativa>>.

Si tratta dell'intervento legislativo più rilevante fino ad oggi attuato a correzione ed integrazione di una legge la cui entrata in vigore ha segnato una svolta epocale. La riflessione sulla novella legislativa deve quindi essere svolta a partire dalla considerazione delle caratteristiche del decisivo intervento riformatore del 1990.

2. La legge n. 241 del 1990. Uno strumento di garanzia democratica da rafforzare.

Con la legge n. 241 del 1990 non è stata solo dettata una normativa generale sul procedimento amministrativo, è stata introdotta una nuova concezione dell'amministrazione, finalmente in linea con la Costituzione. Il principio democratico, già restrittivamente interpretato e

costretto nelle sole forme della rappresentanza politica, risulta da essa esteso all'azione dell'amministrazione. Secondo la felice espressione di Sabino Cassese, <<al riconoscimento della cittadinanza politica inizia a seguire il riconoscimento... della cittadinanza amministrativa>>.

Dell'intervento legislativo del 1990 va anche evidenziato il carattere meditato di intervento preceduto da attento ed approfondito studio; ancor più, va sottolineato il suo rifuggire da enfatiche o vuote dichiarazioni di principio, per affidarsi, al contrario, alla fissazione di regole puntuali in tema di azione amministrativa. Così, la legge n. 241 ha imposto all'amministrazione regole ed obblighi: comunicazione dell'avvio del procedimento; obbligo di procedere a seguito di istanza dell'interessato; individuazione per ciascun procedimento di un soggetto, persona fisica, responsabile sia della conduzione della procedura, sia dei relativi rapporti con l'utenza; apertura del procedimento all'intervento degli interessati, con possibilità di prendere visione degli atti e presentare memorie e documenti; obbligo di concludere il procedimento entro un termine prefissato; generalizzazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti; indicazione previa dei criteri e delle modalità relativi all'attribuzione di <<vantaggi economici di ogni genere>>.

La legge n. 241 ha intaccato anche altrimenti la superiorità già ritenuta <<consustanziale>> alla pubblica amministrazione, in particolare mediante il criterio della negoziabilità del contenuto delle decisioni; ha affermato, su piano generale - con il riconoscimento del <<diritto di accesso>> ai documenti amministrativi - un principio di conoscibilità e trasparenza dell'azione amministrativa, non meramente strumentale al procedimento, antitetico quanto quello di partecipazione ai caratteri originari ed alla tradizione del diritto amministrativo continentale.

Ne risulta disciplinata la relazione fra cittadini ed amministrazione, di fronte a questa muniti di <<diritti>>, poteri e facoltà, introdotta l'idea di parità di posizione delle parti prima della determinazione finale.

In quanto concretizza il passaggio dallo stato amministrativo all'amministrazione democratica, la legge n. 241 del 1990 può essere considerata un punto di non ritorno in tema di riforme amministrative.

Ciò non di meno, l'attività amministrativa è, in base all'art. 1 della legge n. 241 del 1990, <<retta da criteri di economicità, di efficacia>>, oltre che di <<pubblicità>>, disposizione di principio che assume concretezza in un intero capo della legge, il IV, dedicato alla semplificazione amministrativa. In esso, in particolare, la disciplina della denuncia di inizio attività (art. 19) ed il silenzio-assenso (art. 20) esprimono, sebbene in modo ancora confuso, un principio essenziale (di liberazione dallo stato amministrativo), quello secondo cui l'assoggettamento a poteri amministrativi, quali autorizzazioni, nulla osta, licenze, ecc. deve essere fornito di solide giustificazioni per non essere in contrasto con la tutela costituzionale della persona. Questa tutela (artt. 2, 3 e 18 Cost.) in linea di principio richiede che gli individui, singoli o associati, possano agire liberamente e sviluppare la propria personalità in un quadro certo e predefinito di diritti e doveri.

Informa la legge n. 241 del 1990 una scelta di equilibrio tra garanzia ed efficienza-efficacia secondo la quale il perseguimento dell'efficienza-efficacia pienamente si concilia con le esigenze di garanzia, anzi deve ritenersi favorito da un solido impianto di garanzie per i cittadini nei confronti dell'azione amministrativa.

Non a caso la legge reca l'impronta autorevole – culturale, democratica ed umana - di un grande giurista scomparso, Mario Nigro, presidente della Commissione che ha predisposto il testo di riforma. Il proficuo lavoro della Commissione di studio è stato tuttavia reso possibile anche grazie all'obiettivo ad essa indicato dal Governo in quello dell'individuazione <<di definiti diritti dei cittadini nei rapporti con l'amministrazione per porre fine all'imperscrutabilità, alle immotivate lentezze, ai superati autoritarismi dei comportamenti amministrativi>>. Per questo, l'approvazione

della legge n. 241 del 1990 segna anche un momento alto della politica in tema di disciplina dell'amministrazione.

Tuttavia, anche a causa dei rimaneggiamenti e delle amputazioni subite dall'originario schema predisposto dalla Commissione Nigro ad opera del Governo, a seguito di un parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, ma soprattutto per il suo carattere innovativo – di qui l'impossibilità di introdurre tutte le innovazioni in un'unica soluzione – lo strumento di garanzia democratica costituito dalla legge generale sul procedimento amministrativo necessitava di essere completato, oltre che affinato sotto il profilo tecnico; ciò alla luce della sperimentazione delle nuove norme nella realtà e del loro accoglimento da parte della giurisprudenza.

Quanto agli interventi di completamento, si può ad esempio indicare il decisivo profilo relativo all'affermazione nel procedimento amministrativo di un vero e proprio contraddittorio, profilo da sottrarre alla possibilità di oscillanti interpretazioni giurisprudenziali della disciplina – insufficiente sotto il profilo testuale – posta dalla legge n. 241 del 1990; all'esigenza di dettare una disciplina generale della partecipazione anche per quanto riguarda gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali il principio di partecipazione vale, ma non esiste una disciplina comune di base; all'esigenza di ripensare l'esenzione dall'obbligo di motivazione, stabilita dall'art. 3, comma 2 della legge n. 241 del 1990, per gli atti normativi e gli atti a contenuto generale, esenzione che appare vieppiù irrazionale, dal momento che il principio della motivazione, con riguardo a questi atti, può costituire anche un freno alla tanto deprecata, ma mai veramente contrastata, inflazione normativa (non a caso in tempi recenti sviluppatasi anche e soprattutto a livello delle fonti secondarie e che rischia di esplodere con le nuove attribuzioni normative assegnate a Regioni ed enti locali)¹.

¹ Per i giudizi di cui al testo sulla legge n. 241 del 1990 rinvio anche per i riferimenti bibliografici a N. LONGOBARDI, **Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata**, Torino 1999, partic. p. 156 ss., nonché ID, **A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990**, in *Cons. St.*, 2001, II, p. 1545 ss., ora anche in ID, **Autorità amministrative**

3. Sulla codificazione del diritto amministrativo.

Prima di svolgere alcune considerazioni sulle nuove norme occorre prendere posizione in tema di codificazione del diritto amministrativo. È stato sottolineato che la legge n. 15 del 2005 contiene un primo abbozzo di codificazione, specialmente con riguardo al Capo IV bis, che l'art. 14 della legge in commento inserisce nella legge n. 241 del 1990, ovvero il Capo intitolato <<Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso>>.

Come in altri campi del diritto, anche in quello amministrativo, il diritto di formazione giurisprudenziale (il diritto amministrativo è storicamente un diritto giurisprudenziale, anche se recentemente il rapporto, se così può dirsi, di subordinazione dialettica con il legislatore si è notevolmente accentuato), assicura una maggiore capacità di adattamento alle situazioni regolate, specie in tempi di rapidi mutamenti, quali sono quelli che viviamo.

D'altro canto, il suo carattere giurisprudenziale rende il diritto amministrativo spesso controverso e di difficile accesso da parte dei cittadini e degli stessi operatori, tanto da essere ritenuto un diritto per <<iniziati>>.

Al di fuori di schemi ideologici giacobini, la codificazione del diritto amministrativo non può essere, quindi, positivamente giudicata in nome di una acritica adesione al mito della codificazione, bensì per il suo contributo alla certezza del diritto, anche e particolarmente derivante dalla sistemazione e migliore esplicitazione del diritto di formazione giurisprudenziale.

indipendenti e sistema giuridico-istituzionale, Torino 2004, p. 161 ss.. Viene ivi anche sottolineato che l'esigenza di disegnare in modo coerente l'organizzazione amministrativa chiamata ad attuare la legge sul procedimento amministrativo, rafforzando, in particolare, la professionalità e l'imparzialità di una figura centrale nella legge, quella del responsabile del procedimento, è rimasta frustrata. Si è proceduto, anzi, in direzione contraria a partire dal d.lgs. n. 29 del 1993 e peggiorando la situazione attraverso i successivi rimaneggiamenti apportati alla normativa di c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

All'esigenza di apportare certezza, ovviamente, la codificazione non si può sottrarre anche quando vengono introdotte disposizioni innovative. In più, occorre che le innovazioni si pongano nella corretta prospettiva evolutiva, indicata anche dalle fonti superiori, quali la Costituzione e l'ordinamento comunitario².

4. Sulla difficoltà di valutare una riforma notevolmente ambigua.

Alla stregua delle considerazioni che precedono la nuova normativa deve essere valutata sotto il profilo del completamento e/o dell'affinamento tecnico apportato alla disciplina della legge n. 241 del 1990, del suo contributo alla certezza del diritto, oltre che dell'utilità e adeguatezza delle innovazioni introdotte, considerate in prospettiva evolutiva. Compito assai problematico, dal momento che la novella legislativa costituisce intervento non omogeneo, nel quale coesistono norme precise, anche molto apprezzabili, su questioni specifiche, disposizioni inutili e/o scontate, astratte disposizioni di principio, disposizioni dettate da ambizioni di codificazione anche innovativa. Considerato anche che queste ambizioni codificatorie ruotano intorno alla impostazione tradizionale che assegna centralità all'amministrazione ed al potere amministrativo, impostazione da ritenere superata dalla legge n. 241 del 1990 (almeno parzialmente) e (completamente) dal diritto comunitario, ne deriva una notevole ambiguità della legge n. 15 del 2005, nonché il suo inevitabile dar luogo a contraddizioni.

5. L'intervento legislativo sui principi generali dell'attività amministrativa.

² Non sembra, pertanto, da condividere il giudizio espresso da A. ROMANO TASSONE, **Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990**, in www.giustamm.it, 3-2005, il quale, dopo aver giudicato fortemente incerte sia l'interpretazione che la complessiva resa di gran parte delle disposizioni della legge n. 15 del 2005, ritiene che il tentativo di codificazione con essa attuato sia comunque opportuno <<qualunque sia il giudizio sulla riuscita dell'operazione>>.

Sulla questione della codificazione del diritto amministrativo, di cui al testo, cfr. VEDEL, **Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?**; in EDCE 1979-1980, n. 31, il cui giudizio è riportato, con altre considerazioni, da R.CHAPUS, **Droit administratif général**, I, 6° ed., Paris 1992, p. 82 s..

La novella legislativa interviene anche sui <<Principi generali dell'attività amministrativa>> individuati dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

Il criterio della <<trasparenza>> si aggiunge a quelli già indicati, di economicità, efficacia e pubblicità. Si tratta della esplicitazione di un criterio da ritenersi (e generalmente ritenuto) già ricompreso in quello di pubblicità, come attestato dal Capo V della legge n. 241 dedicato alla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Il rafforzamento del criterio in questione potrebbe derivare dalla circostanza che l'accesso ai documenti amministrativi viene qualificato – nel nuovo Capo V modificato dalla legge n. 15 del 2005 – quale <<principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza>> e messo – per così dire – al sicuro (ex art. 117, comma 2, lett. m Cost.) da interventi normativi di regioni ed enti locali, che possono solo <<garantire livelli ulteriori di tutela>> (art. 22, comma 2, L. n. 241, nuovo testo).

L'enunciato principio generale non pare, tuttavia, aver trovato svolgimento nel nuovo Capo V (non oggetto qui di specifico esame) in significativi ampliamenti del diritto di accesso, come rivelato sintomaticamente dalla ritenuta esigenza di canonizzare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui <<non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni>> (art. 24, comma 3, L. n. 241, nuovo testo).

Assai rilevante è invece l'aggiunta al comma 1 dell'art. 1 secondo cui le modalità d'esercizio dell'attività amministrativa devono conformarsi ai principi dell'ordinamento comunitario.

Questi principi, derivanti da una vasta giurisprudenza del giudice comunitario, trovavano già applicazione nel nostro ordinamento in presenza di fattispecie in tutto o in parte disciplinate dal diritto comunitario. L'estensione oggi operata della precettività dei principi comunitari all'insieme dell'attività amministrativa non è, tuttavia, evento di poco conto.

In primo luogo, infatti, non vi è piena coincidenza tra i principi comunitari in ordine all'esercizio delle funzioni amministrative ed i corrispondenti principi di diritto interno, essendo i primi ben più garantisti. Così, in particolare, in tema di giusto procedimento, legittimo affidamento, tutela dei diritti quesiti, proporzionalità (ma non solo), come sarebbe facile dimostrare. Si pensi, ad esempio, alla pienezza del contraddittorio ed al carattere di oralità dello stesso, quali ora esplicitati in ambito comunitario dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sancisce il "diritto ad una buona amministrazione".

E' anzi da sottolineare, secondo quanto già accennato, il carattere antitetico tra l'impostazione propria della Carta (ed in genere dell'ordinamento comunitario), che assegna centralità alla posizione dell'individuo ed alle sue pretese e quella tradizionale accolta dalla legge n. 15 del 2005, in particolare nel nuovo capo IV bis, incentrata in modo autoreferenziale sull'amministrazione ed il <<suo>> potere amministrativo.

In secondo luogo, dalla cogenza dei principi dell'ordinamento comunitario deriva per il giudice amministrativo il dovere di privilegiare, secondo l'impostazione propria del diritto comunitario e della Carta, una interpretazione delle norme in tema di rapporti amministrativi ampliativa delle posizioni degli amministrati, anziché restrittiva in nome di una ritenuta supremazia dell'amministrazione e delle sue esigenze; ciò vale anzitutto per le norme introdotte dalla legge n. 15 del 2005, in particolare per il nuovo capo IV bis.

Più in generale, il giudice amministrativo risulta chiamato ad una valutazione critica della propria giurisprudenza alla stregua dei principi comunitari, ad interloquire costantemente con la giurisprudenza comunitaria, con potenziali notevoli ricadute pratiche in termini di maggiori garanzie per i cittadini.

La legge n. 15 del 2005 inserisce nell'art. 1 della legge n. 241 il comma 1 bis, secondo cui <<La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente>>.

Si tratta di una disposizione dalla pessima formulazione, deprecabilmente inserita tuttavia tra i principi generali dell'attività amministrativa. Con essa viene ripescata la disposizione – dall'analogo tenore – di cui all'art. 106, comma 2 del progetto di riforma costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale. Sloggiata dai piani alti della Costituzione, non è in grado, tuttavia, di dare consistenza alla (in vero solo retoricamente) paventata sottrazione dell'amministrazione alla regola dell'interesse pubblico, ad una amministrazione che persegue “interessi propri, alla stregua di qualsiasi privato”, secondo una interpretazione che potrebbe essere suggerita dall'espressione utilizzata dal legislatore, laddove si afferma che l'amministrazione <<**agisce secondo** le norme di diritto privato>>.

Una simile interpretazione deve essere, infatti, esclusa in considerazione del dato, da ritenere pacifico, secondo cui, da un canto, le pubbliche amministrazioni sono generalmente tenute a perseguire interessi pubblici, dall'altro, è attività amministrativa non solo quella che si realizza mediante l'esercizio di poteri amministrativi, ma anche quella che – sempre di più – si attua attraverso l'utilizzo degli strumenti di diritto privato. Del resto, il principio del necessario perseguimento dell'interesse pubblico, che comporta la funzionalizzazione dell'attività amministrativa, nonché i criteri di cui all'art. 1 della legge n. 241 valgono per ogni attività amministrativa. La predetta interpretazione si porrebbe, dunque, anche in interna contraddizione con il rafforzamento – mediante esplicitazione – del criterio della “trasparenza”, operato dalla novella legislativa.

Nessuna incidenza può pertanto riconoscersi al comma 1 bis che si commenta con riguardo al principio generale dell'“evidenza pubblica”, sostanziato da molteplici disposizioni della normativa vigente, che regge, in particolare, l'attività contrattuale della p.a.; specialmente la

formazione della relativa volontà dell'amministrazione, che dà luogo ad un procedimento amministrativo.

E' da notare che il principio dell'evidenza pubblica trova ora, con la novella legislativa, peculiare espressione nel nuovo comma 4 bis inserito nell'art. 11, con riguardo agli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti, secondo cui: «A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento».

Questa disposizione pone in risalto come il principio dell'evidenza pubblica sia preordinato a garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa e trovi pertanto copertura costituzionale nell'art. 97 Costituzione (ma non solo in esso). Una garanzia che, ovviamente, maggiormente si impone allorché l'amministrazione fa ricorso, nel perseguire il pubblico interesse, a strumenti di diritto privato, ovvero quando l'evidenza pubblica costituisce il solo tratto della disciplina – per il resto privatistica – inteso ad assicurare la funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione.

Al di là di un generico *favor* per l'impiego degli strumenti negoziali privatistici – ove non sussistano ostacoli normativi e fermo il principio dell'evidenza pubblica regolante la formazione della volontà dell'amministrazione – non può assegnarsi alcuna effettiva portata alla disposizione in commento. Sembra, comunque, da escludere, per quanto detto, che il comma 1 bis, cit. abiliti – senz'altro – l'amministrazione ad operare, laddove sia possibile e vi sia il consenso del soggetto interessato, la sostituzione dello strumento negoziale a quello autoritativo previsto (ad esempio la vendita in luogo dell'espropriazione), obbedendo la scelta relativa alla regola della miglior soddisfazione dell'interesse pubblico, che impone di motivare alla stregua di essa l'impiego dello strumento privatistico, ove prescelto.

Tornando alla portata della disposizione, riveste in essa un ruolo determinante la nozione oscura e, almeno in parte, tautologica degli <<atti di natura non autoritativa>>. Il carattere autoritativo degli atti è, infatti, per lo più il portato della disciplina di diritto amministrativo. Così, ad esempio, in tema di certificazioni e c.d. atti di certezza pubblica, atti autorizzatori e ampliativi in vari modi della sfera dei destinatari. D'altro canto, un atto può avere "natura" autoritativa ed essere disciplinato dal diritto privato. Si pensi ai poteri dispositivi propri dell'imprenditore privato nei confronti dei dipendenti.

A chiusura della criticata disposizione risulta posta l'antiquata formula <<salvo che la legge disponga diversamente>>.

Ciò non può non apparire paradossale, in quanto la formula viene messa a presidiare un dettato normativo vuoto di sostanza. La formula tradisce, però, le velleità giacobine di un legislatore ormai sovrastato da fonti di rango superiore, che, dopo aver assegnato un più ampio spazio ai principi comunitari, contraddittoriamente pretende di cancellare il ruolo dell'interprete, che non solo è esaltato dall'operatività di fonti superiori, bensì reso assolutamente indispensabile.

Per il suo muoversi ad un livello di totale astrattezza ed ancor più per il suo inafferrabile contenuto, alla disposizione in commento, al di là di un generico valore ricognitivo di quanto già esistente, non può essere riconosciuto valore ed efficacia di principio dell'ordinamento, neanche di principio programmatico, ovvero di norma meramente rivolta dal legislatore a sé medesimo.

In base al comma 1 ter, inserito nell'art. 1, L. n. 241/90 della novella legislativa, <<i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1)>>, ovvero dei principi generali dell'attività amministrativa.

La disposizione, da un canto, è scontata per quanto concerne i soggetti privati, quali ad esempio i concessionari di servizi pubblici, chiamati all'esercizio episodico di pubbliche funzioni ed anche di attività comunque disciplinate dal diritto amministrativo in conseguenza del

collegamento con la P.A. (ad esempio appalti); d'altro canto, non chiarisce ciò che era da chiarire, ovvero il proprio campo di applicazione, genericamente indicato come quello delle <<attività amministrative>>, né, se, oltre ai principi oggetto di richiamo, valgono anche ed in quale misura le "modalità previste" dalla L. n. 241, di cui all'art. 1, cit.³.

6. Procedimento, contraddittorio e ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione.

In materia di procedimento e di partecipazione la legge n. 15 del 2005 va valutata, secondo quanto anticipato, non solo per quanto da essa stabilito, ma anche per quello che nella novella legislativa non c'è.

Sicuramente apprezzabile sotto il profilo dell'affinamento tecnico della disciplina preesistente è l'integrazione apportata alla disciplina dell'art. 8, relativo alla comunicazione di avvio del procedimento, secondo cui sono adesso da indicare nella comunicazione anche la data di conclusione del procedimento ed i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; nei

³ Sulla impostazione propria della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, caratterizzata – quanto ai rapporti tra individuo ed amministrazione – dalla centralità della posizione dell'individuo e delle sue pretese, nonché sulla valenza interpretativa della Carta, aspetti sottolineati nel testo, sono da condividere le chiare considerazioni di A. ZITO, **Il <<diritto ad una buona amministrazione>> nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno**, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2002, p. 425 ss..

La sottrazione dell'amministrazione alla regola dell'interesse pubblico come effetto dell'art. 1, comma 1 bis, commentato nel testo, è (retoricamente) paventata da F. SATTA, **La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità**, in www.giustamm.it, 2005, il quale, di fronte all'evidente irrazionalità della disposizione, domanda <<quale motivo c'era di scrivere una cosa del genere?>>.

Sull'art. 1, comma 1 bis, convinzioni diverse da quelle qui motivate sono espresse, ma in modo che appare perplesso, da V. CERULLI IRELLI, **Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte**, in www.giustamm.it, 2005, il quale parla al riguardo di <<un principio tendenziale dell'ordinamento, che ha un certo valore ...>> (?) e di possibilità di privilegiare lo strumento negoziale rispetto a quello autoritativo previsto, pare di capire *ad libitum* dell'amministrazione, ovvero <<in esercizio della capacità negoziale, senza ulteriori vincoli di diritto pubblico (a parte ovviamente quelli di bilancio)>>.

Sulla portata generale, sottolineata nel testo, dei principi e dei criteri indicati dall'art. 1 della L. n. 241 del 1990, applicabili a <<tutta l'attività delle amministrazioni>> ed in particolare all'attività contrattuale retta dal principio di evidenza pubblica, cfr. da ultimo G. MORBIDELLI, **Il procedimento amministrativo**, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), **Diritto amministrativo**, I, Bologna 2005, partic. p. 582 ss, il quale ricorda che il medesimo orientamento è stato espresso dalla Commissione presieduta da S. Cassese. La relazione conclusiva della Commissione per l'attuazione della legge n. 241 del 1990 è pubblicata in **Foro it.**, 1992, III, 138. Al riguardo, v. più ampiamente F.G. SCOCA, **Attività amministrativa**, EdD, Agg. VI, Milano 2003, p. 75 ss..

Sui principi generali sono sempre utili strumenti di orientamento, benché formulate in altro contesto ordinamentale, le considerazioni di V. CRISAFULLI, **Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto**, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 1941, pp. 41 ss., 157 ss., 230 ss..

procedimenti ad iniziativa di parte, la comunicazione deve in più contenere la data di presentazione della relativa istanza.

Con il comma 4 bis, inserito nell'art. 2 della legge n. 241, per la proposizione del ricorso avverso il silenzio, viene esclusa la <<necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento>>; il legislatore ha così fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale che da ultimo era risultato soccombente. Suscita invece perplessità il termine, di un anno dal termine fissato per la conclusione del procedimento, imposto dal medesimo comma 4 bis, per la proposizione del ricorso. Si tratta, infatti, di una restrizione, che può apparire arbitraria, di un diritto di azione che dovrebbe poter essere esercitato per tutto il tempo del perdurare dell'inadempimento dell'amministrazione al dovere di provvedere, ove permanga l'interesse a far valere l'inadempimento. L'interessato risulta invece costretto a presentare una nuova istanza e probabilmente anche ad allegare l'esistenza dei "presupposti" per l'adempimento dell'amministrazione al proprio dovere di provvedere.

Con una aggiunta finale all'art. 6 della legge n. 241 la novella legislativa stabilisce: <<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>>.

La regola così affermata costituisce mera trascrizione normativa di un principio sicuramente già vigente in base al più generale principio di ragionevolezza e da ritenere anche implicito nell'art. 3, comma 1 della legge n. 241, che disciplina la motivazione degli atti amministrativi.

E' stato osservato che la nuova normativa rende necessario formalizzare la conclusione dell'istruttoria con una relazione scritta (V. CERULLI IRELLI). Questo adempimento, tuttavia, come non risultava espressamente imposto prima della novella legislativa, così non risulta espressamente imposto a seguito di essa. Potrebbe tuttavia ritenersi che il predetto obbligo di relazionare per iscritto in ordine alle risultanze dell'istruttoria già gravasse (e gravi) sul responsabile

del procedimento in ragione delle funzioni che gli sono demandate, che richiedono una precisa e documentata assunzione di responsabilità. Una esplicitazione in tal senso sarebbe stata assai opportuna, ma non vi è stata.

E' mancata nella novella legislativa una valorizzazione della figura del responsabile del procedimento, che, conformemente alla *ratio* dell'istituto, quella di dare una spiccata ed autonoma evidenza alla fase istruttoria, dovrebbe anche condurre – almeno in molti casi – a separare la fase istruttoria dalla fase decisoria, al di là di quanto già si impone in tema di esercizio di poteri sanzionatori. Difettano, tuttavia, all'interno delle amministrazioni condizioni organizzative idonee ad assicurare la professionalità e l'imparzialità della figura del responsabile del procedimento, benché tale figura sia centrale nella disciplina posta dalla legge n. 241 del 1990.

In base al nuovo art. 10 bis della legge n. 241, nei procedimenti ad istanza di parte l'autorità amministrativa, prima di adottare un provvedimento negativo, è tenuta a comunicare agli istanti <<i>motivi che ostano all'accoglimento della domanda>>. Gli istanti sono in tal modo messi in grado (hanno <<diritto>>) di contraddire nei dieci giorni successivi al ricevimento della comunicazione, presentando osservazioni e documenti. L'amministrazione è tenuta a motivare il mancato accoglimento di queste osservazioni nel successivo provvedimento, ove con esso venga respinta l'istanza di parte.

Questa disposizione può suscitare perplessità non solo per l'aggravio che deriva al procedimento dall'instaurarsi di una ulteriore fase istruttoria, che comporta anche interruzione dei tempi procedurali. Ci si può, invero, anche interrogare sulla sua utilità, ove si ritenga, come si deve ritenere, che l'amministrazione sia tenuta ad instaurare anche nei procedimenti ad istanza di parte un pieno contraddittorio e quindi nell'ambito di questo a richiedere immediatamente i chiarimenti necessari, a formulare la propria interpretazione dei fatti ed a porre l'istante nelle condizioni di potersi difendere dalle obiezioni dell'amministrazione, anche in riferimento a prove eventualmente raccolte.

Alle iniziali perplessità subentra, però, con riguardo alla disposizione in commento, un giudizio positivo dettato da realistica considerazione della assai carente e difettosa pratica del contraddittorio da parte delle nostre amministrazioni, sino ad oggi avallata, in particolare con riguardo ai procedimenti ad iniziativa di parte, dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti. Il chiaro dettato dell'art. 10-bis può, infatti, svolgere una assai utile funzione didascalica non solo nei confronti delle amministrazioni, ma anche dei cittadini, resi maggiormente edotti sui loro diritti.

Ciò detto, ogni residuo dubbio in ordine al generale ingresso nel procedimento amministrativo di un pieno contraddittorio deve ritenersi, come già sottolineato, superato in forza del richiamo dei principi comunitari operato dal nuovo testo dell'art. 1 della legge 2041 ad integrazione della disciplina del procedimento.

La situazione resta invariata, però, per quanto concerne gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione sotto il profilo del rinvio alle "particolari norme" che ne regolano la formazione, anche con riguardo alla partecipazione (art. 13, L. n. 241), e per quanto concerne l'esenzione dall'obbligo di motivazione per gli atti normativi e gli atti a contenuto generale (art. 3, comma 2, L. n. 241).

E' totalmente mancato al riguardo l'intervento di completamento della L. n. 241 che ci si poteva attendere dal legislatore e che avrebbe trovato importanti spunti, relativamente ai c.d. procedimenti di massa, già nell'originario schema di disciplina del procedimento predisposto dalla Commissione Nigro⁴.

7. Accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti. Conferenza dei servizi.

⁴ Sulla separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, richiesta dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo al fine di realizzare condizioni di <<imparzialità oggettiva>> nell'esercizio di poteri sanzionatori, rinvio a N. LONGOBARDI, **A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990**, in *Cons. St.*, 2001, II, p. 1545 ss., ora in ID., **Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale**, Torino 2004, p. 161 ss.. Vedi, *ivi*, anche rilievi sull'amministrazione contenziosa a p. 198 ss. nello scritto sui **Modelli amministrativi di risoluzione delle controversie**.

Sulla necessaria pienezza del contraddittorio anche nei procedimenti ad iniziativa di parte, v. ora A. SCOGNAMIGLIO, **Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo**, Milano 2004, partic. p. 207 ss..

Con la novella legislativa la disciplina degli accordi sostitutivi di provvedimenti viene riportata a quella prevista dall'originario schema della Commissione Nigro mediante la soppressione dell'inciso <<nei casi previsti dalla legge>>, già contenuto nel comma 1 dell'art. 11 della legge n. 241. L'accordo sostitutivo di provvedimento diviene, così, strumento tendenzialmente generale di azione amministrativa. L'intervento appare opportuno, ma non sufficiente a promuovere efficacemente un istituto, quello degli accordi di cui all'art. 11, cit., sostanzialmente ignorato dalle amministrazioni, anche nella versione più moderata dell'accordo integrativo da riversare in un provvedimento amministrativo.

Secondo quanto già osservato, il nuovo comma 4 bis esplicita il principio dell'evidenza pubblica con riguardo agli accordi sia integrativi che sostitutivi di provvedimenti. Viene così data separata rilevanza alla manifestazione di volontà dell'amministrazione di addivenire ad uno di tali accordi (lo schema è quello noto della <<deliberazione di contrattare>>), in quanto la conclusione di essi deve essere in ogni caso <<preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento>>.

La disciplina ha il pregio di anticipare la possibilità di tutela giurisdizionale dei terzi eventualmente pregiudicati dall'accordo, così anche evitando, in caso di provvedimento giurisdizionale di sospensione cautelare, una inutile attività di definizione e formalizzazione dell'accordo, che può risultare anche laboriosa e dispendiosa.

Il nuovo titolo V della Costituzione ha reso necessaria la (ennesima) riscrittura della normativa in tema di conferenza dei servizi (artt. 14, 14 bis, 14 ter, 14 quater e 14 quinquies) al fine di salvaguardare maggiormente le competenze di Regioni ed Enti territoriali locali. Ne risulta accresciuta la macchinosità della disciplina, la cui messa a punto assomiglia sempre più ad una fatica di Sisifo.

8. Il nuovo Capo IV-bis: <<Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso>>.

Con il nuovo Capo IV-bis, introdotto nella legge n. 241, il legislatore contraddice la convinzione, da lungo tempo prevalente nella nostra dottrina, secondo la quale è inopportuna la codificazione dell'attività amministrativa di diritto pubblico e dello stesso procedimento amministrativo.

E', invece, esigenza largamente condivisa quella di offrire ai soggetti coinvolti nei procedimenti amministrativi una rete di garanzie; per soddisfare questa esigenza è stata introdotta nell'ordinamento la legge n. 241 del 1990, ovvero una legge <<breve>>, contenente principi e regole puntuali in tema di azione amministrativa, tali da costituire un <<minimo comune denominatore>> di disciplina dei rapporti amministrativi.

Il legislatore interviene, dunque, ora a codificare istituti del diritto amministrativo, dai lineamenti spesso controversi e soggetti ad evoluzione, che la dottrina ha ritenuto, per le predette ragioni, più appropriato affidare all'elaborazione giurisprudenziale ed al costante adattamento da essa assicurato.

E' vero che la legge n. 15 del 2005 non reca novità significative e per lo più recepisce orientamenti prevalenti in giurisprudenza ed in dottrina. Tuttavia, anche la cristallizzazione dei predetti orientamenti, mediante codificazione, non può non suscitare perplessità in tempi di rapidi mutamenti e di apertura del nostro ordinamento verso l'esterno (in primo luogo, ma non solo, verso l'ordinamento comunitario). L'edificio normativo costruito potrebbe, quindi, anche a breve, dover essere, in più parti, demolito ed è comunque soggetto ad una rapida erosione.

A ciò va aggiunto quanto già sottolineato, ovvero che la legge n. 15 del 2005 e particolarmente il nuovo Capo IV-bis da essa introdotto risultano caratterizzati dalla superata, autoreferenziale impostazione che assegna centralità all'amministrazione ed al <<suo>> potere

amministrativo, cosicché completamente in ombra restano le nuove pretese e/o le nuove soggezioni che ne derivano per il cittadino.

In vero, i toni efficientisti impiegati dal legislatore con riguardo ad esecuzioni immediate, clausola di mediata efficacia, non annullabilità di provvedimenti anche a scapito di regole fondamentali sull'azione amministrativa hanno potuto suscitare giustificato allarme per una temuta conseguente attenuazione delle garanzie del cittadino. All'enfasi assai inopportuna dei predetti toni non corrisponde tuttavia una effettiva sostanza.

Chi fosse tentato, in ragione dell'impostazione e dello stile della novella legislativa, di rinvenire in essa una restaurazione del potere e dell'autorità dell'amministrazione a scapito delle garanzie dei cittadini effettuerebbe un'operazione interpretativa condannata in partenza. Dalla generale cogenza dei principi dell'ordinamento comunitario (art. 1, comma 1, L. n. 241, nuovo testo) deriva, infatti, come già sottolineato, il dovere di privilegiare, secondo l'impostazione propria del diritto comunitario e della Carta, una interpretazione delle norme in tema di rapporti amministrativi ampliativa delle posizioni dei cittadini, anziché restrittiva in nome di una ritenuta supremazia dell'amministrazione e delle sue esigenze.

Si può, così, passare ad osservazioni, per lo più rapide, con riguardo alle disposizioni del nuovo Capo IV-bis.

L'art. 21-bis prevede una assai incerta disciplina in tema di <<Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati>>.

Viene, al riguardo, enunciato un principio di civiltà, che erode l'imperatività del provvedimento, secondo cui l'atto c.d. ablatorio acquista efficacia solo con la comunicazione. Il regime dell'efficacia del provvedimento risulta così espressamente allineato ai principi di trasparenza, conoscibilità e democraticità che devono connotare in generale l'azione amministrativa.

E' da avvertire che la disciplina riguarda i provvedimenti ablatori e non i – non considerati - provvedimenti recettizi, ovvero gli atti che per essere realizzati hanno necessariamente bisogno dell'opera del destinatario (in quanto ad es. fanno sorgere obbligazioni nei confronti del privato), per i quali la comunicazione è <<intrinsecamente>> necessaria.

Il principio enunciato viene, però, subito contraddetto, non dalla prevista immediata efficacia dei provvedimenti <<aventi carattere cautelare ed urgente>> (laddove la congiunzione <<e>> appare indicare che le misure cautelari da assumere debbano anche essere urgenti), bensì dal potere innominato attribuito all'amministrazione di apporre al provvedimento (purché non abbia carattere sanzionatorio) una <<motivata clausola di immediata efficacia>>. Di qui il carattere perplesso e contraddittorio della disciplina. In vero, solo una documentata urgenza sembra poter fornire, a fronte dell'enunciato principio della necessaria comunicazione, una valida giustificazione all'apposizione della suddetta <<clausola>>.

L'art. 21-ter, in tema di <<esecutorietà>>, sancisce che il potere dell'amministrazione di portare ad esecuzione coattivamente i propri provvedimenti senza ricorrere al giudice non è (*rectius*, non è più) da ritenere connaturato al potere amministrativo, bensì è un potere distinto che deve trovare previsione nella legge, soggetto, dunque, al principio di legalità. Ciò secondo l'indirizzo dottrinale da tempo prevalente.

In una materia che presenta aspetti applicativi assai articolati la disposizione si limita, tuttavia, a stabilire che <<le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge>>.

E' da notare che dalla necessaria previa indicazione, ad opera della legge, delle <<modalità>> (oltre che dei <<casi>>) deriva la necessaria tipizzazione delle procedure di esecuzione coattiva, anche a garanzia degli esecutati.

In vero, dovrebbe ritenersi che in uno Stato democratico evoluto la P.A. debba in linea di principio, come gli altri soggetti, rivolgersi al giudice per ottenere l'esecuzione delle sue pretese.

Viene invece, dal secondo comma dell'art. 21-ter, estesa a tutte le pubbliche amministrazioni la normativa di privilegio prevista per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato relativi ad obblighi aventi ad oggetto somme di denaro, risalente al r.d. n. 946 del 1910.

Dopo l'inutile monito legislativo secondo cui <<i>provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente<>> (in linea con i sottolineati toni efficientisti), contenuto nel primo comma, l'art. 21-quater, al secondo comma, risolve in senso positivo la controversa questione dell'esistenza in capo all'amministrazione di un potere generale di sospensione dei propri atti.

Rispetto all'autorevole orientamento dottrinale che tale potere generale ha riconosciuto solo con riguardo all'esecuzione degli atti amministrativi (GIANNINI), il potere di sospensione risulta esteso dalla novella legislativa anche alla efficacia degli atti e può essere esercitato per non meglio precisate <<gravi ragioni>> e <<per il tempo strettamente necessario>> da esse richiesto, con espressa indicazione di un termine, prorogabile o differibile una sola volta.

E' stato osservato che la disposizione, nell'attuale formulazione caratterizzata da indeterminatezza dei presupposti e dei termini di vigenza delle misure sospensive, si presta ad applicazioni arbitrarie da parte dell'amministrazione. E' possibile. Tuttavia, va anche notato che dalla disposizione deriva una responsabilizzazione dell'amministrazione, che può essere considerata positiva.

E', infatti, evenienza frequente che le amministrazioni, dopo aver emanato un atto, anche gravemente illegittimo, si disinteressino delle conseguenze di esso, in pratica ritenendo, nella stragrande maggioranza dei casi, che la questione della sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo (come quella della eliminazione dell'atto illegittimo) sia questione ormai rimessa unicamente agli sviluppi del giudizio eventualmente instaurato dinanzi al giudice amministrativo.

La predetta convinzione è erronea nella misura in cui contrasta con la funzione di necessaria tutela degli interessi pubblici, che incombe sull'amministrazione e che solo in limitati casi si esaurisce con l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

La previsione in via generale di un potere di sospensione degli atti amministrativi sottolinea dunque la responsabilità dell'amministrazione in ordine alla cura costante degli interessi pubblici, non solo prima e nel procedimento diretto all'emanazione del provvedimento, ma anche successivamente.

Trattasi di un potere-dovere discrezionale da maneggiare con estrema prudenza, ma il cui esercizio – che deve essere adeguatamente motivato – può, ovviamente, essere richiesto anche dagli interessati, come il giudice amministrativo avrà occasione di sancire, circoscrivendone la sfera di applicazione.

Considerato il tenore della disposizione, non sembra che la sospensione dell'efficacia ovvero dell'esecuzione degli atti amministrativi possa ancora considerarsi esclusivamente una misura cautelare in senso tecnico, anche se tale misura è destinata a svolgere in assoluta prevalenza una funzione cautelare (ad es. sospensione in attesa dell'esito di un avviato procedimento di riesame di un provvedimento amministrativo).

L'articolo 21-quinques offre un fondamento normativo di carattere generale all'istituto della revoca, assai controverso specie quanto ai limiti di operatività.

La disposizione accoglie la nozione più lata dell'istituto, contemplando sia la revoca implicante il c.d. *ius poenitendi* dell'amministrazione, ovvero la possibilità per essa di operare una <<nuova valutazione dell'interesse pubblico originario>>, benché la situazione già considerata non risulti mutata, sia la revoca determinata, al contrario, da un mutamento della originaria situazione di fatto, tale da far ritenere che il provvedimento emanato non sia più opportuno e, quindi, non debba produrre ulteriori effetti (dal momento in cui la revoca è disposta).

La disposizione in commento sembra configurare come ipotesi distinta dalle precedenti quella della sopravvenienza di motivi di pubblico interesse. In realtà, la sopravvenienza dei predetti motivi, necessaria in entrambe le ricordate ipotesi, svolge la funzione di connotare il potere di revoca come potere discrezionale, il cui esercizio è quindi sempre condizionato dalla necessità di cura di interessi pubblici attuali.

L'art. 21-quinques conferma che la competenza a disporre la revoca del provvedimento spetta all'organo che lo ha emanato (come la relativa responsabilità). E' una competenza ad esso riservata, non più da ritenersi propria anche del superiore gerarchico, dunque, che può essere tuttavia assegnata ad altro organo, purché ciò sia – è da ritenere per esigenze di garanzia - <<previsto dalla legge>>.

La novella legislativa, che generalizza l'obbligo di indennizzare i soggetti <<direttamente>> pregiudicati dal provvedimento di revoca, sembra, quanto ai limiti di operatività, non assegnare limiti (al di là di quelli tecnici) all'istituto della revoca, in contrasto con l'orientamento dottrinale che ritiene non revocabili i provvedimenti che hanno costituito diritti soggettivi ed in genere i provvedimenti autorizzativi.

La questione non è tuttavia da ritenere risolta. Le astratte enunciazioni del legislatore dovranno, infatti, d'ora innanzi in tutti i casi confrontarsi con la più estesa penetrazione dei principi dell'ordinamento comunitario, derivante anch'essa dalla novella legislativa, in particolare con il principio del legittimo affidamento del cittadino.

L'art. 21-sexies, <<Recesso dai contratti>>, esclude che il potere dell'amministrazione di recedere unilateralmente dai contratti di diritto privato sia un potere generale. Il rilievo pratico di tale disposizione è tuttavia scarso in presenza di norme di carattere generale (in particolare in tema di lavori pubblici) che consentono all'amministrazione di recedere *ad nutum* dal contratto o di rescinderlo unilateralmente.

L'art. 21-septies, benché diretto a dettare una disciplina generale della <<nullità del provvedimento>>, ha un valore definitorio assai scarso – per non dire, con bisticcio di parole, nullo – delle fattispecie di nullità.

E' infatti, secondo la disposizione, “nullo” <<il provvedimento che manca degli elementi essenziali>>, sui quali, come è noto, non vi è accordo, se non quanto allo scarso rilievo pratico delle ipotesi al riguardo configurabili. E' ancora “nullo” il provvedimento <<viziato da difetto assoluto di attribuzione>>, nozione tuttavia non precisata, nella quale può trovare ad es. accoglienza la nozione giurisprudenziale di “carenza di potere” in tutte le sue forme. Infine, con norma di rinvio si stabilisce che il provvedimento è nullo <<negli altri casi previsti dalla legge>>.

La disciplina non può dirsi dunque innovativa; anzi, essa conferma che il rilievo delle ipotesi di nullità dei provvedimenti amministrativi resta assai limitato e rimesso ad interventi puntuali del legislatore, mentre l'esigenza di una sanzione più grave, di nullità anziché di annullamento, di alcuni tipi di atti amministrativi a tutela della collettività risulta ormai avvertita dalla giurisprudenza amministrativa (Ad. Plenaria C.d.S., sent. 29 febbraio 1992, n. 2).

Alla stregua dell'impostazione autoreferenziale adottata, il legislatore completamente si disinteressa della questione più rilevante, ovvero delle conseguenze della nullità in termini di tutela giurisdizionale; unicamente stabilisce, al secondo comma dell'art. 21-septies, che <<le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo>>.

Solo indirettamente l'interprete può trarre, pertanto, la sostanziale conferma dell'applicabilità dei principi codicistici in ordine alla nullità degli atti: improduttività di effetti da parte dell'atto nullo; non sanabilità; rilevabilità senza limiti di tempo, anche d'ufficio ad opera del giudice, sia civile che amministrativo.

Far valere i predetti principi resta, tuttavia, assai difficile per il cittadino.

La formulazione del sopra citato secondo comma ha, per di più, fatto temere che risultasse cancellato il giudizio di ottemperanza ex art. 27, n. 4, t.u. sul Consiglio di Stato, che, al fine di costringere l'amministrazione ad adeguarsi al giudicato, contempla una giurisdizione estesa al merito. Questa, come è noto, costituisce il solo rimedio dimostratosi efficace anche con riguardo ai provvedimenti violativi ed elusivi del giudicato.

La disposizione va tuttavia letta nella limitata portata che essa ha, ovvero quella di escludere la giurisdizione del giudice ordinario sulle questioni relative alla nullità di provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato e riservarle al giudice amministrativo, senza incidenza, quindi, sul giudizio di ottemperanza, che resta estraneo all'ottica delle norme ed è dunque da ritenere confermato.

Rilevato che l'art. 21-nonies, in tema di <<annullamento d'ufficio>>, si limita a recepire principi giurisprudenziali consolidati (non può dirsi nemmeno costituire una novità il <<termine ragionevole>> stabilito per l'esercizio del potere di annullamento, come per quello di convalida del provvedimento illegittimo), si può chiudere questo rapido *excursus* considerando la disciplina sull'<<annullabilità del provvedimento>>, posta dall'art. 21-octies.

Dopo aver enunciato al primo comma il principio pacifico secondo cui <<E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza>>, la novella legislativa introduce due eccezioni. Viene disposto che <<non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato>>; ed ancora che il provvedimento <<non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato>>.

Sono queste le disposizioni del Capo IV bis che maggiormente sono state oggetto di contestazione per l'attacco che può leggersi nei toni della novella legislativa alle regole democratiche sull'azione amministrativa. Si tratta tuttavia, anche e specialmente in questo caso, di toni cui non corrisponde una effettiva sostanza.

Non tanto rileva, al riguardo, la circostanza che le predette disposizioni relative alla non annullabilità di provvedimenti siano destinate ad una circoscritta, se non marginale, applicazione. Esse possono, infatti, operare solo, da un canto, subordinatamente ad un giudizio di <<palese>> (ovvero nota, manifesta) conformità del provvedimento vincolato allo schema normativo, ancorché emanato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti; d'altro canto, subordinatamente ad una "dimostrazione in giudizio" da parte dell'amministrazione, non dell'astratta bontà del contenuto del provvedimento discrezionale, bensì che questo contenuto <<non avrebbe potuto essere diverso>> da quello che si sarebbe potuto determinare in conseguenza della corretta instaurazione del contraddittorio, mediante comunicazione dell'avvio del procedimento.

Assai più rileva che le disposizioni che si commentano non incidono (né legittimamente potrebbero incidere) sul piano dei principi, ovvero sulla necessaria qualificazione degli atti emanati in violazione di norme sul procedimento e sulla corretta instaurazione del contraddittorio – che concretizzano un principio costituzionale - quali atti illegittimi ed invalidi.

Le disposizioni, infatti, sono destinate ad operare <<sempre e comunque nel giudizio *ope exceptionis*>> (Romano Tassone). E' nel giudizio che va fornita dall'amministrazione la "dimostrazione" dalle caratteristiche appena evidenziate (tali da renderla spesso una *probatio diabolica*); d'altro canto, la palese conformità allo schema normativo di un provvedimento vincolato solo dal giudice può essere accertata. In entrambi i casi si tratta non di astratte qualificazioni di atti, bensì di valutazioni da effettuarsi in concreto di atti dei quali, benché

illegittimi ed invalidi, deve essere previamente valutata in giudizio la possibilità di sanatoria, prima di sanzionarli con la misura dell'annullamento.

Del resto, come è stato acutamente osservato, l'art. 21-nonies, successivo a quello ora commentato, in tema di annullamento d'ufficio, comprende <<tutte e senza eccezione alcuna le ipotesi di cui all'articolo precedente>> (Romano Tassone) e non contempla invece astratte ipotesi di non annullabilità e/o irregolarità.

Non risulta dunque mutato in ossequio ad una opzione efficientista, improponibile se concepita come alternativa, l'obiettivo generale dell'azione amministrativa di <<pervenire ad una decisione provvedimento intrinsecamente legittima>> (Romano Tassone).

E' evidente che la novella legislativa esalta il ruolo del giudice amministrativo, chiamato a calarsi nel rapporto amministrativo ed a verificare nel merito l'inutilità sotto il profilo sostanziale di una misura d'annullamento che costituirebbe per il ricorrente una vittoria meramente processuale. Del resto, il giudice amministrativo già si era posto su tale strada andando, anzi, talora al di là di quanto oggi consentito dal legislatore.

La nuova disciplina dischiude tuttavia anche nuove possibilità alla tutela del diritto al contraddittorio e degli altri diritti delle parti nel procedimento amministrativo.

Essa, infatti, dovrebbe indurre il giudice amministrativo a favorire il più possibile nella sede cautelare, particolarmente a ciò idonea, una tutela effettiva delle prerogative delle parti nel procedimento. Avvalendosi del proprio potere di emettere misure cautelari atipiche, il giudice potrebbe disporre, ad es. la riapertura del procedimento e l'adozione di misure idonee a ripristinare il diritto di difesa delle parti.

In questo senso spingono sia i principi della generalità e completezza della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, posti dall'art. 113 Cost., che impongono di garantire effettività alle prerogative delle parti nel procedimento, sia l'esigenza di economia processuale di addivenire solo in ultima istanza al giudizio di eventuale sanatoria degli

atti illegittimamente emanati in violazione di norme sul procedimento e/o senza una corretta instaurazione del contraddittorio⁵.

La notazione finale è la seguente. Ben avrebbe potuto un provvido legislatore ottenere i medesimi risultati senza ricorrere a toni ed espressioni che sono apparsi lesivi delle garanzie dei cittadini, in particolare con riguardo alla comunicazione di avvio del procedimento ed alla portata anche simbolica che essa riveste, definita dallo stesso giudice amministrativo <<elemento di

⁵ Sulle caratteristiche della L. n. 241 del 1990, che non smentisce la tesi prevalente circa l'inopportunità di codificare e così cristallizzare il procedimento amministrativo, cfr. G. MORBIDELLI, **Il procedimento**, cit., p. 553 ss., il quale ricorda anche la felice espressione subito coniata da Giorgio Pastori secondo cui la L. n. 241 costituisce il <<minimo comune denominatore>> della disciplina dei rapporti amministrativi.

Il carattere non particolarmente significativo delle novità introdotte dal Capo IV bis è già stato sostenuto da R. VILLATA, **L'atto amministrativo**, in Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi, Monaco e Scoca (a cura di), **Diritto amministrativo**, cit., p. 806.

Sull'apertura del nostro ordinamento verso l'esterno, v. particolarmente S. CASSESE, **Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali**, in M. P. CHITI e G. GRECO, **Trattato di diritto amministrativo europeo**, Milano 1997, p. 3 ss..

Sulla nozione degli atti recettizi, che è nozione di teoria generale, v. M. S. GIANNINI, **Diritto amministrativo**, I, Milano 1970, p. 603 s..

Per l'articolata problematica dei procedimenti di esecuzione coattiva, v. R. VILLATA, **L'atto amministrativo**, cit., p. 812 s.; N. PAOLANTONIO, **Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90**, in www.giustamm.it, 3-2005.

Sulla sospensione degli atti amministrativi, v. N. PAOLANTONIO, **Considerazioni**, cit., il quale sottolinea il rischio di un utilizzo arbitrario del potere di sospensione da parte delle amministrazioni.

In tema di nullità e sul carattere non innovativo della disciplina posta dall'art. 21-septies, cfr. ancora R. VILLATA, **L'atto amministrativo**, cit., p. 816 ss..

La cancellazione del giudizio di ottemperanza da parte dell'art. 21-septies è stata paventata da F. SATTA, **La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità**, in www.giustamm.it, 3-2005, ma è da escludere, come ritenuto anche da G. CARUSO, **Svolte per le regole sull'invalidità formale**, in **Guida al diritto**, n. 10/2005, p. 78 s..

Le considerazioni di cui al testo in ordine al comma 2 dell'art. 21-octies, che ha sollevato aspre critiche (v. ad es. F. SATTA, **La riforma**, cit.), sono largamente fondate sulla inconfutabile dimostrazione che A. Romano Tassone (**Prime osservazioni**, cit.) ha fornito in ordine alla portata ed all'incidenza delle disposizioni in questione. Questo autore ricorda anche la scarsa rilevanza che, in un trentennio di vigenza, un'analoga disposizione prevista nell'ordinamento tedesco ha avuto nell'orientare gli esiti processuali a favore dell'amministrazione, nonché le <<tecniche di valorizzazione>> impiegate dal giudice amministrativo (in particolare attraverso la valutazione dell'<<interesse a ricorrere>>), dell'<<irrelevanza del vizio denunciato sul contenuto dispositivo del provvedimento>>. Al riguardo, v. anche A. SCOGNAMIGLIO, **Il diritto di difesa**, cit., partic. p. 76 ss, la quale sottolinea, alla stregua della migliore dottrina (ivi richiamata), che il tentativo di relegare i vizi della procedura nell'area della mera irregolarità <<confligge pienamente con il valore ordinamentale accordato al principio del contraddittorio ed ai diritti che ad esso si ricollegano, i quali sono espressione di norme e di principi di rango costituzionale>> (ivi, p. 75).

Del resto, <<se le regole formali sono cogenti, ma la loro inosservanza non porta a nessuna conseguenza, l'effettività delle medesime perde ogni consistenza>>, come giustamente osservato da F. G. SCOCA, **Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato**, in **Annuario AIPA**, Milano 2003, p. 54. Il che deve tuttavia ritenersi escluso anche in base ai principi della generalità e completezza della tutela giurisdizionale nei confronti della p.a., posti dall'art. 113 Cost., secondo quanto chiarito da autori quali Cannada Bartoli, Esposito, Bachelet e Ledda, il cui insegnamento è ora ricordato da A. SCOGNAMIGLIO, **Il diritto di difesa**, cit., p. 300.

Sulla tutela giurisdizionale nelle ipotesi di violazione delle regole di procedura, che, da un canto, non può condurre a relegare tali regole essenziali nell'area della irregolarità, dall'altro, non può sempre essere quella (spesso insoddisfacente) dell'annulabilità del provvedimento finale, sulla necessità dell'immediatezza di tale tutela, per la quale risulta particolarmente idonea la fase cautelare del giudizio amministrativo, v. partic. A. SCOGNAMIGLIO, **Il diritto di difesa**, cit., p. 72 ss., 338 ss., la quale fonda le sue argomentazioni anche sulla giurisprudenza del giudice amministrativo francese e del giudice comunitario.

riqualificazione di grande rilievo civile>>, che sancisce il subentro del << sistema della democraticità delle decisioni >> (Cons. St., Ad. plen. 15 settembre 1999, n. 14).