TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

VII e VIII Settimana di diritto amministrativo – seconda parte

1. **Tema: la responsabilità della PA da provvedimento illegittimo. Profili risarcitori e probatori.**
2. **Tema: Il candidato, premessi brevi cenni sugli aspetti sostanziali e procedurali del silenzio, esami nello specifico, dandone concreta esemplificazione la responsabilità della pa per danno da inerzia o da ritardo**
3. **Tema: il candidato, premessi brevi cenni sulla natura e limiti del diritto all'accesso ai documenti amministrativi, ne esponga le varie forme di tutela prendendo in particolare considerazione la posizione soggettiva dei controinteressati**
4. **Compitino (o TEMA) : I limiti allo ius poenitendi posti in essere dal nuovo "nuovo" art. 21- quinquies, l. n. 241/90,**
5. **Compitino (O TEMA) : La discrezionalità della PA negli atti di alta amministrazione. Limiti al sindacato del Giudice amministrativo**
6. **Compitino (O TEMA) : il Quadro normativo della SCIA e della DIA. La tutela del terzo**
7. **L'edilizia economica e popolare. Il quadro normativo inerente il prezzo agevolato**

Sommario Generale: 1. L'attività amministrativa. 2. L'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa (p. 8). 3. Il procedimento amministrativo e le situazioni soggettive . 4. La classificazione dell'attività amministrativa. 5. I Comportamenti della P.A. (p.14)- 6. Il procedimento amministrativo (p. 15). 7. Il provvedimento amministrativo (p. 28). 8. I provvedimenti di secondo grado (autotutela decisoria) p. 55. 9. Le autorizzazioni e le abilitazioni, i nulla osta 10. Le concessioni

amministrative (p.70) 11. Il silenzio (p. 78).12. L'inerzia della PA e il danno da ritardo(p.99). 12. DIA e SCIA (p. 105). 13 invalidità dell'atto amministrativo (p.124). 14. Incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (p. 126), 15. Il regime dell'invalidità dell'atto amministrativo (p. 136). 16. L'autotutela (p.152) .17. L'indennizzo in caso di revoca dell'atto lecito (p. 157). 18. Gli accordi normativi (p.167) .19. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi (p. 196) 20. Le società cooperative ed edilizie (p. 273)

1. Attività amministrativa e interessi pubblici

L'Attività amministrativa è l'attività svolta da persone che agiscono per una pubblica amministrazione: amministratori, come il sindaco o l'assessore regionale o il ministro della Repubblica, dirigenti, come il responsabile dell'ufficio tecnico della provincia, operai, come il dipendente comunale addetto alla raccolta dei rifiuti.

Si tratta di persone che sono legate all'amministrazione - un ministero, una regione, un ente locale, un ente pubblico – da un rapporto che viene creato da un atto di investitura nell'ufficio: un'elezione – il caso del consigliere comunale – una nomina, come quella del ministro o del presidente di un ente pubblico, un contratto di lavoro, come per milioni di dipendenti pubblici.

Non tutta l'attività di costoro, è attività amministrativa. Lo è solo quella che essi svolgono per conto della pubblica amministrazione in cui sono inquadrati e che è distinta dall'attività che essi esplicano come qualunque altra persona, al di fuori del rapporto che li lega allo Stato o a un ente pubblico.

È il diritto – un insieme di norme giuridiche – che, impiegando categorie come quella di attribuzione o di competenza, fornisce un criterio per individuare la parte dell'attività delle persone fisiche che è imputabile alla pubblica amministrazione. In questa prima generalissima accezione l'attività amministrativa è individuata in base ad un criterio esclusivamente soggettivo, che prescinde dalla forma o dal contenuto. L'attività è amministrativa perché proviene da una pubblica amministrazione (ossia da soggetti che agiscono per una pubblica amministrazione alla quale imputano la propria attività).

Resta da chiarire il significato del verbo amministrare.

Il ministro (chi amministra) nella lingua latina è il servitore, il domestico (da minus), colui che è al servizio di un altro. L'amministratore di un condominio è al servizio dei condomini, l'amministratore di una società è al servizio dei soci, l'amministratore dell'ente locale – sindaco o componente della giunta – è al servizio dei suoi cittadini, il ministro della Repubblica è al servizio della totalità dei cittadini. Anche se vengono

usate le espressioni “amministrare il proprio patrimonio” o “amministrare i propri affari”, il termine evoca nella maggioranza dei casi un interesse che non è proprio di chi amministra, ma che riguarda un altro soggetto o, più spesso, altri soggetti. L’interesse che la pubblica amministrazione è chiamata gestire è un interesse pubblico. Essa deve agire per la cura concreta di un interesse pubblico. Questa definizione contiene un riferimento ad un soggetto (la pubblica amministrazione) ed un riferimento ad un fine (la cura di un interesse alieno, di un interesse pubblico).

Procedendo da un rinvio all’altro – dalla attività alla pubblica amministrazione, dalla pubblica amministrazione alla cura in concreto dell’interesse pubblico – le cose si complicano. Mentre la nozione di pubblica amministrazione può essere ricostruita sulla base del dato normativo, in base a una o più norme di legge che indicano che cosa debba intendersi con quel termine (v. l’elenco contenuto nell’art. 1, co. 2, d.lgs. 30.3.2001, n. 165), più problematico è il concetto di cura concreta dell’interesse pubblico.

L’aggettivo “concreto” rimanda al suo contrario: presuppone, cioè, che possa esserci una cura astratta dell’interesse pubblico o una cura in astratto. La coppia (concreto-astratto), usata in questo contesto, ci segnala che l’interesse pubblico viene preso in considerazione su un doppio livello: il livello normativo, o della legge, in cui l’interesse viene individuato e isolato come l’interesse di cui i pubblici poteri devono farsi carico, e il livello amministrativo su cui è situato un apparato amministrativo che quell’interesse deve curare in concreto. Per es. l’art. 1 della l. 23.12.1978, n. 833, riprendendo la formula dell’art. 32 Cost., dice che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La salute è qualificata interesse della collettività (e quindi interesse pubblico) dalla legge, sulla scorta della Costituzione: la cura concreta di questo interesse viene affidata alle strutture amministrative che concorrono a formare il servizio sanitario nazionale, e prima di tutto le unità sanitarie locali (art. 14 l. n. 833/78; v. ora art. 3 d.lgs. 30.12.1992, n. 502).

L’interesse pubblico viene concretamente curato nei modi più vari. Dal Comune che acquista dal privato un terreno per farvi una strada, dal medico dell’azienda ospedaliera pubblica che pratica una terapia al paziente, dall’autista del tram che trasporta i passeggeri da un punto all’altro della città, dal vigile urbano che intima l’alt all’automobilista, dal capo dell’ufficio tecnico comunale che rilascia un permesso di costruire, dal responsabile dell’ufficio personale di un ente pubblico che sospende cautelarmente un impiegato dal servizio, dalla giunta regionale che approva un piano regolatore comunale, dal governo che approva il regolamento dei concorsi universitari. Anche se in tutti questi esempi colui che agisce fa parte di una pubblica amministrazione, non in tutti questi casi possiamo parlare di attività amministrativa.

Non è attività amministrativa quella posta in essere dal medico ospedaliero, o dall'autista del tram o dal sindaco che sottoscrive il contratto di compravendita: non lo è perché essa non ha una sua specificità, essendo sottoposta alle stesse regole cui è soggetto il medico libero professionista o l'autista di una ditta privata di trasporto persone o il rappresentante legale di una società che acquista un immobile. La natura pubblica del soggetto è pur sempre rilevante perché anche a mezzo di questi atti viene concretamente curato l'interesse pubblico. Non influisce, invece, sulla disciplina giuridica dell'attività, che è comune a tutti i soggetti dell'ordinamento e che è contenuta nel codice civile e nei contratti (di prestazione d'opera, di trasporto, di compravendita) che stanno a base dell'attività.

Il discorso è diverso nel caso del vigile urbano o del tecnico comunale o della giunta regionale o del governo nazionale. Negli esempi fatti vi è un soggetto (pubblico) che compie un atto in forza dell'autorità di cui è investito. Egli si impone al privato ordinando un comportamento (l'alt del vigile), stabilendo gli usi ammessi di un determinato territorio (a mezzo del piano regolatore urbanistico), fissando le regole per l'accesso a certe posizioni di lavoro (ricercatori e professori universitari). E anche quando il destinatario dell'atto viene favorito, per es. col rilascio del permesso di costruire, ciò avviene comunque ad opera di un'amministrazione che dispone unilateralmente della sfera giuridica altrui, sia pure per ampliarla: un'amministrazione che consente a un privato di svolgere un'attività che altrimenti gli sarebbe vietata. In questo secondo gruppo di esempi parliamo di attività amministrativa con riferimento ad uno specifico criterio di classificazione: il criterio del regime giuridico dell'attività – il regime giuridico di diritto pubblico.

In questa accezione più specifica, attività amministrativa non è tutto quello che una pubblica amministrazione fa: ma solo quella parte di attività che è sottoposta al regime giuridico di diritto pubblico. Resta fermo che l'interesse pubblico può essere soddisfatto dalle pubbliche amministrazioni anche con una attività regolata dal diritto privato, come risulta dagli esempi fatti.

2. Il regime di diritto pubblico

Scriveva F. Cammeo nel 1911 che «i rapporti fra individuo e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non vi è espressa o chiara ragione in contrario» (Cammeo, F., Corso di diritto amministrativo, Padova, 1960, ristampa a cura di Miele, G., 51-52; cfr. Miele, G., Principi di diritto amministrativo, Padova, 1953, 30). Questa presunzione da tutti condivisa sino a qualche decennio addietro, viene oggi contestata: tant'è che in un d.d.l. che poi sarebbe sfociato nella l. 11.2.2005, n. 15, si leggeva che «**la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti autoritativi, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente**». Il palese

contrasto della proposta col diritto positivo e con lo stesso sistema costituzionale ha poi determinato un rovesciamento della formula. Nella più ragionevole versione definitiva, corrispondente all'art. 1, co. 1 bis, l. 7.8.1990, n. 241, sono gli atti "non" autoritativi che vengono retti dalle norme di diritto privato, «salvo che la legge disponga diversamente».

Secondo una diffusa convinzione, la scelta tra il regime di diritto pubblico e il regime di diritto privato è rimessa al legislatore. Questo può esser vero in qualche caso: ma non in linea generale perché ci sono ragioni sostanziali che impongono l'uso del diritto pubblico per la soddisfazione della maggioranza degli interessi pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il diritto privato comporta l'impossibilità per il soggetto di interferire con la sfera giuridica di un altro senza il suo consenso. Se l'amministrazione dovesse perseguire l'interesse pubblico che le è affidato solo col consenso del privato, che è titolare del diritto o proprietario delle risorse che in molti casi è necessario sacrificare perché l'interesse pubblico venga soddisfatto, tale soddisfazione sarebbe impossibile tutte le volte che il privato negasse quel consenso. Se la realizzazione di una strada fosse subordinata all'assenso del proprietario del lotto di terreno necessario, il Comune sarebbe impotente di fronte al suo rifiuto; il sistema civilistico non prevede, infatti, un obbligo di contrarre al di fuori di ipotesi specifiche (all'art. 651, 849, 938, 1032, 1329 ss., 1351 c.c. ecc.). È in questi casi che soccorre il diritto pubblico. Esso conferisce al Comune il potere di espropriare, ossia di acquisire coattivamente l'area necessaria anche se il proprietario non consente o si oppone. Ed è in ragione di questa capacità di disporre unilateralmente della sfera giuridica altrui, anche contro la volontà del titolare, che il diritto pubblico offre contemporaneamente al privato, che cerca di difendersi, strumenti di tutela più vigorosi di quelli che il diritto civile offre in caso di contrasto fra privati.

La preferenza per il diritto pubblico come regime ordinario dell'attività delle pubbliche amministrazioni ha questo duplice fondamento. Da un lato, il diritto pubblico munisce la pubblica amministrazione di poteri volti a soddisfare l'interesse pubblico quando il diritto privato sarebbe insufficiente. Dall'altro, esso fornisce al privato mezzi di tutela contro l'amministrazione che sono più efficaci di quelli di cui egli dispone nei rapporti con gli altri privati: dal potere di chiedere al giudice l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo del suo diritto o del suo interesse, al diritto di partecipare al procedimento di formazione dell'atto.

La questione del regime giuridico applicabile va affrontata in relazione ai singoli atti, piuttosto che alla attività complessiva. È possibile, quindi, che atti appartenenti alla stessa sequenza siano sottoposti in parte al diritto pubblico e in parte al diritto privato; e che atti che nei rapporti tra privati sono interamente disciplinati dal diritto civile, quando sono posti in essere dalla pubblica amministrazione, vengano regolati

dal diritto pubblico. È significativa la disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Una volta che vengono conclusi, essi sono sottoposti alla disciplina del codice civile: ma la fase che sta a monte della stipula è retta dal diritto pubblico, a partire dal provvedimento che enuncia la volontà di contrarre, individua «gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte» (art. 11, co. 2, d.lgs. 12.4.2006, n. 163) nonché «il fine che con il contratto si intende perseguire» (così l'art. 192 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 a proposito dei contratti degli enti locali). L'interesse pubblico che a mezzo del contratto l'amministrazione intende soddisfare viene formalizzato in un provvedimento unilaterale che inaugura una successione di atti (bando, selezione dei partecipanti, aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva – art. 11 d.lgs. 163/2006) che precedono la stipulazione e che sono regolati dal diritto pubblico.

Lo stesso schema regge quella forma speciale di contratto (la legge n. 241/1990 lo chiama «accordo») che «integra o sostituisce» il provvedimento amministrativo (art. 11). Anche in questo caso la decisione dell'amministrazione di accordarsi con gli interessati «al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo» (così il co. 1) è formalizzata in «una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento» (così il co. 4 bis): determinazione che precede la conclusione dell'accordo. Non c'è mai una sostituzione pura e semplice del provvedimento con un accordo, ma c'è piuttosto la scissione dell'operazione in due momenti: nel primo di essi l'ente pubblico esprime la determinazione di addivenire all'accordo («a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa», art. 1, co. 4 bis) nel secondo, che coincide con la conclusione dell'accordo, viene determinato l'assetto concreto del rapporto.

3. La formazione delle regole

La nozione di attività, in quanto distinta dalla nozione di atto, implica un continuum che si svolge nel tempo: una sequenza che nell'attività amministrativa risulta dal concorso di più agenti, anche esterni alla pubblica amministrazione (come il cittadino che presenta un'istanza). L'attività comprende verifiche, valutazioni, decisioni, operazioni materiali ecc. Gli atti della serie sono coordinati da regole, volte ad assicurare che l'interesse generale sia realizzato senza sacrificio dell'interesse privato, o col minor sacrificio possibile dell'interesse privato, o con modalità che garantiscano una riparazione di quel sacrificio, ove questo sia necessario. Tali regole sono state elaborate nel corso di un lungo processo: sono il prodotto di una giurisprudenza più che secolare che le ha formulate utilizzando pochissimi dati normativi. L'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (l. 20.3.1865, n. 2248, all. E) stabilisce che il giudice ordinario applicherà gli atti amministrativi e i regolamenti in quanto siano conformi alla legge: contiene, cioè, una enunciazione indiretta del principio di

legalità, presuppone che ogni atto dell'amministrazione sia valutabile alla stregua di una legge. In assenza di una legge, la valutazione di conformità-difformità non sarebbe possibile: l'attività amministrativa deve essere prevista e autorizzata dalla legge.

Un concetto che viene ribadito, nel 1889, quando la legge Crispi istituisce la IV sezione del Consiglio di Stato, e le attribuisce il potere-dovere di annullare l'atto amministrativo del quale il ricorrente abbia fondatamente denunciato il contrasto con la legge. Viene così confermato che l'atto dell'amministrazione deve essere valutato in base ad una norma di legge e che la sua legittimità dipende dalla conformità a questa norma. La legge Crispi affianca alla violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere come vizi di legittimità dell'atto impugnato. Esercitando il sindacato sull'eccesso di potere – espressione in origine enigmatica – il Consiglio di Stato ha costruito una serie di regole dell'azione amministrativa. Regole dell'azione o dell'attività, e non semplicemente dell'atto impugnato: numerose figure cd. sintomatiche dell'eccesso di potere comportano una valutazione che non è limitata a quell'atto, ma investono atti precedenti o successivi. Tali atti vengono assunti a parametro (si pensi alla contraddittorietà con precedenti manifestazioni, o alla violazione di circolari e di altre norme interne, o alla disparità di trattamento); ovvero viene censurata l'omissione di un'attività doverosa (eccesso di potere per omessa o insufficiente istruttoria). L'amministrazione non può limitarsi a dare esecuzione alla legge, ossia a porre in essere atti che siano conformi allo schema che la legge individua quando autorizza od impone l'adozione dell'atto: ma deve agire in modo coerente (donde l'eccesso di potere per contraddittorietà), in modo informato (da qui l'eccesso per difetto di istruttoria), in modo equanime (da qui l'eccesso di potere per disparità di trattamento), in modo ragionevole (da qui l'eccesso di potere per difetto di motivazione o per contrasto tra motivazione e dispositivo), ed in ultima analisi in modo giusto (tra le forme dell'eccesso di potere vi è anche la manifesta ingiustizia).

4. L'influenza della Costituzione e del diritto comunitario

Con l'avvento della Repubblica le regole che la giurisprudenza amministrativa aveva elaborato sono state costituzionalizzate. Ai principi di carattere generale che la Costituzione detta per l'attività amministrativa, la giurisprudenza (non più solo amministrativa, ma anche costituzionale e civile) ha ricondotto le regole che erano state costruite in sede di sindacato sull'eccesso di potere. E altre regole sono emerse, con il contributo della dottrina e poi del legislatore. Il quadro è stato poi arricchito con l'ingresso nell'ordinamento italiano dei principi del diritto dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Principi ai quali la l. cost. 18.10.2001, n. 3, stabilendo che il potere legislativo è sottoposto oltre che alla Costituzione, ai vincoli derivanti dal diritto europeo e dai trattati internazionali (art. 117, co. 1, Cost.), ha riconosciuto uno statuto paracostituzionale. La Costituzione ha innanzitutto formalizzato il principio di legalità e ne ha esteso la portata, anche rispetto allo stato

liberale. È necessaria una legge perché ai cittadini possano essere imposte prestazioni personali o patrimoniali (art. 23 Cost.), e più in generale perché l'amministrazione possa sacrificare le loro situazioni soggettive (anche a mezzo di atti con effetti reali, come l'espropriazione, art. 42, co. 3, Cost.); o perché possano essere imposti tributi (art. 53 Cost.); o perché possa essere limitata l'iniziativa economica privata (art. 41, co. 3, Cost.).

Più in generale sono sottoposti a riserva di legge l'organizzazione dei pubblici uffici (art. 97, co. 2, Cost.) e il sistema delle attribuzioni e delle competenze amministrative (art. 97, co. 3). Le attribuzioni e le competenze hanno ad oggetto poteri amministrativi: sicché non c'è potere amministrativo se non c'è una legge che lo attribuisce.

La Costituzione non si limita a stabilire la supremazia della legge sull'atto dell'amministrazione. La supremazia sarebbe compatibile con l'esistenza di poteri amministrativi non previsti da alcuna legge: la costituzione richiede anche che i poteri amministrativi siano previsti dalla legge (e in questo senso il principio di legalità tende a coincidere con la riserva di legge).

Il sistema è completato dagli artt. 24 e 113 Cost. che prevedono la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro tutti gli atti amministrativi: una tutela che è assicurata dai giudici ordinari e dai giudici amministrativi, i quali, per essere soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost.) sono tenuti a valutare l'azione amministrativa alla stregua della legge.

È la legge che individua l'interesse pubblico, i singoli interessi pubblici: spesso in attuazione della Costituzione che enuclea essa stessa una serie di interessi pubblici da tutelare (dal patrimonio artistico e storico, alla salute, dall'istruzione al lavoro, alla previdenza alla assistenza, all'ordine pubblico, alla difesa esterna ecc.). L'attività amministrativa persegue i fini stabiliti dalla legge (art. 1, l. n. 241/1990): l'amministrazione non ha fini propri, non stabilisce quali interessi pubblici devono essere soddisfatti, ma è della legge che riceve l'indicazione dei fini e degli interessi da soddisfare.

La questione degli interessi pubblici non si esaurisce nel principio di legalità. La Costituzione delinea un rapporto tra interessi pubblici e pubblica amministrazione, ma non affida a questa il monopolio della cura di tali interessi.

Ci sono, innanzitutto, interessi pubblici o generali, alla cui realizzazione concorrono soggetti privati. Ciò è previsto espressamente a proposito dell'assistenza, che i privati sono liberi di prestare (art. 38, ult. co., Cost.); della istruzione, dal momento che i privati possono istituire scuole di ogni ordine e grado (art. 33 Cost.), della previdenza che può essere garantita anche da istituti privati (art. 38, co. 4, Cost,). Più in generale, le persone che si associano, che esercitano la libertà di associazione, possono perseguire qualunque fine, purché non sia vietato ai singoli dalla legge penale, e quindi

sono libere di perseguire anche fini collettivi, altruistici o di interesse generale (art. 18 Cost.). Portata generale ha anche il principio di sussidiarietà orizzontale consacrato oggi dall'art. 118, ult. co., con formulazione non del tutto felice (perché parrebbe che i cittadini prestano sussidio alle istituzioni e non il contrario).

Come è proprio degli ordinamenti liberi, le pubbliche amministrazioni non hanno l'esclusiva della cura degli interessi generali (salvi, forse, quelli che sono ritenuti coessenziali all'idea di stato, dall'ordine pubblico alla difesa esterna). Ciò è particolarmente evidente nella materia dei servizi pubblici: la Costituzione presuppone che essi possano essere erogati anche dai privati (artt. 32, 33, 38, 43 Cost.), ossia fornisce una indicazione che ha trovato avallo e conferma dal diritto dell'Unione europea (art. 86 TCE; art. 106 TFUE). È anche questa la base costituzionale dell'attività amministrativa dei soggetti privati (sulla quale v. oltre § 9)

Vi sono poi interessi pubblici di cui la pubblica amministrazione non è autorizzata a occuparsi. Gli artt. 13 ss. Cost. stabiliscono una serie di riserve di giurisdizione a garanzia della maggior parte delle libertà fondamentali: libertà personale, domiciliare, della comunicazione, di associazione, di culto, di manifestazione del pensiero (artt. 13, 14, 15, 18, 19, 21). Quando l'esercizio della libertà in questione mette a repentaglio un interesse pubblico, solo il giudice può intervenire: in presenza dei presupposti e nei modi stabiliti dalla legge.

In sintesi. Molti interessi generali possono essere curati, oltre che dall'amministrazione, anche da privati; alcuni interessi pubblici non possono essere tutelati dalla pubblica amministrazione perché ogni intervento restrittivo della sfera giuridica del privato, richiesto a salvaguardia degli interessi, è devoluto al giudice.

L'amministrazione, secondo la Costituzione, è un Giano bifronte. Essa è chiamata a realizzare i fini collettivi (a partire da quelli ottimisticamente formulati dall'art. 3, co. 2, Cost.), ma può anche restringere la libertà e la proprietà dei privati: ha un potere dal quale il cittadino ha diritto di difendersi.

5. Imparzialità e buon andamento: le implicazioni

Sono specificamente dettati per l'attività amministrativa (oltre che per l'organizzazione amministrativa) i due principi indicati dall'art. 97 Cost.: l'imparzialità e il buon andamento. Dal principio di imparzialità la giurisprudenza ha tratto una serie di regole, di schemi di azione, di situazioni soggettive.

Innanzitutto l'art. 97 conferisce uno statuto costituzionale alla parità di trattamento che da decenni la giurisprudenza amministrativa aveva individuato come regola la cui violazione costituisce una delle manifestazioni tipiche dell'eccesso di potere. In secondo luogo l'imparzialità evoca l'idea di parti tra le quali l'amministrazione deve essere neutrale. Ciò è evidente quando essa è chiamata a risolvere un conflitto: come

quando più soggetti aspirano ad una concessione o ad un posto di lavoro o all'assegnazione di un appalto. La neutralità è richiesta anche quando l'amministrazione ha un solo interlocutore, come accade quando espropria il terreno di un unico proprietario o prende in esame un'istanza di autorizzazione.

Anche in questo caso il privato è parte, e come le parti di un processo non soltanto ha diritto a un trattamento equanime ma ha diritto anche a far sentire la sua voce – ha diritto cioè al contraddittorio o alla partecipazione. Un diritto, va aggiunto, che oggi è pienamente riconosciuto dalla l. n. 241/1990: diritto di ricevere comunicazione dell'avvio del procedimento, diritto di presentare memorie e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di prendere in considerazione, diritto, eventualmente, di partecipare all'istruttoria (per es. alla conferenza di servizi), diritto ad avere anticipata l'intenzione dell'amministrazione di respingere la sua istanza, con correlativo diritto di controdedurre.

Tutto questo avviene nell'ambito del procedimento. Il procedimento è anch'esso applicazione del principio di imparzialità. Non che il procedimento amministrativo fosse sconosciuto prima della Costituzione: solo che l'art. 97 ha fatto di quella che era la normale morfologia dell'azione amministrativa uno schema costituzionalmente obbligato per lo svolgimento di tale attività. L'art. 97, con l'art. 113, comporta, ancora, l'obbligo della motivazione: è la motivazione che deve dar conto delle ragioni che hanno determinato la decisione e quindi consente alla parte di sollecitare il sindacato giurisdizionale su di essa – di verificare innanzitutto se sia stato osservato il principio di imparzialità. Anche qui la Costituzione interviene a formalizzare e generalizzare un elemento che la giurisprudenza sull'eccesso di potere aveva da decenni isolato: un elemento che oggi l'art. 3 della l. n. 241/1990 richiede a tutti i provvedimenti amministrativi, ad eccezione degli atti normativi e degli atti generali.

La motivazione rende esplicite le ragioni che hanno spinto l'amministrazione a decidere in certo modo: consente agli interessati di conoscere il processo mentale che sta all'origine dell'atto amministrativo e quindi mira a rendere l'attività amministrativa trasparente.

6. Procedimento e situazioni soggettive

L'attività amministrativa ha una struttura costante.

Essa nasce da una iniziativa, che può essere della stessa amministrazione o del privato interessato, prosegue con una istruttoria nel corso del quale viene accertata l'esistenza dei presupposti della misura che viene prefigurata nella iniziativa, e si conclude con un

provvedimento, che corrisponde a quella misura o ne costituisce una modifica o è un puro e semplice rifiuto dell'atto che il privato aveva richiesto. Questo schema, che ritroviamo in centinaia di leggi amministrative, in forma esplicita o implicita, è oggi tracciato in termini generali dalla legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990).

La legge ha previsto, in applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento, una serie di situazioni soggettive del privato e dell'amministrazione che sono correlate al procedimento: l'obbligo dell'amministrazione di avviare il procedimento (nei casi in cui l'iniziativa è del privato), l'obbligo di darne comunicazione all'interessato o agli interessati, l'obbligo di portare il procedimento a conclusione entro un termine prestabilito, il diritto del privato a ricevere comunicazione dell'avvio del procedimento, il diritto di presentare memorie e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di prendere in considerazione, il diritto di controdedurre nei casi in cui viene preannunciato il rigetto della istanza, il diritto di accedere alla documentazione amministrativa.

I singoli atti della sequenza sono legati fra loro da diritti (essenzialmente del privato) e doveri (essenzialmente dell'amministrazione): non vi è solo una successione temporale, ma vi è anche un intreccio di situazioni soggettive così che la violazione delle regole poste a protezione di queste incide sulla legittimità del prodotto conclusivo del procedimento, il provvedimento amministrativo.

Il potere che viene conferito all'amministrazione è ancorato a presupposti di fatto e giuridici – per es. il potere di rilasciare il permesso di costruire può essere esercitato solo se l'area è edificabile alla stregua delle previsioni del piano regolatore, se è sufficientemente ampia in relazione alla cubatura prevista in progetto, se sono rispettate le distanze dei fondi e delle costruzioni limitrofe. È evidente, perciò, la rilevanza della fase istruttoria.

Lo schema elementare – iniziativa, istruttoria, decisione – presenta delle complicazioni o delle varianti.

All'iniziativa può seguire la risposta del privato che si oppone al progetto di provvedimento (per es. un'espropriazione) e presenta quindi una memoria e dei documenti che entrano a far parte del materiale istruttorio che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare, se pertinenti all'oggetto del procedimento (art. 10, lett. b).

L'istruttoria può esaurirsi nell'accertamento d'ufficio dei fatti rilevanti da parte del responsabile del procedimento, ma può richiedere un'attività complessa come nei procedimenti nei quali vengono acquisiti pareri, valutazioni tecniche, atti di assenso, nulla osta ecc.

La decisione può spettare ad una sola persona, ma può anche essere di competenza di un collegio o addirittura di più uffici od organi o enti: come avviene con i decreti interministeriali che nascono dal concorso di più ministri o con i piani regolatori urbanistici che sono frutto della cooperazione del comune e della regione (o della provincia).

7. Classificazione

Delle attività amministrative, soggette al regime del diritto pubblico diverse classificazioni sono possibili e diversi criteri possono essere impiegati. Secondo il margine di apprezzamento di cui l'autorità dispone si distingue l'attività discrezionale dall'attività vincolata.

Secondo il fine perseguito si distingue l'attività amministrativa volta al controllo sull'attività dei privati, dall'attività volta all'acquisizione di beni privati, dall'attività volta alla distribuzione di beni pubblici.

In relazione all'incidenza sulle situazioni soggettive dei destinatari si può distinguere l'attività che produce l'effetto di ridurre, restringere o estinguere quelle situazioni e l'attività che ne determina l'ampliamento.

In relazione alla sua collocazione nell'ambito del procedimento amministrativo ha ancora la sua attualità la vecchia distinzione fra amministrazione attiva, amministrazione consultiva e amministrazione di controllo. In quasi tutti questi casi il predicato può essere riferito sia all'attività che all'atto conclusivo del procedimento, ossia al provvedimento. Vale comunque l'avvertenza che le distinzioni hanno carattere relativo. Anzi, alcune di queste classificazioni sono sicuramente più appropriate ai provvedimenti amministrativi che all'attività amministrativa. Ci si limiterà, quindi a pochi cenni. La distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata è conosciuta in tutti gli ordinamenti amministrativi. La discrezionalità dà luogo ad una possibilità di scelta che può investire il presupposto dell'azione amministrativa quando esso non ha confini precisi: è il caso, ad es., della diffida emessa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle imprese che abbiano concluso un'intesa restrittiva della concorrenza in «una parte rilevante» del mercato nazionale (artt. 2 e 15 l. 10.10.1990, n. 287), Problematica è, infatti, la individuazione e quindi la definizione di «mercato rilevante».

La discrezionalità può dipendere, in secondo luogo, dal carattere indeterminato del concetto che esprime l'interesse da tutelare: per es. la «sicurezza urbana» che, minacciata da gravi pericoli, autorizza il sindaco ad emettere provvedimenti con

tingibili ed urgenti (art. 53 d.lgs. 267/2000). La discrezionalità è presente, in terzo luogo, quando l'amministrazione deve farsi carico non di un solo interesse pubblico, ma di più interessi pubblici (e privati); come quando un consiglio comunale adotta un piano regolatore urbanistico, che è volto a soddisfare (e preliminarmente a comparare o ponderare) una pluralità di interessi.

Vincolato è l'atto quando il suo «rilascio (…) dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti prescritti» dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale (art. 19 l. n. 241/1990 e s.m.i.).La distinzione tra discrezionalità e vincoli è, come è facile comprendere, una questione di grado: come non c'è un'attività (e un atto) totalmente discrezionale, cioè libera, così è difficile che un'attività (e un atto) siano totalmente vincolati. Il criterio del fine serve a raggruppare specie di atti che, sotto altri profili, sono radicalmente diversi tra loro. Nel controllo amministrativo sulle attività private rientrano le autorizzazioni, le abilitazioni, le ammissioni, le iscrizioni, ma anche ordini, divieti, sanzioni amministrative ecc.

Per acquisire le risorse necessarie per l'adempimento dei suoi compiti, l'amministrazione espropria, occupa e requisisce immobili privati, accerta redditi e patrimoni, riscuote tributi, indice pubblici concorsi per il reclutamento del personale, bandisce gare d'appalto ecc.

Per contro essa dispone di beni pubblici quando rilascia concessioni di beni demaniali o assegna sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari (art. 12 l. n. 241/1990).

In base al criterio della incidenza sulle situazioni soggettive dei privati si distinguono i provvedimenti restrittivi della libertà e del patrimonio degli individui (espropriazioni, occupazioni, requisizioni, confische, ma anche l'annullamento o la revoca del provvedimento ampliativi della sfera giuridica privata) e provvedimenti ampliativi (autorizzazioni, concessioni, abilitazioni, iscrizioni ecc.). Ad essi corrisponde la distinzione tra interessi oppositivi – l'interesse del destinatario ad opporsi al provvedimento – e interessi pretensivi, che esprimono l'aspirazione o l'aspettativa, al rilascio del provvedimento favorevole. Due specie di interessi ai quali corrispondono diverse forme o modalità di tutela giurisdizionale.

La distinzione tra attività di amministrazione attiva, consultiva e di controllo esprime una modalità organizzativa tipica delle strutture complesse. La decisione a cui l'amministrazione deve tendere (amministrazione attiva) è spesso preceduta dalla acquisizione di pareri, avvisi,consulenze dai quali la decisione è influenzata o dai quali talvolta mutua integralmente il contenuto: mentre il controllo è un'operazione o, più spesso un complesso di operazioni che hanno per oggetto la decisione (o un complesso di decisioni o tutta l'attività svolta in un arco di tempo determinato). Regole specifiche valgono sia per l'attività consultiva che per l'attività di controllo.

8. I comportamenti

Coloro che agiscono per una pubblica amministrazione pongono in essere anche fatti materiali che sono cosa diversa dagli atti che fanno parte di un procedimento amministrativo ed hanno una certa forma (scritta) e comunque riflettono schemi precostituiti. Sono i c.d. comportamenti, che oggi il codice del processo amministrativo prende in considerazione per devolvere le relative controversie alla giurisdizione amministrativa: sempre che essi siano «riconducibili anche mediatamente all'esercizio» del potere amministrativo (art. 7, co. 1, d.lgs. 2.7.2010, n. 104).

La formula è ripresa da una sentenza della Corte Costituzionale (C. cost., 11.5.2006, n. 191) che distingue, appunto, tra comportamenti che «costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (…) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione» dai comportamenti che non sono riconducibili a detto potere. Secondo la Corte, la prima specie di comportamenti è legittimamente devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre i comportamenti della seconda specie possono essere conosciuti solo dal giudice ordinario. I comportamenti non riconducibili all'esercizio del pubblico potere sono a loro volta classificabili in due categorie. Da un lato vi sono fatti umani che sono posti in essere da agenti della pubblica amministrazione ma non hanno la pretesa di costituire manifestazioni del pubblico potere: l'auto di servizio che investe un passante, il contabile dell'ente che si appropria di somme di cui ha il maneggio.

In questi casi trovano applicazione le norme generali sull'illecito, civile o penale o quelle particolari sulla responsabilità amministrativa (art. 1, l. 14.1.1994, n. 20). Nella seconda categoria rientrano comportamenti che pretendono di costituire manifestazione del pubblico potere ma che, in forza del principio di legalità, non lo sono: è il caso della c.d. occupazione appropriativa, ossia la occupazione di un immobile da parte di agenti della pubblica amministrazione sulla base di una dichiarazione di pubblica utilità, occupazione che dà luogo alla trasformazione irreversibile del bene e persiste anche quando è venuta meno l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, senza che essa sia seguita, entro i termini, dal decreto di espropriazione. Sulla base di una singolare giurisprudenza della Corte di Cassazione si è ritenuto per un ventennio che la trasformazione irreversibile dell'immobile determinasse il trasferimento della proprietà in capo all'occupante, tenuto a sua volta a risarcire il danno.

La legislazione più recente, propiziata da sentenze dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte Costituzionale, ha cancellato l'effetto traslativo della proprietà già assegnato alla occupazione appropriativa, ammettendo solo che «l'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico» possa essere sanata con un «provvedimento di acquisizione», accompagnato dall'indennizzo per il proprietario (art. 42bis d.P.R. 8.6.2001, n. 327, aggiunto dall'art. 34 d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. in l. 15.7.2011, n. 111).

Tra i comportamenti della pubblica amministrazione che il diritto qualifica c'è il comportamento silenzioso, l'inerzia. Esso acquista un significato nel caso in cui l'amministrazione ha obbligo di provvedere: obbligo che va adempiuto entro un termine prestabilito con l'adozione di un provvedimento espresso (art. 2 l. n. 241/1990). Tale obbligo sussiste nella maggior parte dei casi in cui il provvedimento viene richiesto dal privato (e quindi il procedimento è ad istanza di parte)

L'inadempimento dell'obbligo rileva sotto il profilo della responsabilità del dirigente (art. 2, co. 9, l. n. 241/1990) e della pubblica amministrazione (art. 2bis). Può essere in contrasto anche con misure giudiziarie che impongono all'amministrazione di provvedere (art. 31, co. 1, d.lgs. n. 104/2010) o che addirittura ordinano di provvedere in senso conforme alla richiesta del privato, quando il giudice amministrativo accerta la fondatezza della sua pretesa (sia pure nei casi limitati in cui tale accertamento è ammesso: art. 31, co. 3).

Questo è il regime dell'inerzia che si concreta nel «mancato esercizio del potere amministrativo» (art. 7, d.lgs. n. 104/2010). Se l'amministrazione è invece tenuta ad una prestazione che forma oggetto di un'obbligazione civilistica, il regime dell'inerzia sarà quello stabilito dagli artt. 1218 ss. c.c. per l'inadempimento delle obbligazioni.

9. Due specie di attività: rinvio

La dottrina del diritto amministrativo ha sempre distinto fra due tipi di attività della pubblica amministrazione, anche se ha usato denominazioni diverse: attività giuridica e attività sociale (Orlando, V.E., Principi di diritto amministrativo, IV ed., Firenze, 1910, 241 ss., 279 ss.), attività amministrativa e attività tecnica (Ranelletti, O., Principi di diritto amministrativo, I, Napoli, 1912, 350 ss.), attività amministrativa e attività di prestazione degli enti amministrativi (Romano, S., Principi di diritto amministrativo italiano, Milano 1901, 290 ss.). L'assistenza e la beneficenza pubblica, l'istruzione pubblica, i servizi postali di trasporto, il servizio telegrafico, il servizio ferroviario – spiega S. Romano – sono cosa diversa dalle limitazioni amministrative dell'attività privata, o dalle prestazioni dei privati agli enti amministrativi, come le imposte. Esse si caratterizzano perché danno luogo non ad atti amministrativi, ma a prestazioni di servizi resi «ad uno o più soggetti individualmente determinati» (Romano, S., op. cit. 291 e 294). Da qui la diversità del regime giuridico: perché «molte prestazioni degli enti pubblici presentano spiccate analogie con altre che vengono rese da semplici privati» (per es. scuole, poste etc.); e in altre «lo Stato non fa che succedere a delle persone private nell'esercizio di un'attività (es. ferrovie) ed è naturale che continui in

questo esercizio conservandone, quanto più possibile le forme e la natura giuridica (…)». Tuttavia, «anche quando il contenuto della prestazione amministrativa è materialmente identico al contenuto di prestazioni private, il diverso soggetto che la rende ne altera la natura giuridica, in maniera più o meno apparente» (Romano, S., op. cit., 292-293).

Queste osservazioni, che sono ancora sostanzialmente condivisibili, vanno integrate sulla base di principi che sono stabiliti in parte dalla Costituzione e in parte dal diritto comunitario. Si rinvia alla voce servizio pubblico.

10. I privati incaricati dell'esercizio di attività amministrative

Una norma introdotta nel 2005 (l. n. 15/2005), poi modificata nel 2009 (l. n. 18.6.2009, n. 69), ossia l'art. 1 ter della l. n. 241/1990 obbliga i «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative» al «rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa», stabiliti dal co. 1 dello stesso articolo. Il codice del processo amministrativo, nel definire l'ambito della giurisdizione amministrativa (art. 7 d.lgs. 104/2010), assimila alle pubbliche amministrazioni «anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo» (così l'art. 7, co. 2).

Il nesso che appariva indissolubile tra attività amministrativa e pubblica amministrazione sembra così allentarsi: anche soggetti privati possono essere «preposti all'esercizio di attività amministrative».

Il fenomeno che è sottostante a questo allargamento è quello della esternalizzazione o dell'outsourcing di attività già esplicate dalla pubblica amministrazione: non soltanto attività di prestazione di servizi ma anche attività autoritative (come il potere delle imprese o delle cooperative edilizie assegnatarie di aree in un piano di zona per l'edilizia economica e popolare di «dar corso agli adempimenti preliminari per la procedura espropriativa», art. 8 d.l. n. 115/1974 conv. in l. 27.6.1974, n. 247 o i poteri del concessionario di lavori pubblici, art. 3, co. 11, d.lgs. 163/2006).

Poiché i privati in questi casi vengono muniti di poteri che sono tipici delle pubbliche amministrazioni, gli atti che essi pongono in essere sono sottoposti alle stesse regole sostanziali e processuali che valgono per gli enti pubblici. Sono ragioni di tutela dei terzi che spiegano l'estensione a privati del regime pubblicistico.

Il decentramento a favore di privati di attività già svolte dalla pubblica amministrazione, che è ammesso in applicazione del principio del buon andamento (nella sua versione aggiornate dall'efficienza e dall'efficacia), richiede un correttivo: sicché i terzi che vengono pregiudicati dal privato incaricato di svolgere attività amministrativa devono poter disporre degli stessi strumenti di tutela che essi possono usare contro la pubblica amministrazione. Se così non fosse, l'esternalizzazione della

funzione o, molto più spesso, del servizio si risolverebbe in una riduzione della protezione giuridica del cittadino.

Il procedimento amministrativo

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Nozione e struttura

Il procedimento amministrativo è l'insieme di una pluralità di atti (susseguenti e diversi fra loro) preordinati allo stesso fine, ovvero all'adozione del provvedimento finale. Secondo tale concezione formale (o teleologica) del procedimento amministrativo, il provvedimento si configura, pertanto, come una fattispecie a formazione progressiva, costituendo la risultante di un procedimento amministrativo.

È merito della dottrina, e di una parte della giurisprudenza, l'elaborazione di una nuova concezione di procedimento amministrativo c.d. funzionale, che, ridimensionando l'importanza del provvedimento amministrativo quale momento fondamentale dell'azione pubblicistica, evidenzia il ruolo del procedimento amministrativo in termini di modalità di esercizio del potere pubblico, quale forma della funzione amministrativa. Il procedimento, dunque, costituisce un momento di coordinamento e composizione di opposti interessi pubblici e privati.

Secondo la teoria maggioritaria (Virirga), caratteri essenziali del procedimento sono:

a) eterogeneità degli atti: gli atti che lo compongono hanno, infatti, differente natura giuridica (manifestazioni di volontà o di scienza, valutazioni etc.), diversa funzione (atti di amministrazione attiva, consultiva, di controllo) e vengono posti in essere da differenti agenti (organi della P.A. e soggetti privati);

b) relativa autonomia dei singoli atti del procedimento, che, pur se preordinati allo stesso fine, producono effetti propri e, talora, sono anche impugnabili ex se;

c) coordinamento di tali atti ad unico fine, la fattispecie finale, rispetto alla quale essi sono da considerare atti di carattere ausiliario.

Il procedimento amministrativo, alla luce delle più recenti innovazioni legislative, si articola in quattro fasi principali:

A) La fase d'iniziativa

È il momento propulsivo del procedimento. L'iniziativa può provenire dall'Amministrazione stessa (procedimento ad iniziativa d'ufficio) o da un soggetto privato (procedimento ad iniziativa di parte).

In particolare, l'iniziativa d'ufficio può provenire dallo stesso organo competente per il procedimento (iniziativa autonoma) o da un'altra autorità (iniziativa eteronoma).

L'iniziativa da parte di soggetti privati viene posta in essere con i seguenti atti:

– istanza, con cui l'interessato tende ad ottenere un provvedimento favorevole;

– denuncia, con la quale chiede all'autorità amministrativa di eliminare o reprimere gli abusi descritti nella stessa. La presentazione della denuncia può costituire una facoltà, un onere (es.: denuncia dei danni di guerra) od un obbligo (denuncia dei redditi);

– ricorso, con cui viene impugnato innanzi all'Autorità Amministrativa un provvedimento che si assume viziato per illegittimità o ingiustizia nel merito.

B) La fase istruttoria

È la fase nella quale si acquisiscono e si valutano i singoli dati (fatti e interessi) pertinenti e rilevanti ai fini dell'emanazione dell'atto. In questa sede, dunque, vengono verificate le condizioni di ammissibilità ed i requisiti di legittimazione, nonché le circostanze fattuali e tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'azione amministrativa.

Normalmente la fase istruttoria è di competenza della stessa autorità cui spetta l'adozione del provvedimento finale. La L. n. 241/1990 impone che ogni procedimento venga assegnato alla responsabilità di una specifica "unità organizzativa" (ufficio o servizio), in modo che il cittadino abbia sempre un interlocutore identificabile. Il dirigente di ciascuna unità organizzativa deve assegnare a sé o ad altro dipendente, addetto all'unità stessa, la responsabilità del procedimento; se non lo fa, è considerato egli stesso responsabile (vedi infra).

L'istruttoria è presidiata dai seguenti principi fondamentali:

– il principio inquisitorio, in base al quale la P.A. dispone del più ampio potere di iniziativa per il compimento degli atti istruttori, come ribadito dall'art. 6, lett. b) della L. n. 241/1990, che attribuisce al responsabile del procedimento il compito di svolgere gli atti "all'uopo necessari" e di adottare "ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria" stessa;

– il principio della libera valutazione delle prove da parte della P.A

– il principio di non aggravamento del procedimento, se non per motivate e straordinarie esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria: l'esigenza di attività istruttoria facoltativa, pertanto, deve fondarsi su esigenze straordinarie, adeguatamente motivate (art. 2, L. n. 241/1990);

– l'obbligo di garantire la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati (v. par. 3.);

– il principio di completezza dell'istruttoria: è, infatti, reputato illegittimo il provvedimento amministrativo rispetto al quale sia mancata una completa considerazione degli interessi e si sia verificata una non corretta acquisizione dei dati di fatto (così, Cons. Stato, sez. VI, 09 marzo 2011, n. 1476).

L'istruttoria è caratterizzata dalla partecipazione del privato e di altre amministrazioni.

Per quanto riguarda i privati, i soggetti che hanno ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento (art. 7, L. n. 241/1990) ed i portatori di interessi pubblici e privati interessati (art. 9, L. n. 241/1990) hanno diritto in questa fase di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'art. 24, nonché di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento (vedi par. 4.). È chiaro quindi che la L. n. 241/1990 non ha fatto proprio il modello dell'istruttoria aperta, proposta da Nigro, caratterizzata dal riconoscimento della possibilità di partecipare a qualsiasi soggetto, ma ha optato per l'istruttoria in contraddittorio, riservata ai soggetti che dal provvedimento da emanare possono essere incisi sfavorevolmente o ricavarne un vantaggio. La legge, inoltre, ha notevolmente attenuato, nei procedimenti ad istanza di parte, l'onere dei privati di allegare alla domanda tutti i documenti e le prove necessarie per dimostrare la fondatezza della propria richiesta, regola ispirata al principio dell'onere della prova, prevedendo l'obbligo dell'amministrazione di acquisire d'ufficio gli atti ed i fatti in possesso della stessa o di altra amministrazione (art. 18, L. n. 241/1990). Nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio, invece, la collaborazione del privato, mediante l'indicazione di mezzi di prova o rispondendo a quesiti, è facoltativa salvo specifico obbligo prevista da leggi o regolamenti.

Una nuova fase del contraddittorio con i privati è prevista dall'art. 10-bis, introdotto nella l. 241 dalla L. 15/2005 (sul tema v. amplius, il successivo par. 4).

La partecipazione da parte di altre amministrazioni avviene mediante i pareri, gli accertamenti tecnici e le conferenze di servizio. Attraverso questi apporti l'amministrazione procedente provvede all'acquisizione dei fatti (mediante gli accertamenti tecnici) e degli interessi pubblici (mediante le conferenze dei servizi) sottesi all'azione amministrativa ed alla loro valutazione (con il supporto dei pareri tecnici od amministrativi di altre amministrazioni). L'istituto più innovativo tra i mezzi di cooperazione tra amministrazioni, generalizzato dalla L. n. 241/1990, è la conferenza dei servizi. In particolare, la legge sul procedimento prevede due tipi di conferenze di servizi: la conferenza istruttoria e la conferenza decisoria. La prima permette di acquisire tutti i fatti e le valutazioni di competenza di altre amministrazioni mediante una valutazione contestuale svolta da tutte le amministrazioni in sede di

conferenza, con effetti positivi in ordine all'accelerazione ed alla semplificazione dei procedimenti in quanto sostituisce i singoli atti istruttori.

Collante tra la fase istruttoria e decisoria è **lo stadio predecisorio**, nel quale si provvede all'acquisizione di tutti gli atti (pareri vincolanti, accordi procedimentali ecc.) necessari per la decisione. La fase istruttoria si chiude con l'elaborazione di una proposta di provvedimento da parte del responsabile del procedimento. La proposta di provvedimento finale va quindi trasmessa all'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, il quale non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale (vedi par. 2.).

C) La fase decisoria

È la fase deliberativa del procedimento, in cui si determina il contenuto dell'atto da adottare e si provvede alla formazione ed emanazione dello stesso.

L'art. 2 della L. n. 241/1990, così come sostituito dalle leggi n. 80/05 e 69/09, ha fissato il principio di certezza della conclusione del procedimento, stabilendo che il medesimo deve terminare entro un termine preventivamente stabilito dall'amministrazione con regolamento o, in mancanza, nel termine di 30 giorni.

La determinazione del contenuto del provvedimento finale comporta l'obbligo di acquisire tutti gli elementi costitutivi del provvedimento finale, quali la decisione della conferenza dei servizi decisoria, la quale sostituisce tutti i provvedimenti di competenza delle varie amministrazioni interessate dal procedimento, i pareri e le proposte obbligatori e vincolanti; gli accordi endoprocedimentali con i privati (art. 11, L. n. 241/1990), nonché gli atti di assenso di altre amministrazioni pubbliche, quali concerti, nulla osta ed altri atti di assenso vincolanti. La competenza ad adottare il provvedimento finale è definitivamente passata ai dirigenti a seguito della distinzione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione che costituisce uno dei capisaldi della privatizzazione del pubblico impiego di cui al T.U. n. 165/2001 (vedi parte III, cap. III).

Allorquando si tratti di un atto discrezionale, la P.A. provvede ad effettuare la comparazione tra gli interessi coinvolti nel procedimento, mentre in caso di un atto vincolato essa dovrà limitarsi a verificare unicamente la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento.

La fase decisoria può manifestarsi in un atto semplice (decisioni monostrutturate) adottato da una singola amministrazione oppure attraverso più manifestazioni di volontà tra loro collegate espresse da più amministrazioni (decisioni pluristrutturate). Tipici esempi di decisioni pluristrutturate sono la conferenza di servizi decisoria (par. 6.) e gli accordi tra più amministrazioni (cap. VIII). In quest'ultimo caso la decisione

è di competenza di più autorità che partecipano al procedimento nella fase decisoria: sono le ipotesi in cui la decisione deve essere preceduta da un concerto o da un'intesa, o comunque da un atto di assenso, per cui ogni amministrazione che interviene nella fase stessa condiziona in modo assoluto il contenuto del provvedimento finale. Oltre alla fase decisoria provvedimentale, finora descritta, la L. n. 241/1990 riconosce che il procedimento può chiudersi anche senza provvedimento (c.d. fase decisoria tacita) ovvero mediante un accordo con i privati o con altre amministrazioni (c.d. fase decisoria negoziata).

La fase decisoria può anche essere tacita, nelle ipotesi in cui non venga adottato un provvedimento espresso a conclusione dell'iter procedimentale: è il caso in cui le determinazioni dell'amministrazione si manifestano attraverso il silenzio-diniego, il silenzio assenso e la denuncia di inizio attività. In definitiva, in caso di silenzio la legge "amputa" il procedimento, sostituendo la decisione amministrativa con la volontà della legge una volta decorso il termine di conclusione del procedimento; in caso di d.i.a. il legislatore sostituisce il procedimento di amministrazione attiva con quello di vigilanza.

La fase decisoria, infine, può caratterizzarsi per una procedura negoziata, ove le determinazioni finali vengano individuate da accordi tra pubblica amministrazione e privati sostitutivi del provvedimento finale, ovvero da accordi tra pubbliche amministrazioni. In questi casi la decisione unilaterale della P.A. lascia il posto ad un accordo con il privato od altra amministrazione, dando vita ad un esercizio consensuale del potere pubblico (cap. VIII).

D) La fase integrativa dell'efficacia

Il procedimento si conclude, di regola, con la fase costitutiva, al termine della quale il provvedimento finale è di regola perfetto ed efficace.

In taluni casi, però, l'efficacia è subordinata alla necessità di un controllo da parte di un'autorità diversa dall'organo procedente, ovvero alla necessità di comunicare il provvedimento stesso al suo destinatario. In questi casi si apre una nuova fase del procedimento, di tipo eventuale, volta ad integrare l'efficacia del provvedimento mediante l'apertura del sub procedimento di controllo o di comunicazione.

Il controllo in parola (sui controlli in generale vedi il cap. VII) rientra nella categoria dei c.d. controlli sugli atti, che si concretizzano in un riesame degli stessi allo scopo di valutarne la legittimità o l'opportunità.

Il controllo sugli atti, che condiziona non la formazione ma l'efficacia del provvedimento finale, è definito controllo preventivo (in quanto viene effettuato prima che il provvedimento controllato divenga efficace e si configura come condizione

sospensiva dello stesso) susseguente (poiché interviene sull'atto già formato e completo di tutti i suoi elementi).

L'atto di controllo positivo non può essere impugnato autonomamente dai controinteressati al provvedimento finale, poiché è privo di autonomia rispetto a quest'ultimo. Le doglianze avverso l'atto positivo di controllo dovranno essere dedotte in sede di impugnazione congiunta del provvedimento finale e dell'atto di controllo stesso. L'atto negativo di controllo, invece, è suscettibile di impugnazione autonoma e diretta da parte dei soggetti interessati all'emanazione del provvedimento finale.

Deve soggiungersi, infine, che l'atto di controllo ha efficacia retroattiva, con la conseguenza che il provvedimento controllato acquista efficacia fin dal momento della sua emanazione.

La legge impone la comunicazione al destinatario dei provvedimenti recettizi, ovvero degli atti che, per produrre effetti, debbono essere conosciuti dai destinatari. I provvedimenti possono essere recettizi per legge o per natura. Nei primi rientrano i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati (art. 21-bis, L. n. 241/1990); al di fuori di specifiche previsioni, inoltre, devono essere comunicati gli atti che, per produrre i propri effetti tipici, presuppongono la loro conoscenza da parte del destinatario, come i provvedimenti che impongono obblighi a soggetti determinati. Non sono ritenuti recettizi gli atti ampliativi.

In tali ipotesi la comunicazione si pone come requisito di efficacia del provvedimento che, pertanto, comincerà a spiegare i propri effetti nel momento in cui perviene al destinatario. L'atto di comunicazione è autonomo rispetto al provvedimento comunicato: ne consegue che i vizi della comunicazione non inficiano il secondo, che ben potrà essere oggetto di una nuova comunicazione emendata dai vizi della prima.

Gli strumenti di comunicazione personale previsti dal nostro ordinamento sono la notificazione e la comunicazione.

La notificazione può essere effettuata tramite messo comunale ovvero nelle forme previste dal codice civile; sempre più spesso, peraltro, la legge sostituisce le tradizionali forme di comunicazione degli atti amministrativi con la pubblicazione in internet e la trasmissione via posta elettronica.

1.1. Successione di leggi e procedimento

Un problema di particolare rilievo riguarda le ripercussioni sul procedimento amministrativo del sopravvenire, durante il suo corso, di una legge che lo discipliniin maniera diversa da quella vigente al momento in cui il procedimento stesso ha avuto inizio.

Il principio generale che regolamenta la modificazione di legge durante il procedimento è quello per cui ogni atto è disciplinato dalla legge in vigore nel momento in cui viene emanato (tempus regit actum), a meno che la stessa norma sopravvenuta detti norme specifiche in proposito.

In sede applicativa, tuttavia, gli effetti di tale principio sono diversi a seconda delle singole fasi in cui si trova il procedimento, posto che il momento cui fare riferimento per individuare la normativa applicabile è quello della produzione degli effetti. Si consideri che la corretta applicazione del principio tempus regit actum impone di tener conto anche delle modifiche normative intervenute durante l'iter procedimentale, non potendo considerarsi il procedimento cristallizzato una volta per tutte alla data dell'atto che vi ha dato avvio (Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2012, n. 34).

Vediamo i singoli casi.

A) Fase preparatoria (con stadio istruttorio)

La modifica normativa incide diversamente a seconda che essa modifichi il regime dei caratteri formali e dei requisiti degli atti preparatori ovvero incida sulla loro essenzialità ai fini della produzione dell'effetto finale. Nel primo caso (si pensi ad una legge che richiede una data forma per un atto prima a forma libera), deve trovare applicazione il principio tempus regit actum, per cui l'atto preparatorio già compiuto sarà valido ed efficace pur se compiuto senza l'osservanza della forma imposta dalla nuova legge.

Quanto al secondo caso (si pensi, ad esempio, ad una legge che impone l'adozione di un atto preparatorio prima non richiesto), poiché gli atti preparatori hanno la funzione di precostituire la situazione giuridica necessaria affinché possano legittimamente venire ad esistenza gli atti che li presuppongono, il principio tempus regit actum deve riferirsi al momento della produzione degli effetti finali: se dunque al sopravvenire della nuova legge la fase preparatoria non si era ancora conclusa, dovrà trovare applicazione la nuova legge, con la conseguenza che dovrà adottarsi l'atto preparatorio da essa imposto. Se, al contrario, la nuova legge non richiedesse più atti preparatori prescritti dalla precedente, degli atti già compiuti non dovrà più tenersi conto, con la conseguenza che un loro eventuale vizio diventerà irrilevante ai fini della validità del provvedimento.

B) Fase costitutiva

Per la fase costitutiva il problema riguarda solo il caso in cui prima del suo compimento sia sopravvenuta una legge che disciplini in maniera innovativa gli elementi costitutivi già venuti in essere. Poiché infatti il momento cui fare riferimento ai fini della individuazione della disciplina giuridica è quello della produzione degli effetti, se, prima della conclusione della fase costitutiva, sopravviene una legge che apporta

modificazioni nel sistema degli elementi necessari alla produzione dell'effetto principale, è quest'ultima che deve applicarsi al procedimento.

C) Fase integrativa dell'efficacia

Se durante questa fase intervengono leggi modificatrici della disciplina delle fasi preparatoria o costitutiva, di esse non dovrà tenersi alcun conto, essendosi già concluse. Se invece la norma sopravvenuta innova il regime della fase integrativa dell'efficacia, occorre distinguere due ipotesi:

a) se la vecchia legge non richiedeva alcun elemento di efficacia per l'esplicazione degli effetti dell'atto, mentre la norma sopravvenuta ne subordina l'operatività al realizzarsi di uno o più elementi condizionanti, si applicherà la vecchia legge, in quanto, in base alla normativa vigente al momento della venuta in esistenza dell'atto, questo ha già prodotto i suoi effetti; b) se invece la nuova legge interviene durante la fase integrativa dell'efficacia, e richiede un elemento prima non prescritto, troverà

applicazione la nuova disposizione, dovendosi aver riguardo al momento in cui si producono gli effetti dell'atto.

2. **Il procedimento amministrativo nella L. n. 241/1990 e successive modificazioni: i principi**

Fino all'entrata in vigore della L. 8 agosto 1990, n. 241, mancava nel nostro ordinamento una disciplina generale del procedimento amministrativo; spettò pertanto all'elaborazione pretoria e dottrinale assumere una funzione supplente nella elaborazione della nozione e dei principi regolatori del procedimento, con l'obiettivo di introdurre dei limiti all'arbitrio dei pubblici poteri nell'esplicazione dell'azione amministrativa ed individuare degli strumenti idonei a tutelare i soggetti interessati all'esito procedimentale.

L'assenza di una regolamentazione generale del procedimento amministrativo comportava un'ampia discrezionalità della P.A. in sede di gestione del procedimento e il non riconoscimento del diritto degli interessati (persone fisiche, persone giuridiche ed enti di fatto) a partecipare attivamente ai procedimenti destinati a sfociare in atti variamente incidenti nelle loro sfere giuridiche. In particolare, come detto, la dottrina ha supplito a detta carenza normativa elaborando, dapprima solo per determinate tipologie di procedimenti amministrativi (caratterizzati da una particolare afflittività dei provvedimenti finali nei confronti dei destinatari), e poi come canone generale, il principio del giusto procedimento.

In base a detto principio l'amministrazione, nell'ambito dei procedimenti destinati all'adozione di un atto sfavorevole nei confronti del privato, deve mettere lo stesso nelle condizioni di esporre le proprie ragioni, sia al fine di tutelare il proprio interesse

legittimo, sia al fine di garantire la completezza dell'istruttoria. Il principio del giusto procedimento, desunto sia dall'interpretazione analogica dell'art. 3, della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (c.d. legge abolitrice del contenzioso amministrativo – LAC) in tema di ricorsi amministrativi sia dai principi della nostra Carta costituzionale, ha acquisito, nel tempo, valore di principio generale dell'ordinamento (Corte cost. sent. 13/1962), come tale immodificabile dal legislatore regionale, ma non è stato mai considerato dalla giurisprudenza un principio di rango costituzionale.

Con la L. n. 241/1990, da ultimo modificata dalle leggi nn. 15 e 80/2005 e 69/2009, il legislatore ha introdotto una normativa di principio che si limita a definire i criteri essenziali ai quali deve attenersi la P.A. nell'esplicazione della propria azione, pur in presenza di attività relativamente alle quali gode di ampia discrezionalità. Il testo normativo, pur lasciando un certo margine di elasticità e di discrezionalità alla P.A. nello svolgimento dei propri compiti, mira – in linea con quella consolidata giurisprudenza propensa a rendere maggiormente democratica l'attività amministrativa – a conformare l'azione pubblica ad alcuni canoni rispondenti ai precetti costituzionali, riducendo così il più volte denunciato arbitrio dell'amministrazione. Il procedimento diviene, pertanto, terreno di emersione e strumento di equo contemperamento degli interessi, sia pubblici che privati, coinvolti nell'agere amministrativo: viene così colmata la distanza tra governanti e governati, i quali divengono titolari di pretese azionabili nei confronti dello Stato-amministrazione.

Si deve in questa sede rimarcare che i principi cui si ispira la normativa sul procedimento sono essenzialmente due: **il principio di trasparenza ed il principio di efficienza**. Tali principi sono espressione della duplice direzione in cui si è mosso il legislatore: da una parte emerge l'intento di orientare in senso maggiormente democratico l'azione amministrativa svelandone i meccanismi e rendendone partecipi i cittadini, i quali possono così controllare che il procedimento amministrativo si svolga nel rispetto dei loro interessi e in ossequio al principio di imparzialità; dall'altra, emerge la volontà di improntare l'azione dei pubblici poteri a regole di carattere imprenditoriale che consentano il raggiungimento dell'obiettivo prefissato attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale.

La L. 11 febbraio 2005, n. 15, in sede di modifica della L. n. 241/1990, ha implementato il catalogo dei principi posti a presidio dell'attività amministrativa, nell'ottica di un'amministrazione in cui prevale sempre più il ruolo di servizio per il cittadino, il quale è al centro dell'azione amministrativa.

In particolare, all'art. 1, della L. n. 241/1990 è aggiunto il comma 1-bis, che sancisce il principio generale secondo il quale le amministrazioni pubbliche nell'adozione di atti di natura non autoritativa, possono agire secondo le norme di diritto privato, e, quindi, anche servendosi di moduli negoziali per la realizzazione dei propri compiti

istituzionali, con i criteri e le condizioni stabiliti dalla legge e salvo che la legge disponga diversamente. Sul tema si rinvia al cap. IX.

Collegata al principio secondo il quale, salvo che la legge non disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche possono utilizzare gli strumenti del diritto privato, è poi la disposizione della legge di riforma della L. n. 241/1990, che, modificando il vigente art. 11 dello stesso impianto normativo, provvede a generalizzare l'uso degli accordi c.d. sostitutivi di provvedimenti sopprimendo la clausola per cui tali accordi possono essere conclusi "solo nei casi previsti dalla legge" (vedi cap. VIII).

Deve rammentarsi, inoltre, il richiamo del nuovo testo dell'art. 1 della L. n. 241/1990 al rispetto dei principi comunitari, destinato ad estendersi, per un naturale moto ascensionale, anche alle materie non interessate da disposizioni specifiche di derivazione europea. Tali principi si sostanziano principalmente nella legalità dell'azione amministrativa, nell'obbligo di motivazione, nella trasparenza, nel diritto di accesso, nell'imparzialità e, soprattutto, nella garanzia dell'affidamento legittimo e del principio di proporzionalità. Per l'esame di tali principi si rinvia, ancora, al cap. II della parte I.

Da ultimo va segnalata, inoltre, la recentissima legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190 con cui sono state operate rilevanti modifiche in tema di procedimento amministrativo. In particolare, è stata introdotta, una modifica all'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente il provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo. In dettaglio è aggiunto il seguente periodo: «Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo». È stata inoltre conferita, una delega al Governo per la definizione degli illeciti e delle sanzioni disciplinari concernenti i termini dei procedimenti amministrativi. In particolare, è stato stabilito che Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per la disciplina organica degli illeciti, e relative sanzioni disciplinari, correlati al superamento dei termini di definizione dei procedimenti amministrativi, secondo i seguenti princıpi e criteri direttivi: a) omogeneità degli illeciti connessi al ritardo, superando le logiche specifiche dei differenti settori delle pubbliche amministrazioni; b) omogeneità dei controlli da parte dei dirigenti, volti a evitare ritardi; c) omogeneità, certezza e cogenza nel sistema delle sanzioni, sempre in relazione al mancato rispetto dei termini.

3. Il responsabile del procedimento

Il Capo II della L. n. 241/1990 è riservato alla regolamentazione della figura del responsabile del procedimento, ovvero del soggetto al quale è affidato il delicato ruolo di autorità guida (leading authority) di ciascun procedimento amministrativo.

Il responsabile vigila sul decorso del procedimento, assicurando le connessioni tra le varie fasi, e rappresenta uno stabile punto di riferimento per il cittadino, in armonia con i principi di trasparenza, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

Più specificamente, la legge prevede:

a) la designazione, in seno all'unità organizzativa competente per ciascun tipo di procedimento, preventivamente determinata dall'amministrazione, del soggetto responsabile del singolo procedimento (artt. 4 e 5, commi 1 e 2);

b) l'obbligo di comunicare agli interessati sia l'unità organizzativa competente che il nominativo del responsabile del procedimento (art. 5, ultimo comma);

c) la precisazione dei compiti di quest'ultimo (art. 6).

Coerentemente con il suo ruolo di animatore dell'azione amministrativa, è il responsabile ad attivare e a dare sostanza agli strumenti disciplinati per la prima volta dalla L. n. 241/1990 ovvero da essa rivitalizzati (conferenze di servizi, accordi procedimentali, autocertificazioni, ecc.).

L'istituto del responsabile del procedimento è stato introdotto per contrastare tre ordini di fattori negativi:

– la frammentazione ed il rallentamento dell'azione amministrativa, in mancanza di un responsabile che si preoccupi di far andare avanti il procedimento e di condurlo rapidamente alla sua fisiologica conclusione;

– l'irresponsabilità di fatto dei soggetti deputati a gestire il procedimento, atteso che l'anonimato degli stessi impedisce l'agevole identificazione degli autori delle carenze e degli inadempimenti procedimentali. Tale esigenza si collega direttamente agli artt. 97, comma 2, e 28 Cost., il primo statuente il principio della necessaria determinazione, nell'ordinamento degli uffici, delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei funzionari, il secondo quello della responsabilità diretta dei dipendenti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti;

– la virtuale violazione del principio di trasparenza, in quanto la difficile identificabilità dei responsabili del procedimento ostacola recisamente le possibilità di un effettivo controllo sul loro operato.

Per responsabilizzare maggiormente il funzionario si è così dato avvio ad un disegno di personalizzazione dell'attività amministrativa: il responsabile del procedimento è divenuto il referente principale per il pubblico, svolgendo il suo ruolo di "snodo" in

funzione dialogante con il cittadino, in modo da garantire un maggiore e immediato rapporto fra quest'ultimo e la P.A. Il soggetto che viene in contatto con un pubblico ufficio per definire un affare che lo interessa, ha di fronte a sé non più un'organizzazione od un apparato anonimo, bensì un interlocutore che è una persona fisica, la quale, quanto meno in linea di principio, risponde dell'operato svolto a nome della P.A. cui appartiene ed è in grado di attivarsi per fornire le informazioni, i documenti e gli atti inerenti al procedimento. Al responsabile gli interessati possono, poi, rivolgersi per partecipare al procedimento, nelle forme consentite dalla stessa L. n. 241/1990. In definitiva, dare un volto alla P.A. ha significato superare il primo ostacolo alla par condicio dei cittadini verso l'amministrazione.

La normativa in materia di responsabile del procedimento dettata dalla L. n. 241/1990 si è inserita in una stagione di riforme mirate ad un deciso riassetto, in chiave di promozione dei valori di efficienza e professionalità, della organizzazione amministrativa. Si pensi, ad esempio, alla generale riforma del lavoro alle dipendenze delle P.A. operata dal D.Lgs. n. 29/1993 e la L. 26 aprile 1990, n. 86, contenente una revisione della normativa in tema di rifiuto ed omissione di atti d'ufficio, anche essa finalizzata alla responsabilizzazione diretta e personale dei pubblici dipendenti. A seguire, un corposo filone di normative di settore ha inteso implementare e sviluppare la figura del responsabile del procedimento introdotta in via generale dalla L. n. 241/1990 (cfr., fra tutte, l'art. 7 della L. n. 109/1994 e gli artt. 7-8 D.P.R. n. 554/1999 che hanno attribuito alla figura del responsabile unico del procedimento realizzativo di opere pubbliche la pienezza dei compiti di un vero e proprio project manager).

L'istituzionalizzazione di un diretto interlocutore e la valorizzazione della relativa responsabilità hanno, altresì, rappresentato un volano per implementare processi di semplificazione e razionalizzazione dell'azione amministrativa già all'interno delle singole strutture organizzative, oltre ad innescare forme di specializzazione degli addetti e un più diretto coinvolgimento del funzionario in ordine ai risultati dell'azione.

La L. n. 15/2005, infine, ha accentuato ulteriormente la centralità della figura del responsabile, attribuendogli un ruolo più chiaro nell'elaborazione della decisione, nucleo fondante dell'emanando provvedimento.

La personalizzazione dell'attività amministrativa è poi corredata dalla responsabilizzazione dei pubblici funzionari, mediante la previsione di forme di responsabilità dirigenziale in caso di scorretto esercizio della funzione pubblica. Sul tema v. il successivo par. 3.3.

Da ultimo va segnalata la recentissima legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190 con la quale è stato introdotto l'articolo 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di conflitto di interessi: "Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il

provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".

3.1. L'individuazione e la comunicazione del responsabile

Gli artt. 4 e 5 della L. n. 241/1990 disciplinano il processo di individuazione del responsabile del procedimento.

La norma prevede, in primo luogo, l'obbligo della P.A. di determinare preventivamente, per ciascun tipo di procedimento, l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria, di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale. Tale determinazione va pubblicizzata secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti.

Per unità organizzativa deve intendersi ogni tipo di struttura o articolazione dei pubblici uffici; la sua determinazione, peraltro, non è necessaria laddove legge o regolamento individuino direttamente l'unità organizzativa competente per specifici tipi di procedimento.

Segue l'obbligo del dirigente di ciascuna unità organizzativa di assegnare a sé o ad altro dipendente dell'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente al singolo procedimento, nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale. In via suppletiva, il dirigente stesso è considerato responsabile fino a quando l'assegnazione non venga effettuata.

La legge, dunque, differenzia nettamente la determinazione ed individuazione dell'unità organizzativa dalla designazione della persona fisica che assumerà le vesti di responsabile del procedimento. Tale distinzione non è solo di ordine concettuale: ciò che rileva, infatti, è soprattutto la diversa natura giuridica degli atti attraverso i quali si procede all'individuazione dell'unità organizzativa da una parte e del responsabile del procedimento dall'altra.

In merito al primo tema, l'Adunanza generale del Consiglio di Stato (parere 21 novembre 1991, n. 141) ha affermato il carattere sostanzialmente normativo degli atti con cui le amministrazioni provvedono all'identificazione delle unità organizzative responsabili dell'iter procedimentale delle diverse tipologie di atti: tali determinazioni, pertanto, devono essere adottate in forma di regolamenti (definiti dalla dottrina regolamenti di tipo integrativo-attuativo). Quanto, poi, alla diretta applicabilità o meno delle norme sul responsabile del procedimento anche in caso di mancanza della preventiva individuazione dell'unità organizzativa responsabile, le norme in esame si ritengono comunque applicabili, almeno nel loro nucleo fondamentale, gravando in ogni caso sull'amministrazione procedente l'obbligo di comunicare ai soggetti interessati l'unità organizzativa competente in concreto e il nominativo del soggetto responsabile.

L'individuazione del responsabile del singolo procedimento da parte del dirigente può, invece, avvenire, attraverso un atto puntuale, volta per volta, ovvero per mezzo di criteri automatici; nel secondo caso, il soggetto che, al verificarsi di determinati presupposti, dovrà assumere la veste di responsabile del particolare procedimento sarà noto ex ante. La nomina del responsabile rientra, secondo la maggior parte degli interpreti, nei poteri (privatistici) di gestione del rapporto di lavoro. L'atto di designazione non comporta il trasferimento di funzioni amministrative da un organo ad un altro e non crea "nuove competenze"; neppure vale a configurare mansioni nuove in capo al dipendente investito dell'incarico di responsabile del procedimento (di ciò si tratta e non dell'attribuzione di una qualifica). Esso identifica, piuttosto, un nuovo modo di organizzare e svolgere mansioni ordinarie. Lungi dal poter affermare che dai compiti propri del responsabile di un procedimento debba trarsi la qualifica del soggetto da nominare, è vero invece che quei compiti possono in concreto diversamente specificarsi in relazione alla qualifica (eventualmente dirigenziale) posseduta dal singolo responsabile del procedimento.

Per quanto attiene, invece, ai rapporti tra il responsabile del procedimento e gli altri dipendenti coinvolti nello stesso, è fuor di dubbio che il primo, in quanto tale, non riveste una posizione sovraordinata; è innegabile, peraltro, che, a seguito dell'assunzione dell'incarico di responsabile – e della conseguente rilevanza, in termini di responsabilità, degli errori altrui –, il funzionario avrà diritto di sollecitare gli altri addetti riguardo all'adozione dei comportamenti dovuti, oltre che di denunciare le omissioni o inadempienze dei collaboratori.

Il provvedimento amministrativo e le sue principali caratteristiche. I provvedimenti di secondo grado

Sezione I. ***Sommario***:

- La definizione di provvedimento amministrativo: il criterio topografico e quello dell'efficacia
- La definizione di Giannini: riflessioni sulla sua attualità
- Le varie tipologie di provvedimento (cenni)
- Le regole fondamentali in tema di formazione ed efficacia dei provvedimenti: a) il principio di legalità; b) distinzione tra effetto giuridico e risultato concreto; c) l'imperatività; d) l'esecutività. In particolare: l'esecutività e l'esecutorietà

La definizione di provvedimento amministrativo: il criterio topografico e quello dell'efficacia

Manca una definizione normativa di provvedimento amministrativo. Anche le norme del capo IV-bis della l. 241 del 1990, introdotte dalla l. 15 del 2005 e relative alla "efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo", nonché ai provvedimenti di secondo grado, presuppongono la

nozione in esame, ma non contribuiscono a delimitarne i confini ovvero a chiarirne la struttura. Ai fini dell'individuazione del provvedimento nell'ambito degli atti amministrativi soccorre l'utilizzo di due criteri: il primo, di carattere topografico, individua **il provvedimento nell'atto finale del procedimento**, ossia nella decisione che regola l'assetto di interessi coinvolti dall'esercizio del potere; **il secondo, relativo all'efficacia, descrive la caratteristica del provvedimento consistente in ciò, che esso è l'atto che produce effetti esterni**, cioè nei confronti dei privati, e che questi ultimi possono impugnare qualora lo ritengano illegittimo. I due criteri appena esaminati consentono di distinguere tra i **meri atti amministrativi** (normalmente interni al procedimento e sforniti di capacità lesiva diretta, come tali non impugnabili) ed i **provvedimenti amministrativi**.
La collocazione del provvedimento in esito alla vicenda procedimentale e la sua efficacia lesiva (e conseguente impugnabilità) sono elementi puramente descrittivi, tali da non consentire l'individuazione del contenuto del provvedimento medesimo. A questo fine è utile, invece, l'analisi delle definizioni elaborate in dottrina.

La definizione di Giannini: riflessioni sulla sua attualità

Un autorevole studioso del diritto amministrativo (M.S. Giannini) ha definito il provvedimento amministrativo come "***l'atto con cui l'autorità amministrativa dispone in un caso concreto in ordine all'interesse pubblico affidato alla sua tutela, esercitando una potestà amministrativa ed incidendo sulle situazioni giuridiche soggettive di privati***".

Questa definizione coglie una buona parte della verità, ma occorre precisare che: a) i provvedimenti non sono emanati soltanto da amministrazioni in senso formale (c.d. oggettivizzazione dell'attività amministrativa), se è vero che in diversi casi anche soggetti privati esercitano potestà pubbliche, nelle forme del procedimento e del provvedimento; b) l'attività di diritto privato, che non integra le caratteristiche della "potestà amministrativa", non è sempre sfornita del carattere dell'autoritatività (si pensi al caso della delibera a contrarre, e, più in generale, a tutto il procedimento che porta alla stipula di un contratto con un privato); c) va evidenziato l'elemento finalistico dell'*agere* amministrativo; d) non tutti i provvedimenti hanno natura puntuale e concreta, ma anche normativa (come nel caso dei regolamenti, che pongono norme generali ed astratte) o contenuto generale (come nel caso dei piani regolatori, che si riferiscono ad una pluralità indistinta di cittadini).

Le varie tipologie di provvedimento (cenni)

In merito alle diverse tipologie di provvedimento, si distingue tra:

- **provvedimenti ampliativi e restrittivi**, a seconda che la modificazione prodotta nella sfera giuridica dell'amministrato sia, rispettivamente, di segno positivo o negativo
- **provvedimenti regolativi e gestionali**, i primi deputati a regolare una serie di fattispecie, come i regolamenti, i secondi diretti a dare rilievo giuridico esterno ad attività che di per sé non dovrebbero rivestire la forma pubblicistica, trattandosi di atti non autoritativi (occorre per essi una specifica disposizione di legge che li assoggetti alle regole del diritto pubblico)

Le regole fondamentali in tema di formazione ed efficacia dei provvedimenti. In particolare: l'esecutività e l'esecutorietà

Le regole fondamentali relative alla formazione ed all'efficacia dei provvedimenti:

a) il principio di legalità

b) distinzione tra effetto giuridico e risultato concreto

c) l'imperatività

d) l'esecutività

Inoltre le regole sono così sintetizzabili:

- **principio di legalità**
- **distinzione tra effetto giuridico e risultato concreto**
- **imperatività**
- **esecutività**

Quanto **all'imperatività**, occorre individuare il suo tratto distintivo rispetto **all'autoritatività**: mentre quest'ultima descrive la capacità del provvedimento di incidere sulla sfera giuridica del destinatario della decisione **senza il suo consenso**, la prima è riscontrabile a fronte degli atti idonei a produrre **la c.d. degradazione** (o affievolimento) del diritto soggettivo ad interesse legittimo.

Le regole fondamentali in tema di formazione ed efficacia dei provvedimenti. In particolare: l'esecutività e l'esecutorietà (segue)

Nell'ambito del diritto comune, sono individuabili due momenti: in primo luogo, occorre che il giudice accerti la sussistenza del diritto (ciò che nel diritto amministrativo attiene al profilo dell'**esecutività**); in secondo luogo, è parimenti necessario ricorrere ad un giudice per dare coattivamente seguito alle pretese precedentemente accertate (ciò che nel diritto amministrativo attiene al profilo dell'**esecutorietà**).

La l. 15 del 2005 ha "codificato" la recente tendenza a ritenere che l'esecutorietà non sia nella "natura delle cose", cioè che non sia una caratteristica immanente ad ogni potere amministrativo: la legge deve prevedere non solo il potere esecutorio, ma anche disciplinare le concrete modalità di esercizio di tale potere (art. 21-*ter* della l. 241).
Malgrado la ricostruzione del potere esecutorio in termini di stretta legalità, quando tale potere sussiste, l'**adeguamento del fatto dal diritto** – ossia la produzione del risultato concreto previsto dal provvedimento – **avviene senza che sia necessario premunirsi di un titolo esecutivo giudiziale**: il provvedimento, da un lato, è considerato di per sé valido ed efficace (se e) fino a quando il privato non ne chieda ed ottenga l'annullamento in sede giurisdizionale (in altri termini esso è costitutivo di obblighi indipendentemente da uno scrutinio giudiziale in ordine alla sua validità), ed in ciò consiste l'**esecutività**; dall'altro, può essere portato ad esecuzione in forme diverse da quelle proprie del diritto comune (nell'ambito del quale l'esecuzione forzata avviene iussu iudicis), ed in ciò consiste l'**esecutorietà**.

Il provvedimento amministrativo e le sue principali caratteristiche. I provvedimenti di secondo grado

Sezione II. *Sommario*:

- I procedimenti di riesame: fondamento del relativo potere
- I procedimenti di riesame ad esito conservativo: convalida, ratifica, conferma (mera conferma e conferma in senso proprio)
- I procedimenti di riesame ad esito eliminatorio: l'annullamento d'ufficio e la revoca

I procedimenti di riesame: fondamento del relativo potere

I procedimenti di riesame (o di secondo grado) si caratterizzano per avere ad oggetto precedenti procedimenti e provvedimenti. Si parla a proposito di **autotutela**. Tale termine, tuttavia, sembra meglio attagliarsi alle nozioni di esecutività ed esecutorietà, intese come potere della p.a. di "farsi giustizia da sé"; **nel caso dei procedimenti di riesame si tratta piuttosto di riesercitare il potere originario, in ragione del suo carattere inesauribile** e della conseguente necessità che esso sia costantemente orientato alla soddisfazione dell'interesse pubblico concreto, che è per sua natura mutevole. In altri termini, la titolarità del potere impone non solo l'obbligo di esercitarlo, ma anche di "rivedere" il provvedimento attraverso cui quel potere si è espresso, quando sussiste un interesse pubblico specifico in tal senso.

I procedimenti di riesame ad esito conservativo: convalida, ratifica, conferma (mera conferma e conferma in senso proprio)

I procedimenti di riesame si distinguono a seconda del loro esito, che può essere conservativo o eliminatorio.

Hanno carattere **conservativo**:

- **la convalida** (che nel diritto amministrativo è un potere spettante al soggetto che ha dato causa al vizio, ossia alla p.a., mentre nel diritto privato tale potere spetta a colui che può chiedere l'annullamento)
- **la ratifica**, che consiste nel potere dell'autorità competente di "fare proprio" il contenuto della decisione adottata da un organo incompetente
- **la conferma**, rispetto alla quale è utile la distinzione tra **mera conferma** – che si ha quando la decisione di secondo grado non è conseguente allo svolgimento di una nuova attività istruttoria – e **la conferma in senso proprio** – che consegue all'introduzione di nuovi elementi istruttori, valutati i quali la p.a. si risolva nondimeno nel senso di confermare il contenuto dispositivo del primo provvedimento -. Solo in quest'ultimo caso il termine per impugnare inizia a decorrere dall'adozione del provvedimento confermativo

I procedimenti di riesame ad esito eliminatorio: l'annullamento d'ufficio e la revoca

La l. 15 del 2005 ha introdotto nella l. 241 del 1990 gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*. Tale ultima norma disciplina l'**istituto dell'annullamento d'ufficio**. Il presupposto dell'annullamento d'ufficio è l'**illegittimità del provvedimento**. Tale illegittimità, tuttavia, non è sufficiente ai fini dell'esercizio del potere in questione, occorrendo una valutazione in ordine alla sussistenza di un **interesse pubblico specifico** (diverso, quindi, da quello al mero ripristino della legalità) **alla rimozione di un provvedimento**. Ciò vale a configurare l'annullamento d'ufficio come un potere di carattere discrezionale. Anche il "**fattore tempo**" influenza la scelta se annullare o meno un precedente provvedimento illegittimo: la norma infatti richiede che l'annullamento intervenga "entro un termine

ragionevole" dall'adozione del provvedimento "annullando", e tenendo conto dell'interesse dei destinatari e dei controinteressati.

L'art. 21-*quinquies*, invece, disciplina **la revoca**: il presupposto per l'esercizio di tale potere non è la sussistenza di un vizio di legittimità, ma una nuova valutazione dell'interesse pubblico. La norma, più specificamente, individua tre casi:

- **sopravvenuti motivi di interesse pubblico**
- **mutamento della situazione di fatto**
- **nuova valutazione dell'interesse pubblico originario**

I procedimenti di riesame ad esito eliminatorio: l'annullamento d'ufficio e la revoca (segue)

Tale ultima previsione, diversamente dalle altre due, ha suscitato negli interpreti alcune perplessità, nel punto in cui si riconoscerebbe alla p.a. un vero e proprio *ius poenitendi* (ciò sembra in contrasto con il principio del legittimo affidamento, riconosciuto anche a livello comunitario). La norma inizialmente riguardava i soli provvedimenti ad **efficacia durevole**, ossia quei provvedimenti la cui efficacia si rinnova *de diem in diem*; nel 2007 (d.l. 7 del 2007, conv. nella l. 40 del 2007) è stato introdotto il comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, che ha stabilito che, limitatamente alla revoca che incide su rapporti negoziali, la stessa possa riguardare anche provvedimenti ad **efficacia istantanea**. Il sacrificio del privato è controbilanciato dal diritto ad un indennizzo. **Quanto all'efficacia, si tende a ritenere che la revoca abbia effetti ex nunc e l'annullamento d'ufficio ex tunc.**

Appendice normativa

Sezione I. Esecutorietà del provvedimento amministrativo.

Art.21-*ter*. *Esecutorietà* (1).

1. Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.
2. Ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato.
(1) Articolo inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Appendice normativa

Sezione II. I procedimenti di riesame ad esito eliminatorio: la revoca e l'annullamento d'ufficio.

Art.21-*quinquies. Revoca del provvedimento* (1).

1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad

efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

1-*bis*. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati e' parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilita' da parte dei contraenti della contrarieta' dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilita' di tale atto con l'interesse pubblico (2

Appendice normativa

1-*ter*. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati e' parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilita' da parte dei contraenti della contrarieta' dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilita' di tale atto con l'interesse pubblico (3)

(1) Articolo inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15
(2) Comma aggiunto dall'articolo 13, comma 8-duodevicies, del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni, in legge 2 aprile 2007, n. 40. Vedi, anche il comma 8-undevicies
(3) Comma aggiunto dall'articolo 12, comma 1-bis, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in sede di conversione

Appendice normativa

Art.21-*nonies. Annullamento d'ufficio* (1).

1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell' articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole

(1) Articolo inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15

Tipologie di retroattività. Istituti analoghi

La regola dell'irretroattività degli atti permea l'intero ordinamento giuridico, trovando uno sbarramento costituzionale espresso solo per le norme penali incriminatrici in senso stretto (art. 25

Cost.) e per le altre norme afflittive[2]. In dottrina, si evidenzia come la regola generale, secondo cui la produzione di effetti del 'provvedimento' più importante nel nostro ordinamento, ossia la legge, decorre dal momento del perfezionamento dell'atto (art 11, preleggi al Codice Civile), sollevi il problema della retroattività del provvedimento amministrativo[3].

L'istituto non va confuso con altri simili ma diversi. Tra questi, si discute sulla retrodatazione dell'atto[4]. Qui l'atto è adottato 'ora per allora': accade, cioè, che la Pubblica Amministrazione avrebbe dovuto emanarlo in un contesto normativo e di circostanze diverso, ma senza riuscire ad adottarlo tempestivamente. Nella retrodatazione si esclude che la tardività dell'azione dia luogo ad un atteggiamento colpevole della Pubblica Amministrazione e si finge 'ora' che l'atto sia stato compiuto 'allora'. In adempimento di disposizioni normative o giurisdizionali[5] o della stessa amministrazione, infatti, questa riporta la decorrenza degli effetti dell'atto al momento in cui avrebbero dovuto dispiegarsi (es., atto di promozione con cui si fa decorrere la promozione dalla data in cui avrebbe dovuto essere disposta)[6]. Per comprendere meglio la distinzione con le ipotesi di retroattività, si richiama l'esempio tratto da Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 novembre 2010, n. 8111[7]. L'art. 4, commi 8 e 9, l. 11/7/1980, n. 312, recante "*nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato*" aveva disposto, in via retroattiva, l'inquadramento nella settima qualifica funzionale con il profilo di collaboratore penitenziario, dei dipendenti dell'amministrazione penitenziaria ricorrenti. Ciò ha comportato un effetto ulteriore imponendo all'amministrazione l'obbligo di riliquidare un'indennità penitenziaria ad essi spettante e quindi ha imposto alla Amministrazione di far retroagire la decorrenza dell'atto di liquidazione dell'indennità già spettante ad essi. In tal caso la decorrenza retroattiva va considerata non fittizia, ma efficace anche ad ogni ulteriore fine (ad es., per conseguire i superiori e successivi inquadramenti). La retrodatazione, invece, si caratterizza per essere una *fictio juris*, che non può far considerare come avvenuta la prestazione del servizio, cui l'ordinamento ricollega il diritto alla retribuzione[8].

Allo stesso modo, almeno per parte della dottrina e della giurisprudenza, vi sono ipotesi apparentemente diverse ma che invece vanno accomunate. Si ritiene infatti che le ipotesi di invalidità sopravvenuta del provvedimento[9] vadano ricondotte alla tematica della retroattività dell'efficacia dell'atto, essendo, in tali ipotesi, l'invalidità un vizio sopravvenuto[10]. La tesi prevalente, tuttavia, contesta in radice l'esistenza della categoria dell'invalidità sopravvenuta, riconducendola a quella dell'inefficacia sopravvenuta e, quindi, disconosce la possibilità di far retroagire gli effetti: in tali casi l'atto diventa invalido sin dal momento della sua emanazione, perché, in applicazione del principio generale *tempus regit actum, "l'esercizio delle funzioni amministrative è ancorato al rispetto delle norme in vigore al momento della adozione dei singoli atti".[11]*

L'atto retroattivo, invece, è quello che per legge (es., norme di legge interpretative[12]; la sentenza con riguardo al provvedimento cautelare e agli atti collegati che sono travolti dalla prima con effetti ex tunc; sentenze dichiarative di incostituzionalità delle leggi) o per sua natura (annullamento, anche parziale; decisione sui ricorsi amministrativi[13]; atti di controllo; convalida; ratifica) o per sua stessa determinazione produce effetti, facendoli retroagire nel tempo. Gli effetti, cioé, si producono ancor prima della data di perfezionamento dell'intera fattispecie giuridica, da cui essi derivano. In dati casi si può avere retroattività persino con riguardo al contenuto dispositivo del medesimo provvedimento amministrativo, allorché questo, durante la 'pendenza', produca effetti preliminari o prodromici, in attesa che si avveri il fatto attributivo di procedimento[14].

Per contro va osservato che esistono atti che, in via di principio, non possono essere retroattivi, come ad esempio gli atti relativi alla funzione consultiva[15].

Nei casi sopra indicati l'efficacia dell'atto è estesa oltre i confini temporali naturali dell'atto, in deroga al principio di simultaneità tra fatto ed effetto e del principio di condizionalità giuridica (o principio della *condicio sine qua non*), che postula una priorità giuridica del fatto rispetto all'atto. Inoltre, si configura anche un problema di certezza delle situazioni giuridiche disciplinate. Di qui l'affermazione usuale che la retroattività può ammettersi solo eccezionalmente[16].

Prima di proseguire, tuttavia occorre aggiungere una chiosa, volta a distinguere l'atto retroattivo per legge da quello retroattivo per natura. Le due ipotesi infatti potrebbero confondersi, poiché la 'natura' dell'atto è quella configurata dalla legge[17]. Di conseguenza, la retroattività per natura potrebbe farsi confluire in quella legale.

In realtà, il discorso è più complesso.

La retroattività per legge infatti discende direttamente dalla disposizione normativa e si traduce in una deroga, per lo più, alla legislazione ordinaria, che, come sappiamo, non la prevede. La retroattività per legge, dunque, non abbisogna di un apposito atto della amministrazione pubblica che disponga l'effetto principale (ma non esclude atti esecutivi o attuativi della Pubblica Amministrazione), ed, anzi, opera anche contro ogni contraria determinazione amministrativa. Ciò determina, a tacer d'altro, un abbassamento ovvero un'esclusione delle conseguenze di responsabilità a carico della Pubblica Amministrazione.

La retroattività per natura, invece, richiede pur sempre un'applicazione concreta, una scelta concreta della Pubblica Amministrazione che emana l'atto. Ciò consentirebbe, in dati casi e a talune condizioni, di modificare la disciplina della retroazione degli effetti, per escludere l'efficacia retroattiva o comunque per disciplinarla diversamente. Di conseguenza, sarebbe in tali casi registrabile un innalzamento delle conseguenze della responsabilità a carico della Pubblica Amministrazione.

In presenza di statuizioni provvedimentali con valenza regolamentare in quanto dirette a trovare applicazione ripetuta nel tempo ad un numero indeterminato di fattispecie, la regola di irretroattività degli atti a contenuto normativo discende dal combinato disposto degli artt. 4 e 11, preleggi. Detta regola può ricevere deroga per effetto di una disposizione di legge pari ordinata e non in sede di esercizio del potere regolamentare che è fonte normativa gerarchicamente subordinata. Perciò solo in presenza di una norma di legge che a ciò abiliti, gli atti amministrativi generali e regolamenti amministrativi, anche sub-statali, possono avere efficacia retroattiva.

L'affermazione, tuttavia, richiede una precisazione.

A seguito della riforma costituzionale del 2001, il legislatore costituzionale ha operato un riparto delle competenze legislative, a seconda delle materie indicate nell'art. 117, Cost., tra gli Enti che, ex art. 114 Cost., compongono oggi la nostra Repubblica. A parte il caso teorico dell'Ente sub-statale che legiferi monotematicamente in tema di retroattività.[18], potrebbe tuttavia accadere che un ente territoriale sub-statale disciplini, nell'ambito delle materie di carattere concorrente o residuale di propria competenza, un istituto o un ambito di attività autorizzando l'efficacia retroattiva degli stessi.

Nelle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, l'Ente territoriale dovrà attendere la disciplina di legge statale; nelle materie concorrenti, l'autorizzazione all'esercizio in via retroattiva dell'azione amministrativa potrà dipendere da una legge statale o regionale (o della provincia

autonoma); nelle materie di competenza esclusiva dell'ente territoriale (cd residuali), l'autorizzazione può essere contenuta in una legge regionale o della provincia autonoma, incontrando i limiti previsti.

La distinzione tra le varie forme di retroattività, inoltre, consente di individuare con maggior sicurezza le ragioni (e, conseguentemente, la relativa disciplina), che sono alla base della statuizione retroattiva, argomentandole e delimitandole *a contrario sensu* dalle ragioni che sono più spesso indicate a fondamento del divieto di retroattività.

La retroattività per legge, infatti, risponde ad esigenze diverse da quella stabilita per disposizione espressa o per natura.

Come detto, i limiti in genere richiamati a tutela contro leggi retroattive sono quelli della ragionevolezza e quelli per cui (Corte Cost., 19/3/1990, n.155; Id., 10/6/1993, n. 283) la certezza dei rapporti preteriti è alla base del principio di retroattività in quanto « costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini ». A questi limiti se ne possono aggiungere altri specifici che in realtà di quelli sono un'applicazione. La tesi tradizionale ritiene sufficiente che la norma retroattiva (in specie, quella interpretativa), per essere considerata costituzionalmente legittima, si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente; non integri il precetto di quest'ultima e infine non adotti un'opzione ermeneutica non desumibile dall'ordinaria esegesi della stessa. Fermo restando che l'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica è soggetta al limite del rispetto del principio dell'affidamento dei consociati alla certezza dell'ordinamento giuridico, con la conseguente illegittimità costituzionale di una disposizione interpretativa che indichi una soluzione ermeneutica non prevedibile rispetto a quella affermatasi nella prassi[19].

Di recente, tuttavia la Corte Costituzionale ha ampliato il novero dei limiti posti al legislatore nazionale alle leggi retroattive. In particolare, il legislatore nazionale, che, come detto, in ambiti diversi da quello penale, può introdurre norme retroattive, è soggetto a diversi limiti, enucleabili sia rispetto al nostro contesto costituzionale, sia rispetto alla giurisprudenza comunitaria e alla salvaguardia delle norme della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

La giurisprudenza costituzionale e sovranazionale sviluppatasi in materia di leggi retroattive ha negli ultimi anni fatto riferimento, rispettivamente, all'art. 3 Cost. e all'art. 6 della CEDU, come richiamati dall'art. 117, primo comma, Cost., che costituiscono parametri del giudizio di costituzionalità delle leggi.

L'art. 6 CEDU, come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, viene letto in rapporto alle altre disposizioni costituzionali e, nella specie, all'art. 3 Cost., secondo gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di efficacia delle norme della CEDU, sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Infatti, la Corte Costituzionale ha affermato che «*la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza*», affinché si realizzi la necessaria «*integrazione delle tutele*» (sentenza n. 264 del 2012), le quali spetta alla Corte assicurare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo. Pertanto, anche quando vengono in rilievo ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale «*deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate*», in quanto «*un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative […] rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero*

per contraddire le stesse loro finalità di tutela» (sentenza n. 1 del 2013). La Corte quindi opera una valutazione «*sistemica e non frazionata*» dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la «*massima espansione delle garanzie*» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012).

Il legislatore – nel rispetto di tale previsione – può emanare norme con efficacia retroattiva, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «*motivi imperativi di interesse generale*», ai sensi della CEDU (ex plurimis, sentenza n. 78 del 2012).

Tuttavia, occorre che la retroattività non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti (*ex plurimis*, sentenze nn. 93 e 41 del 2011) e, pertanto, la Corte Costituzionale ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi attinenti alla salvaguardia di principi costituzionali e di altri valori di civiltà giuridica, tra i quali sono ricompresi «*il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario*» (ex multis sentenze n. 78 del 2012 e n. 209 del 2010).

In particolare, la Corte ebbe già modo di precisare che la norma retroattiva non può tradire l'affidamento del privato, specie se maturato con il consolidamento di situazioni sostanziali, pur se la disposizione retroattiva sia dettata dalla necessità di contenere la spesa pubblica o di far fronte ad evenienze eccezionali (ex plurimis, sentenze n. 24 del 2009, n. 374 del 2002 e n. 419 del 2000).

Del tutto affini sono i principi in tema di leggi retroattive sviluppati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in riferimento all'art. 6 della CEDU[20]. La Corte di Strasburgo, infatti, ha ripetutamente affermato, con specifico riguardo a leggi retroattive del nostro ordinamento, che in linea di principio non è vietato al potere legislativo di stabilire in materia civile una regolamentazione innovativa a portata retroattiva dei diritti derivanti da leggi in vigore, ma il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo sanciti dall'art. 6 della CEDU, ostano, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (pronunce 11 dicembre 2012, De Rosa contro Italia; 14 febbraio 2012, Arras contro Italia; 7 giugno 2011, Agrati contro Italia; 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; 10 giugno 2008, Bortesi contro Italia; Grande Camera, 29 marzo 2006, Scordino contro Italia).

La Corte di Strasburgo ha altresì rimarcato che le circostanze addotte per giustificare misure retroattive devono essere intese in senso restrittivo (pronuncia 14 febbraio 2012, Arras contro Italia) e che il solo interesse finanziario dello Stato non consente di giustificare l'intervento retroattivo (pronunce 25 novembre 2010, Lilly France contro Francia; 21 giugno 2007, Scanner de l'Ouest Lyonnais contro Francia; 16 gennaio 2007, Chiesi S.A. contro Francia; 9 gennaio 2007, Arnolin contro Francia; 11 aprile 2006, Cabourdin contro Francia).

Viceversa, lo stato del giudizio e il grado di consolidamento dell'accertamento, l'imprevedibilità dell'intervento legislativo e la circostanza che lo Stato sia parte in senso stretto della controversia,

sono tutti elementi considerati dalla Corte europea per verificare se una legge retroattiva determini una violazione dell'art. 6 della CEDU: sentenze 27 maggio 2004, Ogis Institut Stanislas contro Francia; 26 ottobre 1997, Papageorgiou contro Grecia; 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society contro Regno Unito.

Le suddette riflessioni sono state espresse dalla stessa Corte Costituzionale con riguardo ad una normativa sottoposta al suo giudizio che, ampliando il novero dei crediti erariali assistiti dal privilegio nell'ambito delle procedure fallimentari, regolava rapporti di natura privata tra creditori concorrenti di uno stesso debitore, con effetti retroattivi, fino ad influire sullo stato passivo esecutivo già divenuto definitivo, superando così anche il limite del giudicato "endo-fallimentare".

La Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, attribuendo rilievo alle seguenti circostanze: il consolidamento, conseguito con il cd giudicato "endo-fallimentare", delle aspettative dei creditori incise dalla disposizione retroattiva; l'imprevedibilità dell'innovazione legislativa; l'alterazione a favore dello Stato – parte della procedura concorsuale – del rapporto tra creditori concorrenti, determinata dalle norme in discussione; l'assenza di adeguati motivi che giustifichino la retroattività della legge.

In ordine a quest'ultimo aspetto, è opportuno sottolineare che, a differenza di altre discipline retroattive recentemente scrutinate dalla Corte costituzionale (sentenza n. 264 del 2012), la giurisprudenza costituzionale evidenzia come le disposizioni censurate non sono volte a perseguire interessi di rango costituzionale, che possano giustificarne la retroattività. L'unico interesse è rappresentato da quello economico dello Stato, parte del procedimento concorsuale. Tuttavia, un simile interesse è inidoneo di per sé a legittimare un intervento normativo come quello suddetto, che determina una disparità di trattamento, a scapito dei creditori concorrenti con lo Stato, i quali vedono ingiustamente frustrate le aspettative di riparto del credito che essi avevano legittimamente maturato.

Pertanto, la disciplina di legge retroattiva può palesare la sua illegittimità sia per violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., sia per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU, in considerazione del pregiudizio arrecato alla tutela dell'affidamento legittimo e della certezza delle situazioni giuridiche, in assenza di motivi imperativi di interesse generale costituzionalmente rilevanti.

Retroattività e struttura del provvedimento

La retroattività incide sull'efficacia dell'atto, non anche sulla sua validità.

Si è soliti distinguere tra atti amministrativi ad efficacia istantanea (es., una sovvenzione, l'espropriazione) ed atti ad efficacia durevole o prolungata (es., un'autorizzazione commerciale)[21]. La distinzione rileva sotto diversi profili, come quelli relativi al realizzarsi di *condiciones facti*, di estinzione dell'oggetto, o di un termine finale, ecc.

Di qui, la retroattività potrebbe evidenziare qualche influenza anche sulla struttura dell'atto. Di regola, infatti, il provvedimento amministrativo retroattivo possiede tutti gli elementi sostanziali e strutturali di un ordinario provvedimento amministrativo con efficacia *ex nunc* o comunque produttivo di effetti per il futuro.

Nondimeno, può accadere che la retroattività si manifesti *sub specie* di elemento accidentale dell'atto[22]. Sicché l'atto retroattivo assume talora la struttura di atto interamente condizionato o sottoposto ad un termine, per lo più iniziale (es., gli effetti decorrono anticipatamente a far data da…). A questo riguardo in dottrina si parla anche di "clausola di retroattività" apposta al provvedimento che statuisce sull'efficacia anticipata dell'atto[23].

L'atto retroattivo, tuttavia, ove sfavorevole al destinatario, può contenere un'ulteriore clausola volta ad escludere la necessità di una comunicazione personale (art. 21bis l. 241/90: la cd fase procedimentale integrativa dell'efficacia del provvedimento amministrativo), ad eccezione dei provvedimenti sanzionatori che devono sempre essere comunicati personalmente. Ma, come affermato, il provvedimento sanzionatorio non ha comunque efficacia retroattiva.

Come si evidenzierà in seguito, non sarebbe legittimo, inoltre, l'atto retroattivo immotivato, con la conseguenza che tale tipo di atto deve sempre riportare, anche in via relazionale, un'apposita 'motivazione'.

Tutto ciò potrebbe influire sul tipo di rimedi esperibili o sulle modalità di tutela giurisdizionale avverso l'atto.

Il principio della retroattività della condizione costituirebbe la necessaria conseguenza del fatto che i diritti sottoposti a condizione possono circolare ed essere opposti ai terzi. La struttura di atto condizionato potrebbe influire anche a ulteriori fini (ad es., a fini di trascrizione dell'atto nei registri immobiliari, importando una specifica 'annotazione').

Occorre comunque osservare che, benché la condizione operi, di norma, retroattivamente (art. 1360, codice civile)[24], nondimeno numerose sono le sue eccezioni tanto da far dubitare, ad alcuni studiosi, che esista un vero principio di retroattività della condizione. A giudizio di chi scrive, l'istituto della retroattività non si rispecchia integralmente nell'istituto della *condicio facti*. La retroattività, infatti, opera - di regola - rispetto all'intero plesso di effetti che derivano direttamente dal provvedimento. La *condicio facti*, invece, può operare non solo, come l'atto retroattivo, in presenza di un atto già formato e perfezionato, ma anche in parte già produttivo di effetti immediati (quanto meno l'effetto obbligatorio che impone alle parti l'attesa dell'evento futuro ed incerto, al cui verificarsi si produrranno dati effetti). Inoltre gli effetti retroattivi della condizione sono circoscritti alla condizione di tipo sospensivo e vanno ricondotti, per gli amanti delle categorizzazioni, alla cd retroattività per natura e reale, perché, pur essendo la retroattività configurata per legge, tuttavia essa è volontariamente apponibile e le parti, nell'ambito della propria autonomia negoziale o discrezionalità, potrebbero disciplinare la decorrenza degli effetti in modo diverso. Anche il provvedimento amministrativo potrebbe contenere prescrizioni volte a far retroagire tutti i propri effetti ad un momento precedente la costituzione della fattispecie ovvero contenere solo alcune prescrizioni retroattive. In quest'ultimo caso, non può – a rigore – parlarsi di provvedimento amministrativo retroattivo *tout court*, in quanto è possibile che la massima o la maggior parte dei suoi effetti si producano immediatamente. Decisiva, pertanto, sarà l'interpretazione del contenuto dispositivo dell'atto, con riguardo al tipo e alla 'quantità' e alla 'qualità' degli effetti che si vogliono far retroagire. Ciò inciderà, per conseguenza, sulle forme di tutela esperibili, non tutte collegate ad azioni meramente conservative o cautelari, come invece accade in presenza di atto interamente condizionato.

Retroattività e attività negoziale della PA

Come noto, la Pubblica Amministrazione può agire in via amministrativa autoritativa e non autoritativa ovvero utilizzando mezzi e strumenti di diritto privato, in funzione dello scopo perseguito (art. 1, comma1bis, l. n. 241/90, e s.m.i.)[25].

Tale versatilità dell'azione amministrativa impone una verifica, di volta in volta, delle regole di retroattività onde accertare se dovranno applicarsi quelle di tipo pubblicistico ovvero quelle di tipo privatistico.

Il dilemma diviene evidente nelle ipotesi peculiari di cui all'art. 11 e 15, l. 241/90, in materia di accordi ad oggetto pubblico, ossia in presenza di attività amministrativa non autoritativa di tipo convenzionale o negoziale. In particolare, l'art. 11, che ha subito diverse modifiche nel tempo, configura i cd accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo[26]; l'art. 15, rubricato 'accordi fra pubbliche amministrazioni', configura quelli che la dottrina chiama i cd accordi orizzontali[27], in contrapposto ai precedenti annoverati tra gli 'accordi verticali', cioè tra pubblica amministrazione e privati. Ma i dubbi permangono anche in altri settori dell'attività pubblica, come, ad esempio, quella relativa ai rapporti di servizio, ed in specie agli incarichi di tipo onorario.

Trattandosi di contratti di diritto privato, la disciplina civilistica sarà direttamente ed integralmente applicabile; trattandosi di attività convenzionale (accordi ad oggetto pubblico), occorre fare applicazione dei "*principi in materia obbligazionaria e contrattuale*" e, quindi, occorre verificare, caso per caso, se trovino applicazione, in tutto o in parte, le regole civilistiche o amministrative, a seconda della tesi che si vuol seguire circa la loro natura giuridica. Salva, in ogni caso, la diversa disciplina specifica (es., art. 34, commi 2 e 7, TUEL).

Si pensi, ad es., all'annullamento d'ufficio di una cd concessione-contratto ovvero alla possibilità che la stessa sia oggetto di risoluzione negoziale. Nel primo caso, troverà applicazione la disciplina di cui al capo IV bis della l. n. 241/90, ed in particolare la parte concernente le condizioni di cui all'art. 21nonies. In tale ipotesi, la pubblica amministrazione può unilateralmente decidere di annullare il provvedimento iniziale, ove ne ricorrano le condizioni, travolgendo retroattivamente il rapporto medio tempore instaurato con la controparte e con effetti *erga omnes* (cd retroattività reale); nel secondo caso, si applicano le regole generali ex art. 1458 Codice Civile, per cui la retroattività è sempre obbligatoria (valevole, cioè, solo tra le parti e non opponibile a terzi, che faranno salvi i propri acquisti).

Diversi più in generale i rimedi esperibili avverso contratti e accordi amministrativi: nel 1° caso, un'impugnativa negoziale (ad es., un'azione di risoluzione volontaria; un'azione di annullamento negoziale ex art. 1445, da combinare con quanto dispone l'art. 2652, n. 6, Codice Civile, per i beni immobili); nel secondo caso, anche una delle azioni di cui all'art. 29ss., cpa in sede giurisdizionale ovvero le forme di tutela di giustizia amministrativa (ad es., un ricorso straordinario al Capo dello Stato), di cui ricorrano condizioni e presupposti.

L'atto privato non è assoggettato alle regole formali dell'atto amministrativo e la sua formazione esula da un contesto procedimentale. Di conseguenza, non è possibile fare esclusiva applicazione, con riguardo all'atto privato, delle regole di imparzialità e buona amministrazione (e dei loro numerosi corollari) in quanto afferenti all'esercizio di un'attività amministrativa, ma, piuttosto, delle regole civilistiche *inter partes* (es., diligenza ex art. 1175, cc; buona fede ex artt. 1337-8, CC).

Diverse anche le regole di responsabilità civile: se il danno derivante da una disposizione retroattiva ha natura contrattuale, troveranno applicazione le relative regole (in tema di onere della prova; di prevedibilità; di quantificazione; ecc.); se il danno è cagionato da una disposizione amministrativa retroattiva, occorre stabilire la natura della responsabilità in cui incorre la Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi, che, come noto, è oggetto di discussione (contrattuale, extracontrattuale, speciale), e poi applicare le relative regole.

In dati casi, peraltro, l'accordo risulta soggetto a regole tipicamente pubblicistiche anche in fase esecutiva, come quelle in tema di controlli, che sono annoverati tra gli atti retroattivi per natura (con tutte le conseguenze che tali atti comportano, in specie, sul piano della tutela, su cui si veda *infra*). In particolare, lo strumento convenzionale, ove si ponga come fonte di spesa, comporterà anche l'assoggettamento alle regole economico-contabili o finanziario-contabili dei soggetti che vi ricorrono.

Rispetto alla tutela dei terzi, va osservato che, come in diritto civile vige il principio di relatività dei contratti per cui questi non possono né nuocere né giovare ai terzi (*argumenta* ex artt. 1372 e 1411, Codice Civile), allo stesso modo vige in diritto amministrativo il principio che l'atto amministrativo è *res inter alios acta*. La regola è in genere addotta per delimitare i casi in cui il provvedimento amministrativo disponga per il futuro (es., un'autorizzazione o una concessione a svolgere una data attività non può limitare o escludere senza ragione le posizioni acquisite da soggetti finitimi o che svolgano la medesima attività), ma tale principio può estendersi anche all'ipotesi in cui gli effetti dell'atto vengano fatti retroagire incidendo sulle situazioni giuridiche di terzi posti nelle medesime condizioni.

Diversa infine la giurisdizione, a seconda del cd *petitum sostanziale* e della *causa petendi*, con ripercussioni di vario tipo (es., in tema di termine, prescrizionale o decadenziale, per agire). Bisogna considerare, peraltro, che, secondo le note indicazioni della Corte Costituzionale, ove si agitino solo diritti soggettivi e non vi è alcun tratto di esercizio di potere amministrativo autoritativo, neanche mediato, può esservi solo giurisdizione del giudice ordinario, mentre, negli altri casi, occorre che il giudice adito (e le parti) valuti di volta in volta in sede di giurisdizione amministrazione di legittimità ovvero, in sede di giurisdizione amministrativa esclusiva, prevista sempre dalla legge.

Incidentalmente si osservi che una disciplina processuale peculiare, invece, è prevista per la differente ipotesi dei contratti ad evidenza pubblica. Per questi sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo solo con riferimento alla formazione del contratto, mentre la fase esecutiva è devoluta alla cognizione del Giudice ordinario, trattandosi di controversia di diritto civile in cui vengono in rilievo diritti soggettivi (rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario in base al tradizionale criterio di riparto); per gli accordi ex art. 11 e 15 della l. n. 241/1990 non esiste invece alcun problema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, in quanto tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi in esame sono riservate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo (art. 11, comma 5, della l. n. 241/1990 ed, attualmente, art. 133, comma 1, lett. a), punto 2, del c.p.a.).

In definitiva la disciplina privatistica risulterà compatibile con quella dell'atto amministrativo, venendosi a giustapporre in modo integrativo o complementare (art. 11, l. 241/90) ovvero in quanto compatibile (art. 15, comma 2, l. 241/90). Ne segue che, per fare un esempio, se l'accordo avesse ad oggetto l'accertamento di una *res dubia* dovrà stabilirsi in via interpretativa se farsi applicazione delle regole in materia di retroattività civilistica o amministrativa.

Tale interpretazione dovrebbe avere riguardo non tanto agli aspetti formali o soggettivi del rapporto, ma nasce altresì il dubbio che, con riferimento alla retroattività, debba farsi riferimento ad altri elementi quale, in particolar modo, l'elemento funzionale (causa) del rapporto in base agli interessi concreti da tutelare. La retroattività, infatti, riguardando gli 'effetti' del rapporto, sembra non avere attinenza con gli aspetti causali deliberati a monte che, ove mancanti o claudicanti o viziati, dovrebbero incidere, almeno di regola, sulla validità del rapporto, travolgendolo integralmente.

Perciò, la scelta (discrezionale) di far retroagire gli effetti del rapporto o dell'accordo, se anche fossero collegati alla corretta gestione concreta degli interessi pubblici o privati, potrebbe dipendere da esigenze diverse, ed in particolare da quelle derivanti dall'oggetto del rapporto, da intendersi sotto il profilo delle prestazioni obbligatorie o reali concordate.

Di conseguenza, i vizi o gli errori legati alla scelta di far retroagire gli effetti del rapporto vanno valutati in relazione al tipo e alla entità della prestazione a cui il soggetto debitore sarà tenuto. Se questa incide sfavorevolmente sulla sua sfera giuridica, la lesione sarà quanto meno produttiva di danno.

La ragione di tale impostazione andrebbe ricercata proprio nella recentemente ritenuta non incompatibilità tra potere amministrativo e contratto: l'atto dell'amministrazione, che esprime l'adesione alla procedura negoziata, è un atto soggetto alle regole proprie del regime pubblicistico esercitabile con atti unilaterali; non è unilaterale, invece, la fonte di produzione degli effetti giuridici, che deriva dalla convergenza di due diverse manifestazioni di volontà aventi ognuno le proprie regole di formazione e valutazione[28].

Ciò importa un arretramento delle scelte autoritative (in specie traducentisi in atti retroattivi per disposizione unilaterale) a vantaggio delle scelte convenzionali, che sono mezzo di governo del 'disordine organizzativo' in cui versa l'attuale Stato pluriclasse[29] e strumento che possiede in sé la garanzia della sua attuazione, in quanto posto in essere dai soggetti che l'hanno voluto.

Paradossalmente, sembra aprirsi uno spettro di possibilità di gestione degli interessi pubblici grazie allo strumento convenzionale maggiore di quanta se ne avrebbe utilizzando l'atto amministrativo autoritativo ed unilaterale o l'atto privatistico *tout court*.

Complici di tali possibilità sono la sempre più pressante spinta dell'ordinamento comunitario ad imporre modelli nuovi e, oseremmo dire, una strisciante propensione al passaggio o all'interscambio tra esigenze proprie della *civil law* o della *administrative law*, fondate su necessità codicistiche o legalistiche, e quelle della *common law*, fondate sul ricorso al precedente, alla pratica giurisprudenziale.

Si pensi, in particolare, ai cd atti di accertamento. La disciplina è diversa in diritto civile e in diritto pubblico. In diritto civile, infatti, tali atti, *sub specie* di negozi bilaterali, sono oggetto di discussione, in quanto non ricavabili dalle funzioni indicate dall'art. 1321 Codice Civile ed in quanto la funzione accertativa si ritiene essere propria solo ed esclusivamente dell'Autorità Giudiziaria[30]. In diritto pubblico, invece, la funzione certativa, volta a creare certezze giuridiche valevoli erga omnes, è senza fallo riconosciuta alla pubblica amministrazione, che può esercitarla in via unilaterale, ed anche ad opera di soggetti privati a cui è stata eccezionalmente demandato l'esercizio di funzioni amministrative.

La dottrina, inoltre, ritiene di poter distinguere, sia in diritto civile che in diritto pubblico, tra gli accertamenti costitutivi e gli accertamenti con effetti dichiarativi: solo questi ultimi hanno efficacia retroattiva. In tal caso, la pubblica amministrazione svolge un accertamento che cade su una situazione pregressa e quindi opera in via retroattiva[31].

Accogliendo tale impostazione potrebbe ammettersi che ciò che la pubblica amministrazione non può fare in via contrattuale privatistica, ove opera su un piede di parità con la controparte, né in via unilaterale, cioè autoritativa se non nei casi tipicamente previsti dalla legge e nei limiti dell'ordinamento, potrebbe invece farlo in via convenzionale. Ammettendo infatti che la funzione di accertamento retroattiva possa esercitarsi anche per accordi pubblicistici, in tal caso essa è attivabile, con maggiore ampiezza di contenuti, previo consenso delle parti, salvi i casi di divieti espressi o di iniquità manifesta.

Ciò che caratterizza gli accordi ad oggetto pubblico, infatti, almeno secondo una data impostazione, è in via generale l'assenza di patrimonialità, cioè la circostanza che le relative prestazioni non sono necessariamente suscettibili di valutazione economica.

Si potrebbe richiamare, ad ulteriore esempio, la possibilità di disciplinare diversamente gli effetti dell'annullamento discrezionale, laddove si aderisca all'orientamento recente che, in un'ottica sostanzialistica e di effettività della tutela, consente all'interprete, non solo giurisdizionale, di effettuare una più efficiente, efficace ed economica gestione degli interessi pubblici e privati (su tali aspetti si veda, in dettaglio, il paragrafo dedicato agli atti di secondo grado).

Aderendo invece alla tesi privatistica in materia di accertamento, prevalente anche in giurisprudenza[32], e ritenendola applicabile agli accordi pubblicistici, in quanto espressiva di un principio in ambito obbligazionario, la convenzione di accertamento sarebbe ammissibile solo ove abbia ad oggetto diritti disponibili e fatti salvi i diritti dei terzi, per i quali il contratto o il negozio si pongono sempre di regola come *res inter alios acta*. Tale negozio ha, peraltro, un'efficacia dichiarativa, accertando il contenuto di una situazione giuridica precedente. Esso non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici ivi previsti, ma rende definitive ed immutabili situazioni effettuali già in stato di obiettiva incertezza, vincolando le parti ad attribuire al rapporto precedente gli effetti che risultano dall'accertamento e precludendo loro ogni pretesa, ragione od azione di contrasto con esso.

Retroattività discrezionale. Limiti

Come detto, è possibile che lo stesso provvedimento fissi termini retroattivi per determinazione discrezionale. Per parte dottrina, è questa la retroattività in senso proprio, in quanto non proveniente da norme giuridiche, siano esse scritte o non scritte (cd retroattività per disposizione espressa). Tale retroattività incontra tuttavia diversi limiti.

La regola generale è che il provvedimento amministrativo non è retroattivo non solo in base agli argomenti già addotti (art. 11, preleggi), ma anche in base all'art. 2, l. 241/90, che, fissando termini certi di conclusione del procedimento, presuppone logicamente l'irretroattività degli effetti dell'atto amministrativo, salvo che vi sia una norma che la disponga. Tradizionalmente, sono individuati tre limiti naturali[33]: a) le posizioni soggettive dei terzi; b) la preesistenza dei presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'emanazione dell'atto fin dalla data a cui si vogliono far risalire gli effetti; c) i fatti già avvenuti in epoca anteriore, che non possono venir meno (*factum infectum fieri nequit*). Ad esempio, la retroattività non è ammessa per gli atti ablatori che incidono sfavorevolmente nella sfera

giuridica del destinatario e comunque la retroattività non può mai ammettersi prima del verificarsi dei presupposti di fatto che condizionano l'efficacia di quell'atto.

La retroattività discrezionale può quindi ammettersi solo per gli atti favorevoli alla sfera del destinatario su cui incidono[34]. La giurisprudenza trae tale argomento per analogia dagli artt. 1399 e 1445 Codice Civile, che tutelano la buona fede del destinatario[35]. La retroattività è legittima, inoltre, in quanto assicuri il soddisfacimento dell'interesse con riguardo alla data della sua costituzione. L'affermazione in tema di retroattività di atti favorevoli va comunque circoscritta. L'atto infatti potrebbe essere favorevole ma nondimeno presentare profili di illegittimità[36].

Un problema peculiare riguarda i limiti di fatto per l'operatività della retroattività di dati atti ove essa si scontri con effetti già prodotti, con situazioni già consolidate. Ad es., si annulla un concorso pubblico con cui sono stati assunti funzionari alle dipendenze di una pubblica amministrazione. I soggetti hanno assunto servizio, hanno prestato attività lavorativa (di cui la pubblica amministrazione si è giovata) e han percepito la retribuzione.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte posto in rilievo che la regola di irretroattività dell' azione amministrativa è espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltreché del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato (quali quelli introduttivi di prestazioni imposte: es., obblighi tariffari), impedisce di incidere unilateralmente e con effetto "*ex ante*" sulle situazioni soggettive del privato[37]. Alla categoria in parola possono ascriversi i cd rapporti esauriti, quali quelli derivanti da giudicato, da un atto amministrativo non più impugnabile, ovvero da una prescrizione o da una decadenza[38]

Le suddette conclusioni trovano codifica nell'art. 21 bis della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 14 della l. n. 15/2005. In base a tale disciplina, infatti, l'efficacia del provvedimento limitativo inizia a decorrere normalmente *ex nunc* dal momento della comunicazione personale al destinatario e comunque con la piena conoscenza dell'atto, sia esso favorevole che sfavorevole, come si ricava dal regime del ricorso al Giudice Amministrativo.

Tra i limiti di fatto della retroattività, vanno annoverati anche quelli derivanti dal necessario coordinamento con le previsioni di bilancio.

In tema di erogazione di contributi finanziari correlati alla programmazione di spesa, ad esempio, deve ritenersi che, in mancanza di apposite previsioni normative atte ad estendere retroattivamente la nuova disciplina anche alle domande pregresse, non possa legittimamente operarsi tale estensione, ponendosi, altrimenti, gravi problemi di copertura di bilancio relativi alle pratiche istruite, ma non ancora definitivamente formalizzate[39]. Il problema si rannoda, eventualmente, alla estensione degli effetti (favorevoli) del giudicato di annullamento del provvedimento amministrativo a soggetti che non sono stati parti del giudizio, su cui si veda il paragrafo relativo ai rapporti con gli atti di secondo grado. La relativa condotta pertanto potrebbe rilevare, se illecita, anche ai fini della configurazione di un pregiudizio erariale.

Ma, come già detto, la retroattività del provvedimento amministrativo è disciplinata anche da altri due principi generali.

Il primo si fonda sul brocardo che *factum infectum fieri nequit* (il fatto non compiuto non può considerarsi come avvenuto: quindi, il fatto che invece è stato compiuto resiste alla sua rimozione, i

suoi effetti non sono eliminabili)[40]. Tale regola opera tuttavia non sul piano del diritto, ma sul piano fattuale. Il secondo si fonda su un generale principio di buona fede oggettiva o di affidamento, volto a tutelare i terzi che in buona fede hanno appunto dato esecuzione all'atto successivamente travolto. Il primo principio trova applicazione in tutti quei casi in cui dati fatti rispondono ad un preminente interesse pubblico, tanto che non possono essere rimossi, anche se si sono verificati '*injure*'.

Per es., realizzata ed aperta una strada pubblica, essa diviene vincolata alla sua destinazione non rimuovibile per fatti di diritto comune (art. 828, Codice Civile). Perciò, se è annullato il provvedimento di espropriazione in base a cui è stata realizzata la strada, la strada non può comunque essere rimossa né il proprietario può ottenerne la restituzione.

Nondimeno, è stata prospettata anche una diversa soluzione (A.P., Cons. St., 29/4/2005, n. 2).

In passato, la giurisprudenza amministrativa più risalente (ex multis: Cons St., IV, 17/1/1978 n. 14 e 19/12/1975, n. 1327) conosceva l'istituto dell'espropriazione in sanatoria, rivolta ad assicurare ad opere pubbliche realizzate in virtù di occupazione d'urgenza scaduta o di occupazione abusiva la possibilità di sanatoria, appunto, in forza di un decreto di espropriazione emesso ex post, dotato di efficacia retroattiva. Tale giurisprudenza, idonea per un verso a "regolarizzare" la situazione proprietaria del bene in capo all'amministrazione, palesava peraltro, proprio a causa dei suoi effetti retroattivi, limiti sul versante della tutela del privato, soprattutto sotto il profilo dei rapporti tra risarcimento del danno e indennità di espropriazione. La Corte di cassazione fu, pertanto, indotta a elaborare un istituto volto a contemperare i problemi legati alla perdita della proprietà con il riconoscimento di un'adeguata riparazione sul piano economico del proprietario. Così, con una "inversione" della fattispecie civilistica dell'accessione, intesa come modo di acquisto della proprietà, fu elaborata la figura pretoria dell'occupazione appropriativa (o accessione invertita) (Cass. Civ., Sez. Unite, 26/2/983, n. 1464), che lega tra loro acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione e realizzazione dell'opera pubblica; mentre gli ulteriori successivi sviluppi giurisprudenziali hanno consentito di distinguere da tale ipotesi e assoggettare a diversa disciplina quelle che sono state definite occupazioni usurpative (Cass. Civ.,18/2/2000, n. 1814; Cass. Civ., 28/3/2001, n. 4451), caratterizzate dalla radicale mancanza di un titolo pubblicistico legittimante. L'elaborazione giurisprudenziale in esame, sostanzialmente condivisa anche dalla prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato, oltre a manifestare non pochi punti di incertezza in diritto (si pensi solo alla tematica del rapporto tra risarcimento e indennizzo e ai problemi inerenti alla prescrizione), presentava e presenta aspetti problematici anche con riferimento alla individuazione del momento in cui l'opera pubblica possa ritenersi realizzata (e conseguentemente ed irreversibilmente acquisito il suolo alla proprietà pubblica). E' proprio da casi italiani - concernenti due diverse fattispecie, in cui l'apprensione materiale del terreno, legittima *ab initio*, era divenuta illegittima, nell'un caso per scadenza dei termini nell'altro per annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità - che trae origine la nota vicenda che ha condotto la Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere il nostro quadro normativo non aderente alla Convenzione europea e, in particolare, al Protocollo addizionale n.1 (sentt. 30 maggio 2000, rich.n.24638/94, Carbonara e Ventura, e 30 maggio 2000, rich. n. 31524/96, Società Belvedere Alberghiera, resa in relazione alla decisione dell'Adunanza plenaria 7 febbraio 1996 n.1). Nell'ambito del nostro ordinamento le idee affermate dalla Corte dei Diritti dell'Uomo hanno trovato attuazione nella disciplina alla quale si è dato vita con il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. sulle espropriazioni). A seguito di apposita dichiarazione di incostituzionalità, è stato introdotto, allo scopo di disciplinare la situazione "*in assenza di valido ed efficace provvedimento di dichiarazione di pubblica utilità*", l'art. 42bis nel dpr citato, il quale esclude espressamente l'effetto retroattivo dell'acquisizione. L'articolo 43 del testo unico, nel disciplinare la

"*utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*", stabilisce inoltre che "*valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di espropriazione o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni*". Ciò, vuol dire, in definitiva, che l'annullamento potrebbe anche comportare un obbligo di restituzione, ove l'amministrazione non abbia scelto di acquisire al proprio patrimonio il bene in base alla detta disciplina.

In definitiva, comunque, ciò che si vuol mettere in evidenza è che, in tale ipotesi, la retroattività dell'atto di annullamento ha un limite insuperabile e necessariamente importa la sua sostituzione con rimedi alternativi a carattere autonomo, quali la restituzione o il risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale[41].

Quanto al principio di buona fede, qui occorre specificare meglio le impostazioni della giurisprudenza tradizionale, che richiama la disciplina degli artt. 1399 e 1445 cc[42]. Esso viene articolato nella versione oggettiva, fondandosi su una clausola generale di correttezza e lealtà nei comportamenti che si specifica nelle obbligazioni e nei contratti (artt. 1175 e 1375 Codice Civile), ma che trova applicazione in via generale a tutti i consociati, in base all'art. 2, Cost.

Da tali regole discende una determinata situazione giuridica soggettiva, detta legittimo affidamento, già nota alle fonti comunitarie e che è stata anche da noi recepita ai sensi dell'art. 1, comma 1bis, l. 241/90, per effetto del richiamo ai principi di diritto comunitario ivi contenuto[43]. Per autorevole opinione, il legittimo affidamento trova più esattamente fondamento nel cd divieto del *venire contra factum proprium*. Esso infatti opera allorché taluno, la pubblica amministrazione in particolare, abbia agito in modo scorretto, utilizzando, in particolare, un comportamento contraddittorio.

Quindi si potrebbe dire che il legittimo affidamento si fondi sulla altrui scorrettezza/correttezza, a seconda della prospettiva usata.

Inoltre, chi ha dato esecuzione ad un provvedimento amministrativo ha agito nella presunzione della legittimità dell'atto, con la conseguenza che non gli si può opporre l'annullamento dell'atto al fine di rimuovere effetti già prodottosi nella sua sfera giuridica, soprattutto se favorevoli. Così, il funzionario assunto con concorso poi annullato non deve restituire le somme percepite e la pubblica amministrazione non avrebbe azione di ripetizione contro costui, applicandosi la disciplina di cui all'art. 2126, Codice Civile (Cons St., 27/3/2009, n. 1834, in www.giustizia-amministrativa.it). Per quanto concerne gli atti compiuti dal funzionario che ha perduto la propria legittimazione, essi sono validi ed efficaci, in base alla teorica del funzionario di fatto volta alla conservazione degli atti compiuti. Ciò costituisce un'ulteriore limite alla retroattività dell'atto.

Alle suddette osservazioni occorre aggiungere anche qualche riflessione ulteriore circa gli aspetti procedimentali e formali del provvedimento discrezionale retroattivo[44].

Gli effetti della R., infatti, possono riflettersi anche nella forma dell'atto ovvero nella sua motivazione ovvero ancora nel procedimento amministrativo in cui l'atto è formato.

Quanto alla forma, risulta necessaria la forma scritta o equiparata, dal momento che l'atto amministrativo potrebbe incidere sulla sfera giuridica altrui. Particolare risalto dovranno avere gli oneri motivazionali, che subiranno un rafforzamento[45]. Anche sul piano procedimentale sarà

necessaria un'adeguata istruttoria, nei limiti del divieto di aggravamento, e alcuni oneri peculiari, come quelli relativi alla comunicazione di avvio del procedimento.

La differenza può cogliersi in confronto, in particolare, con l'attività privatistica della pubblica amministrazione, laddove sia stipulato un contratto ad effetti retroattivi: in tal caso non rileva l'onere motivazionale né quello procedimentale, rilevando invece l'autonomia negoziale delle parti. Ma la differenza potrebbe cogliersi anche rispetto ai cd contratti ad oggetto pubblico (di cui *supra*). Qui come visto si discute se siamo in presenza di ipotesi contrattuali o di rapporti convenzionali a cui si applicano esclusivamente i principi in materia obbligazionaria e contrattuale. In tali casi, si pone il diverso dubbio di come inquadrare giuridicamente le ragioni che stanno alla base della volontà di far retroagire gli effetti del rapporto giuridico. In particolare, bisogna chiedersi se, anziché di motivazione, possa parlarsi di 'motivi' rilevanti (tradizionalmente, invece, ritenuti irrilevanti) ovvero dare rilievo ad un dato atteggiamento *in concreto* della causa negoziale.

A questo riguardo sembra opportuno evidenziare l'esistenza di un particolare limite alla retroattività, se non altro perché ne parla autorevole dottrina[46]. Secondo tale dottrina, si ammettono due sole eccezioni alla regola della irretroattività: quando vi è il consenso degli interessati e quando il provvedimento produce situazioni di vantaggio senza ledere gli interessi dei terzi. Sulla seconda si è già detto. Sulla prima, occorre invece spendere qualche riflessione in quanto, secondo la detta dottrina, essa non richiederebbe illustrazione. In realtà, il consenso degli interessati incontra a sua volta vari limiti, non essendo riscontrabile, di norma, né nella retroattività per legge né in quella per natura. Il consenso inoltre non può riguardare i diritti o gli interessi indisponibili né trovare applicazione, per incompatibilità naturale, in dati ambiti dell'attività amministrativa (ad es., nelle ipotesi degli atti ablatori personali, stante la natura iussiva dell'atto). Va poi sottolineato che il termine consenso può avere, per quanto ci riguarda, due principali significati impiegabili. Il primo è consenso inteso come autorizzazione (si pensi, ad esempio, al cd consenso informato); il secondo è il *consensus* in senso negoziale. Perciò, potrebbe trovare applicazione sia nei casi di provvedimenti amministrativi dal contenuto dispositivo discrezionale (specie nel primo significato); sia nell'attività convenzionale o negoziale della pubblica amministrazione.

Retroattività dei tetti di spesa sanitaria

Vediamo ora un'applicazione particolare della materia in esame. Un argomento di rilievo riguarda la retroattività in materia di programmazione sanitaria ad opera delle Regioni. L'ipotesi va ricondotta alla cd retroattività per disposizione espressa o discrezionale. Ci si chiede se siano legittime le determinazioni dell'Ente Regione che, emanate spesso in corso d'anno, stabiliscano i tetti massimi di spesa applicabili, in via retroattiva, anche alle prestazioni già rese dalle strutture private accreditate (art. 8, comma 7, dlgs 30/12/1992, n. 502).

Le Regioni, nell'esercitare tale potestà programmatoria, godono di ampio potere discrezionale, onde bilanciare interessi diversi: l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate e quindi la tutela del loro diritto alla salute (art. 32 Cost.), le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale e l'assicurazione dell'efficienza delle strutture pubbliche, che costituiscono un pilastro del nostro sistema sanitario di tipo universalistico e non più mutualistico, come era in passato.

Il principio della necessaria programmazione sanitaria è attuato con l'adozione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda

quantitativa delle prestazioni mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni. Tale piano preventivo, previsto inizialmente per le sole aziende ospedaliere (articolo 6, comma 5, l. 23/12/94, n. 724), è stato esteso dall'articolo 2, comma 8, della l. finanziaria 28/12/95, n. 549 a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati.

Il principio della pianificazione preventiva è stato poi confermato, con significative modifiche, dall'art. 1, comma 32, della l. finanziaria 23/12/1996, n. 662. Peraltro, il modello di programmazione sanitaria vigente è bifasico. In una prima fase, la pubblica amministrazione esercita la potestà programmatoria mediante un atto obbligatorio, a carattere generale ed autoritativo; in una seconda fase, segue una negoziazione su base territoriale (art. 8bis, e 8quinquies, dlgs n. 502/92 cit.).

Come detto, il problema importa in primo luogo la necessità di coniugare il diritto alla salute degli individui e la prescritta programmazione economica del settore. In giurisprudenza costituzionale, si afferma che il diritto alle prestazioni sanitarie si presenta finanziariamente condizionato perché: il costo delle prestazioni è posto a carico dell'erario pubblico e sono limitate le risorse per far fronte alla domanda di cure da parte degli assistiti dal Servizio Sanitario Nazionale (SSN)[47]. L'autonomia dei vari soggetti operanti nel SSN deve necessariamente tener conto delle risorse esistenti e delle esigenze di risanamento del debito pubblico[48], prestabilendo i volumi massimi di prestazioni erogabili[49]. Nondimeno il diritto alla salute può essere condizionato purché non se ne scalfisca il nucleo essenziale[50]. A causa dei sempre maggiori vincoli di spesa, il carattere autoritativo della programmazione sanitaria si è progressivamente inasprito, giustificando la determinazione tardiva e perciò retroattiva del *budget* di spesa. Ciò importa l'ulteriore problematica della tutela dei diritti relativi di credito delle imprese accreditate a titolo provvisorio.

Per un primo indirizzo giurisprudenziale[51], la fissazione tardiva e retroattiva dei tetti di spesa è illegittima, perché impedisce agli operatori del SSN di programmare la propria attività. La retroattività che modifichi *in pejus* la disciplina dell'anno precedente finisce per ledere l'autonomia e l'integrità delle scelte d'impresa, ed in definitiva il loro legittimo affidamento. Ne risulterebbe alterato l'intera sistema concorrenziale in tema di sanità. In definitiva sarebbe illegittimo l'atto retroattivo che riduca i limiti di rimborso annuali a molta distanza dalla entrata in vigore della disciplina di riferimento.

Per altro indirizzo prevalente[52], la fissazione tardiva e retroattiva di limiti di spesa e quindi al rimborso non è illegittima, anche se effettuata in fase avanzata dell'anno, perché non impedisce agli interessati di disporre comunque di una disciplina regolatrice della loro attività. Le strutture private, che erogano prestazioni per il SSN nell'esercizio di una libera scelta, potranno aver riguardo - finché non sia adottato un provvedimento definitivo dei tetti – all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie relative all'anno in corso.

La tutela dell'affidamento degli operatori privati richiede che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disp.ni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno.

Più in generale, la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi

in rilievo, ed esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli[53].

Retroattività e atti conseguenziali

Altro problema riguarda l'operatività dell'efficacia retroattiva rispetto agli atti conseguenziali di quello successivamente travolto[54].

E' annullato il concorso pubblico per entrare alle dipendenze di una pubblica amministrazione, ma nel frattempo sono emessi altri atti (es., graduatoria di nomina dei vincitori) perfetti ed efficaci. Ci si chiede se decadano automaticamente o se invece vadano impugnati o se ricorra un'altra soluzione. O ancora: è annullato il piano urbanistico, ma nel frattempo sono emanati i piani attuativi e, in base a questi, le concessioni e le autorizzazioni edilizie.

Si tratta di questioni alquanto discusse che rilevano anche in sede di invalidità degli atti. In giurisprudenza, si ritiene che l'annullamento dell'atto presupposto comporti la caducazione degli atti conseguenziali[55]. Questo accade in particolare se l'atto conseguenziale non è autonomo ed è di mera esecuzione: esso viene certamente travolto[56]; o se l'atto annullato non solo è un presupposto di validità dell'atto successivo, ma di esistenza.

Laddove invece tale effetto non può prodursi data la minore intensità del nesso ovvero quando fra l'atto presupposto e conseguenziale si frapponga un terzo atto che sia frutto di scelta discrezionale della pubblica amministrazione[57], l'annullamento di tali atti può avvenire solo d'ufficio[58] ovvero richiedere un'autonoma impugnativa giurisdizionale da parte del soggetto che assume di essere leso. In tali ipotesi si tende a preferire la soluzione di una doppia impugnativa (dell'atto presupposto e conseguenziale), pena l'acquiescenza circa l'atto viziante presupposto e la conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso contro l'atto conseguenziale.

In tali casi, si suole quindi escludere un effetto retroattivo reale ricorrendo un caso di retroattività obbligatoria, che in genere si traduce in un obbligo di risarcimento a carico del beneficiario della situazione costituitasi medio tempore e che il fatto o atto ulteriore non riesce a cancellare integralmente. Si pensi all'annullamento dell'aggiudicazione a cui il giudice amministrativo non fa seguire anche la dichiarazione di inefficacia del contratto nel frattempo stipulato: il ricorrente vincitore nel giudizio non può sostituirsi all'originario aggiudicatario come contraente ma può soddisfarsi solo attraverso il risarcimento del danno subito e provato[59] (art. 124, dlgs n. 104/10 e s.m.i.).

Un'ulteriore manifestazione tipica di retroattività obbligatoria si ha quando l'effetto retroattivo è subordinato ad una serie di adempimenti procedimentali complessi (annullamento di atti già efficaci; adozioni di atti volti a sistemare situazioni rimosse; atti di impegno di spesa, ecc.). Tali adempimenti possono essere affidati, ove ne ricorrano le condizioni, ad un commissario ad acta.

Retroattività e atti di controllo

Tra gli atti retroattivi per natura meritano attenzione particolare gli atti di controllo amministrativo. Secondo l'impostazione tradizionale[60], gli atti di controllo rientrano nella categoria residuale e strumentale (cd accessività degli atti di controllo) degli atti che non sono provvedimenti amministrativi, con la conseguenza di non essere, di norma, dotati di esecutorietà, di autoritarietà e,

talora, di tipicità e nominatività. Tali atti infatti, essendo per lo più dichiarativi, non incidono direttamente sulla sfera giuridica altrui: quindi, o hanno natura giuridica vincolata o, non rilevando lo scopo della loro emanazione, sono meri atti giuridici. L'affermazione, tuttavia, va presa *cum grano salis*, stante l'ampiezza delle ipotesi riconducibili alle procedure di controllo.

Il termine controllo nelle discipline giuspubblicistiche significa verifica, raffronto tra un dato oggetto (in genere un atto o un'attività) ed un dato parametro o classe di parametri al fine di accertare la conformità del primo ai secondi e di adottare eventualmente misure in relazione all'esito del controllo[61].

La verifica può essere di legittimità o di merito e può cadere su atti o attività o su soggetti o organi. I controlli possono essere ordinari o straordinari nonché interni od esterni[62] rispetto all'amministrazione.

Si discute sulla natura dell'atto degli atti di controllo amministrativi, prevalendo la tesi che siano una manifestazione di giudizio e di volontà ad un tempo. Agli atti di controllo corrisponde dunque una funzione di controllo della PA, stabilita per la necessità di vigilare che gli organi preposti alla cura dell'interesse pubblico realizzino l'interesse stesso in modo corretto, imparziale, efficiente ed efficace. Tale funzione è tradizionalmente distinta da quelle di amministrazione attiva e consultiva, secondo l'opinione di autorevole dottrina, ora peraltro non più attuale, ma comunque utile per illustrare la problematica, al pari di tutte le classificazioni dottrinali o giurisprudenziali.

L'atto di controllo può distinguersi, tra l'altro, a seconda del momento in cui il controllo interviene rispetto all'acquisto dell'efficacia da parte dell'atto controllato. A tal fine i controlli sono *preventivi* se intervengono su un atto già formato (perfetto) ma prima che produca i suoi effetti, condizionandone l'efficacia. E possono essere di legittimità (es., visto) o di merito (es., approvazione) o di entrambi i tipi (es., autorizzazione; omologazione). Essi, secondo l'opinione prevalente, hanno efficacia retroattiva.

I controlli possono essere anche *successivi* se intervengono dopo che l'atto è divenuto efficace: es., l'annullamento dovuto in sede di controllo (da non confondere con l'annullamento in sede di autotutela, che ha natura discrezionale). Anche tali controlli, per l'opinione prevalente, hanno efficacia retroattiva.

Infine possono essere *sostitutivi*, quando l'autorità dotata del potere gerarchicamente superiore accerta l'inerzia dell'autorità inferiore e si sostituisce, anche attraverso un commissario ad acta, ad essa nell'emanazione del relativo provvedimento. In tali casi l'Autorità controllante emana l'atto che l'altra non ha emanato. Qui il controllo cade su un'attività mai svolta in passato, ma non ricorre sempre e necessariamente la retroattività dell'atto emanato in sostituzione.

Esiste peraltro un'ulteriore possibilità, a cui non necessariamente corrisponde un'ulteriore categoria di atti di controllo: si tratta dei controlli *contestuali* o, mutuando l'espressione usata dal legislatore a proposito di dati controlli esterni, rimessi alla Corte dei Conti, *concomitanti*. Tali controlli possono svolgersi in contemporanea all'attività in corso di svolgimento, ma non necessariamente (es., le ispezioni amministrative). In tal caso potrebbe dubitarsi della retroattività dell'atto di controllo.

Va anche messo in evidenza che l'atto di controllo retroattivo non deve confondersi col provvedimento che, all'esito dello stesso, può essere adottato (ad es., una sanzione amministrativa).

Si tratta infatti di poteri fondati su un diverso plesso di norme attributive e, dunque, aventi uno scopo affatto differente. In genere, tale differenza si manifesta con diverse procedure o, in dati casi, procedimenti amministrativi che, per quanto possibilmente connessi o coordinati e vicini nel tempo, seguono regole e discipline diverse e, soprattutto, si traducono in provvedimenti finali di diverso contenuto.

Si parla tuttavia di *controlli sostitutivi o repressivi* con riguardo alle corrispondenti attività (es. scioglimento del consiglio comunale e provinciale ex art. 141 Tuel), in cui si evidenzia non la necessità di far retroagire nel tempo gli effetti del provvedimento che si pone in essere ma la determinazione *ex nunc* di sanzionare determinati atti o comportamenti contrari alla legge, anche a mezzo della nomina di date figure commissariali.

In dettaglio, inoltre, i primi due tipi di controllo (preventivo e successivo) possono essere ad esito positivo o negativo. Autorevole dottrina[63] evidenzia che solo gli atti di controllo positivo sono di regola retroattivi (per natura).

Secondo chi scrive, occorre effettuare alcune precisazioni.

Il controllo preventivo ad esito positivo comporta che l'atto controllato divenga efficace *ex tunc*, cioè dal momento della sua emanazione. In questo caso pertanto la retroattività riguarda più esattamente l'atto oggetto di controllo, mentre l'atto di controllo è un atto ordinario con efficacia *ex nunc*. Aderendo all'impostazione preferibile che l'atto di controllo è manifestazione di giudizio e di volontà, si può affermare infatti che l'atto di controllo (es., il visto o l'approvazione) voglia, disponga (ora) che l'atto verificato (mai efficace) produca dalla sua emanazione (allora) effetti giuridici. Detto altrimenti, l'atto di controllo non produce esso stesso gli effetti giuridici dalla data di emanazione dell'atto controllato (tali effetti peraltro possono essere affatto diversi, riguardando atti con strutture e attività procedimentali completamente diversi), in quanto esso svolge la funzione di rimuovere un ostacolo attuale o di far divenire certo l'evento che questo atto produca i suoi effetti, verificando che l'atto che ne è oggetto risponda ai parametri di legittimità o di merito esistenti al momento del controllo. Si tratterebbe, quindi, per riprendere la terminologia già vista in tema di leggi interpretative retroattive, di un caso di retroattività apparente[64] dell'atto di controllo, ma effettiva per l'atto controllato.

Se inoltre il controllo è preventivo e dà un esito negativo (cioè ritiene che l'atto controllato non rispecchi i parametri di legittimità e/o di merito), l'atto controllato (già perfetto ma mai divenuto efficace) non acquisterà mai efficacia. Né tanto meno potrà parlarsi di retroattività dell'atto di controllo, che non fa retroagire nel tempo i suoi effetti, ma dispone *ex nunc* che l'atto sottoposto al controllo non diverrà mai in futuro efficace, poiché, al momento della verifica, i parametri di legittimità o di merito non erano conformi. Anche in questo caso, pertanto, occorre parlare di "retrospettività"[65].

Si aggiunga inoltre che anche l'atto di controllo segue un proprio iter amministrativo, che può avere una sua durata. Nondimeno, durante la fase istruttoria, in cui è sottoposto a verifica l'atto controllato, non può parlarsi di retroattività, poiché siamo in presenza di attività endoprocedimentali (che sovente non danno vita neanche ad atti autonomi).

Nel caso di controllo successivo, invece, di retroattività può parlarsi, semmai, solo con riguardo al controllo ad esito negativo[66].

In tal caso, infatti, all'atto già perfetto ed efficace è disconosciuta l'idoneità a produrre i suoi effetti a far data dalla sua emanazione. In definitiva, in caso di controllo successivo, se l'esito è positivo, l'atto controllato *continua* a produrre i suoi effetti già manifestati sin dal momento della sua emanazione, senza che occorra riconoscere efficacia retroattiva all'atto di controllo[67]; se l'esito è negativo, l'atto controllato non produce più i suoi effetti con retroazione dal momento della sua emanazione.

Va anche affermato che le suddette riflessioni appaiono calibrate più che altro sul controllo che cade sugli atti di tipo amministrativo. Ma il controllo può essere esercitato anche su atti, attività o soggetti aventi natura privatistica.

A voler mantenere l'impostazione tradizionale, il controllo che cade su atti o attività pregresse conserva natura retroattiva.

Sappiamo però che la pubblica amministrazione opera anche mediante atti negoziali o convenzionali. In tal caso, l'attività di controllo potrebbe avere essa stessa natura negoziale, oggetto di consenso di entrambe le parti e di specifica previsione contrattuale. In tale evenienza, non solo non si pone un problema di applicabilità delle norme di tipo pubblicistico, ma non si pone neanche un problema di retroattività in senso amministrativo, in quanto, salvo specifiche norme di legge (es., in tema di approvazione dei contratti ad evidenza pubblica ex art. 19, r.d. 18/11/1923, n. 2440), siamo nell'ambito dell'attività contrattuale o negoziale della pubblica amministrazione. Ne segue che la disciplina della retroattività dovrà essere sottoposta ai limiti e alle condizioni già illustrate per le attività privatistiche: in particolare avrà carattere meramente obbligatorio, dovrà essere espressamente prevista dalle parti e avere ad oggetto diritti disponibili. Il dubbio della concreta applicabilità delle regole pubblicistiche in tema di controlli, semmai, riguarderà l'attività relativa agli accordi di diritto pubblico, che, stante la loro ritenuta natura pubblicistica, non sono esclusi, ai sensi degli artt. 11, comma 3, e 15, comma 2, l. 241/90, dall'attività di controllo propria delle pubbliche amministrazioni.

Può poi accadere che la pubblica amministrazione effettui un'attività di controllo su atti o attività meramente privatistici a carattere né negoziale né convenzionale, svolte da soggetti privati. In tal caso, non vi è incompatibilità col potere pubblicistico di controllo (come segnala anche la sovente correlata previsione di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), ma l'esercizio dello stesso non si traduce, di regola, nella retroazione di effetti giuridici dell'atto amministrativo di controllo né nella cancellazione *ex tunc* degli effetti già prodotti dall'attività del privato, quanto nell'accertamento delle condizioni che legittimano la pubblica amministrazione ad esercitare, in caso di riscontrate violazioni, la potestà di vietare o sanzionare con efficacia *ex nunc* l'attività svolta o in corso di svolgimento, in quanto illegittima o illecita.

Si pensi, per fare un esempio, alla materia di cui all'art. 19, l. 241/90. Qui il controllo che la pubblica amministrazione può esercitare è un tipo di controllo 'inibitorio' o di repressione dell'abuso[68]. Altro è invece l'esercizio del potere di autotutela, che non consiste in un'attività di controllo e che è esercitabile come potere generale spettante alla pubblica amministrazione, al di fuori delle ipotesi di controllo. In altri termini, se l'attività del privato è verificata come illegittima, essa lo di per sé è *ab origine*, sicché il controllo successivo o contestuale ad esito negativo ha effetti dichiarativi della detta illegittimità, ma costitutivi *ex nunc* con riguardo al provvedimento inibitorio e/o di repressione. Al riguardo, inoltre, occorre affermare che la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato in adunanza plenaria[69] ha escluso l'ipotesi della retroattività con riguardo all'istituto di cui all'art. 19 cit.

Problema ulteriore riguarda il sindacato sugli atti di controllo, anche a tutela dei terzi. Gli atti di controllo sono a loro volta sottoposti al vaglio di appositi organi. La tesi tradizionale[70] fissa alcuni principi. In primo luogo, il potere di controllo, una volta esercitato nel dato caso, si estingue: non è possibile un ripensamento dell'organo controllante. Un autoannullamento o un'autorevoca sarebbero inammissibili. In secondo luogo, l'atto di controllo ad esito positivo, poiché di natura endoprocedimentale, non è impugnabile autonomamente: può solo proporsi ricorso avverso l'atto controllato in quanto i vizi dell'atto di controllo si trasformano in vizi dell'atto controllato. Gli atti di controllo ad esito negativo sono invece autonomamente impugnabili, perché, impedendo all'atto di amministrazione attiva di acquistare efficacia, sono idonei a creare una lesione nella sfera giuridica altrui. Legittimati a proporre l'impugnativa sono l'ente che ha emanato l'atto soggetto a controllo e i terzi interessati. L'organo di amministrazione attiva può proporre ricorso contro l'atto di controllo negativo (diniego) solo in caso di controllo intersoggettivo, non essendo, di regola, ammissibile alcun ricorso giurisdizionale in caso di controllo interorganico. Sono salvi i diversi rimedi eventualmente previsti (es., ricorso gerarchico amministrativo).

Sugli atti di controllo negativo (cd dinieghi), tuttavia, occorre spendere qualche riflessione in più. Il problema attiene alla decisione di rinnovo a seguito dell'annullamento dell'atto di controllo ad esito negativo e al suo inquadramento nell'ipotesi dell'atto amministrativo retroattivo.

Sul punto, l'orientamento tradizionale[71] stabilisce che l'annullamento (in sede giurisdizionale) di una decisione negativa di controllo comporta che l'organo di controllo debba ripronunciarsi in ordine alla legittimità dell'atto controllato (salvo il caso in cui il giudice amministrativo abbia annullato la decisione di controllo per il superamento del termine perentorio previsto dalla legge). Ciò si evince dal principio per il quale l'ordinamento, mediante una *fictio iuris*, attribuisce valore di dichiarazione tacita di controllo positivo solo quando il potere di controllo non e` esercitato entro il termine perentorio previsto dalla legge. La legge (in ossequio ad un principio risalente fin da quando le leggi di unificazione del 1865 disciplinarono i casi in cui il prefetto esercitava il controllo sulle deliberazioni comunali) ha equiparato all'atto espresso di controllo positivo (avente la natura di requisito di efficacia dell'atto controllato) solo il mancato esercizio del potere di controllo, entro il termine da essa fissato.

Tale equiparazione, in base ad una *fictio iuris*, determina un effetto sostanziale, e cioé il conseguimento dell'efficacia della delibera sottoposta al controllo. In tale ipotesi: a) l'inutile decorso dello *spatium deliberandi* dell'organo di controllo e il superamento del prescritto termine comportano che *ipso iure*, e sulla base di espresse norme di legge, diventa efficace la delibera soggetta al controllo; b) la tardiva decisione negativa di controllo determina l'annullamento di un atto che già era divenuto efficace; c) quando il giudice amministrativo annulla la tardiva decisione negativa di controllo (in accoglimento del ricorso proposto dall'ente controllato o dal soggetto beneficiario dell'atto annullato), si verifica la reviviscenza dell'atto tardivamente annullato in sede di controllo e si ripristina quindi la sua efficacia (già conseguita prima dell'illegittima adozione della decisione negativa di controllo, divenuta *tamquam non esset* a seguito del suo annullamento in sede giurisdizionale).

In tal caso, dopo il giudicato di annullamento dell'atto di controllo, l'organo di controllo non può emanare in ordine all'originario atto controllato alcun provvedimento ulteriore, poiché il relativo potere si è « originariamente consumato » a causa del suo mancato esercizio, accertato dal giudice, entro il termine sancito dalla legge.

Ben diversa è l'ipotesi in cui il giudice amministrativo abbia annullato una decisione negativa di controllo per una ragione che non sia quella della tardività dell'atto di controllo.

Bisogna infatti tener conto delle peculiarità del caso, tenendo conto: dei princıpi sostanziali che regolano l'esercizio del controllo e dei princıpi processuali riguardanti la portata delle decisioni del giudice amministrativo.

Sotto il profilo sostanziale, si deve ritenere che: l'illegittimo ma tempestivo atto negativo di controllo (che annulla l'atto controllato) esclude sotto il profilo sostanziale l'applicabilità delle norme di legge che dispongono il conseguimento dell'efficacia dell'atto controllato per l'inutile decorso del termine; prima della proposizione del giudizio amministrativo avverso la tempestiva decisione di controllo, mai e` divenuto efficace l'atto controllato; l'annullamento della decisione negativa di controllo determina la reviviscenza dell'atto controllato ma non può far « ridiventare » efficace l'atto controllato, proprio perché in precedenza questo non lo è mai stato.

In altri termini non possono essere equiparati tra loro, sotto il profilo sostanziale, due fenomeni del tutto distinti, e cioè l'inutile decorso del termine entro cui va esercitato il controllo (preso in espressa considerazione dalla legge mediante una *fictio iuris*) e l'annullamento in sede giurisdizionale di un tempestivo atto negativo di controllo. Nel prevedere l'acquisto dell'esecutività dell'atto controllato nel caso di inerzia dell'organo di controllo, la legge ha tenuto conto dell'autonomia dell'ente controllato e dell'esigenza di celerità che deve caratterizzare la fase del controllo.

Quando invece entro il prescritto termine è emanata la decisione negativa di controllo, viene meno ogni ragione di applicare la disciplina che in base ad una *fictio iuris* ha assimilato al controllo positivo l'inutile decorso del termine. Anche il potere di controllo (che, quando attiene alla legittimità dell'atto controllato, mira a riaffermare il principio di legalità , che rientra tra quelli posti a fondamento dello Stato) ha un supporto costituzionale[72]. Ciò comporta che l'organo di controllo non può più esercitare i suoi poteri istituzionali nei soli casi previsti dalla legge e nei limiti sanciti da questa.

Non può equipararsi all'ipotesi dell'inutile decorso del termine (entro cui va emanato l'atto di controllo) quella ben diversa in cui l'atto di controllo e` stato emanato tempestivamente, ma per vizi propri è stato annullato dal giudice amministrativo.

Sotto tale aspetto, basta aggiungere che le norme che prevedono casi di silenzio assenso (o comunque di silenzio significativo) vanno ad incidere sul generale principio per cui i poteri sono esercitabili tramite (espressi) provvedimenti amministrativi: esse, dunque, hanno carattere eccezionale e non sono suscettibili di applicazione analogica.

Sotto il profilo processuale, la titolarità dei poteri dell'organo di controllo (pur dopo che il giudice amministrativo abbia annullato l'illegittima ma tempestiva decisione negativa di controllo) deriva dall'esame dei princıpi che riguardano la portata (retroattiva) delle decisioni di annullamento del giudice amministrativo.

In primo luogo va osservato che nessuna norma ha previsto che la decisione del giudice amministrativo, di annullamento della decisione negativa di controllo, precluda all'autorità di controllo di esercitare nuovamente i propri poteri a seguito dell'annullamento del suo atto.

Del resto, se una norma di tale portata fosse presente nell'ordinamento, si dovrebbe dubitare della sua conformità ai princıpi costituzionali.

Il principio del buon andamento dell'Amministrazione (art. 97 Cost.) e quello di legalità (espresso anche dall'art. 101, Cost.) non consentono che un atto sottoposto al controllo e già annullato possa divenire efficace, sol perché la decisione negativa di controllo sia a sua volta ritenuta illegittima dal giudice amministrativo.

In secondo luogo, il potere dell'organo di controllo di ripronunciarsi sulla legittimità dell'atto già illegittimamente annullato discende dai princıpi generali che riguardano gli effetti (retroattivi) delle pronunce del giudice amministrativo di annullamento di un atto amministrativo.

In passato, il Consiglio di Stato ha osservato che la portata generalissima dell'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (riproduttivo dell'art. 45 del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, a sua volta formulato sulla base dell'art. 38 del t.u. 2 giugno 1889, n. 6166) attribuiva all'Amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo il potere di emanare i «provvedimenti ulteriori», senza distinguere se il giudice abbia annullato un atto di amministrazione attiva ovvero di controllo. L'abrogata disciplina non è peraltro ripetuta espressamente nel nuovo cpa (cfr art. 34), ma la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sempre ammesso che un provvedimento da emanare entro un certo termine perentorio possa essere riemanato, se l'atto tempestivo sia stato annullato dal giudice amministrativo.

Risulta infatti dai princıpi generali che anche gli atti che devono essere emanati entro un termine perentorio possano essere riadottati, qualora siano stati annullati a seguito dell'« accoglimento di un ricorso giurisdizionale o straordinario e la decisione non escluda la facoltà dell'Amministrazione di rinnovare in tutto o in parte il procedimento » (v. art. 119, primo comma, del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, concernente il rapporto tra il procedimento disciplinare e il giudicato amministrativo).

Questa norma e` una sicura espressione di princıpi generali concernenti l'annullamento di atti da emanare entro termini perentori. Essa ha infatti riaffermato una regola *ab antiquo* enunciata dal Consiglio di Stato, per la quale già in base all'art. 38 del t.u. 2 giugno 1889, n. 6166, e all'art. 45 del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 (e prima ancora dell'entrata in vigore del citato art. 119 del d.P.R. n. 3 del 1957 e dell'art. 26 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034) andava considerato sussistente il potere di riemanare un provvedimento, nella fattispecie, un provvedimento disciplinare, dopo che il precedente atto (pur se adottabile entro un certo termine perentorio) era stato annullato in sede giurisdizionale per vizi inerenti al procedimento (v. Cons St., IV, 31/12/1906, ric. Priolo).

Tale principio si e` consolidato nella giurisprudenza amministrativa, per la quale: il potere di emanare i provvedimenti ulteriori sussiste anche se una tale riserva non sia espressamente stata enunciata nella decisione, giacche´ tale potere e` attribuito direttamente dall'ordinamento all'Amministrazione soccombente (Cons St., VI, 16/11/1955, n. 819); a seguito del giudicato di annullamento, possono essere riadottati provvedimenti disciplinari sia nei confronti di dipendenti civili (Cons St., IV, 1/12/1936, n. 506; Ad. gen., 27/8/1940, n. 314) che nei confronti di quelli militari (Cons St., IV, 7/12/1937, n. 502; Id., IV, 25/3/1936, n. 130; Id., IV, 13/9/1929, n. 504; Id., IV, 12/4/1929, n. 201).

Il principio della possibilità di riesercitare un potere pubblico, anche nel caso in cui il giudice amministrativo abbia annullato l'atto illegittimo emanato entro il prescritto termine perentorio, trova

ulteriore conferma nell'esame della giurisprudenza concernente l'annullamento dei dinieghi di concessione edilizia.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato non ha mai dubitato (né risulta che sia stata ipotizzata in giurisprudenza o in dottrina la soluzione contraria) che, quando in sede giurisdizionale e` stato annullato un diniego di concessione edilizia (oggi 'permesso di costruire' o titolo edilizio), l'originaria istanza debba essere riesaminata dal Sindaco (che deve tener conto delle statuizioni derivanti dal giudicato), anche quando nel corso del giudizio di legittimità sia stato accertato che non vi erano ragioni impeditive del rilascio della concessione.

E` evidente che il silenzio serbato dal Sindaco su una istanza di concessione edilizia/permesso ne comporta l'accoglimento nei soli casi previsti dalla legge; nessun effetto sostanziale si produce invece quando il relativo diniego, adottato tempestivamente, sia stato poi annullato in sede giurisdizionale.

La non reiterabilità delle decisioni di controllo neppure si basa su princıpi concernenti l'esercizio della funzione di controllo: non si è mai dubitato, neppure in dottrina, che, se è annullato in sede giurisdizionale un atto di controllo, per la cui adozione non è prescritto alcun termine perentorio, l'autorità di controllo debba ripronunciarsi, alla stregua dei princıpi enunciati dal giudice amministrativo.

Pertanto, a parte l'ipotesi in cui il giudice amministrativo abbia annullato un atto di controllo per il superamento del prescritto termine, l'organo di controllo (entro il rinnovato termine previsto dalla legge, decorrente dalla comunicazione in via amministrativa o dalla previa notifica della decisione del giudice amministrativo) deve ripronunciarsi *ora per allora* in ordine alla legittimità dell'atto controllato, che non ha ancora acquistato efficacia, quando la propria decisione negativa e` stata annullata in sede giurisdizionale (o evidentemente quando è annullata in sede di accoglimento di un ricorso straordinario).

La pronuncia del giudice amministrativo, dunque, va tenuta presente dall'organo di controllo, il quale come é ovvio non può annullare l'atto controllato per le stesse ragioni gia` espresse ma ritenute insussistenti dal giudice, ma può annullare il provvedimento per una ragione diversa da quella oggetto della statuizione giudiziale.

Non si può sostenere in contrario che l'ammettere il riesercizio del potere di controllo comprima l'autonomia dell'ente controllato.

Basta al riguardo osservare che: a) la stessa Costituzione prevede, tra l'altro, per la salvaguardia della legalità, il potere di controllo sugli atti; b) è incongruo discutere se il riesercizio del potere di controllo incida negativamente sugli atti del soggetto controllato, in quanto si deve ritenere che tale riesercizio (pur quando, come nella specie, la pronuncia giurisdizionale restringa notevolmente l'ambito delle questioni sollevabili in sede di riesercizio dei poteri di controllo) costituisce diretta conseguenza della pronuncia del giudice amministrativo, quale organo di « tutela della giustizia nell'amministrazione » (v. art. 100, primo comma, Cost.); c) l'eventuale uso distorto del potere di riesercizio del controllo può dar luogo ai consueti rimedi di tutela previsti dall'ordinamento ogni volta che dal giudicato amministrativo sorga l'obbligo di adottare i provvedimenti ulteriori (non dissimilmente dai casi in cui il giudice amministrativo abbia annullato un diniego di autorizzazione o di concessione, e l'Amministrazione pretestuosamente abbia nuovamente respinto la domanda).

Bisogna dunque fare applicazione del principio più volte affermato dal Consiglio di Stato (*ex plurimis*, Cons St., V, 31/3/1994, n. 242; Id., V, 8/2/1991, n. 118), per il quale l'annullamento giudiziale dell'atto di controllo di per sé non implica né il riconoscimento della legittimità del contenuto del provvedimento così annullato, né l'accertamento dei diritti che da quello derivano al beneficiario, ma solo la fondatezza delle censure di illegittimità dedotte contro il provvedimento negativo di controllo.

Infatti, quando e` impugnata in sede giurisdizionale una decisione negativa di controllo, l'oggetto del giudizio e` solo tale decisione e non può *omissio medio* verificarsi se l'atto controllato sia o meno conforme a legge, ad esempio quando la decisione negativa di controllo non abbia colto una o più ragioni di illegittimità dell'atto controllato (Cons St., V, 3/5/1995, n. 682; Id., V, 13/7/1994, n. 750; Id., V, 31/3/1994, n. 242; Id., V, 30/3/1994, n. 194).

Del resto, é noto che l'ordinamento non impone che l'organo di controllo esponga nella propria decisione negativa tutte le ragioni di illegittimità da cui è affetto l'atto controllato.

Se l'organo di controllo ne individua una (non evidenziando questioni ulteriori), e questa é però ritenuta insussistente dal giudice amministrativo, non può escludersi (e ciò non è infrequente nella prassi) che l'atto controllato sia illegittimo per una ragione diversa non evidenziata dall'organo di controllo.

Infine un cenno sul controllo esterno della Corte dei Conti[73]. I controlli della Corte in via generale non sono impugnabili, poiché non sono atti amministrativi, ma, provenendo da un'autorità giudiziaria, sono atti adottati nell'esercizio di una funzione giurisdizionale[74]. In caso di rifiuto di visto, ad es., i terzi lesi potranno impugnare per i noti vizi non il diniego, ma l'atto che l'organo di amministrazione attiva andrà ad emettere in luogo di quello non approvato.

Retroattività e provvedimenti di 2° grado

Come noto, la pubblica amministrazione può utilizzare poteri di secondo grado (cd autotutela decisoria) così detti perché hanno ad oggetto altri e precedenti provvedimenti o fatti equipollenti (casi di silenzio significativo)[75]. Nell'ambito di tali poteri si distinguono quelli di riesame ad effetto demolitorio (annullamento, revoca, riforma) o conservativo, che incidono sulla validità di atti o fatti equipollenti; e poteri di revisione, che riguardano l'efficacia di altri atti (sospensione, proroga, revoca, ritiro del provvedimento).

Con i provvedimenti di riesame e di revisione la pubblica amministrazione non tutela se stessa né si fa giustizia da sé, ma cura l'interesse pubblico che le è affidato dalla legge. La tesi tradizionale vuole che gli atti di riesame abbiano effetti retroattivi, in quanto incidano su situazioni già prodottesi.

Si tratta di un'ipotesi ulteriore di retroattività per natura. Parte dottrina[76] nota tuttavia che la l. n. 15/05, modificativa della l. 241/90, ha introdotto per la prima volta disposizioni su tali atti di riesame. Istituti che fino a quella data non avevano altra disciplina se non quella elaborata in dottrina e giurisprudenza, sono oggi regolati dalla legge, che ha codificato le dette elaborazioni con alcune varianti significative.

Il giudice amministrativo ha sempre ritenuto, in particolare, che l'atto di annullamento avesse effetti retroattivi, togliendo di mezzo gli effetti prodotti medio tempore dall'atto annullato (cd efficacia *ex*

tunc). Tale convinzione, fondata su un parallelismo con l'azione di annullamento giurisdizionale, è stata messa in discussione di recente.

Dopo la l. n. 15/05, che nulla dice sugli effetti nel tempo dei provvedimenti di annullamento d'ufficio, si è osservato che il contemperamento degli interessi pubblici e privati imposto dalla legge può richiedere alla pubblica amministrazione di graduare quegli effetti: in particolare, di farli decorrere dal momento in cui l'atto è annullato (cd efficacia *ex nunc*) o da un momento intermedio tra i 2 atti.

La dottrina richiama anche un parallelismo col diritto civile, ove l'annullamento giurisdizionale del contratto non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede acquistati a titolo oneroso (art. 1445, Codice Civile). Un parallelismo potrebbe farsi anche con riguardo a quell'indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., n. 2755/11) che, sulla scia della giurisprudenza comunitaria, ha demolito il mito dell'efficacia retroattiva dell'annullamento giurisdizionale. Secondo tale indirizzo, infatti, il GA può escludere, per ragioni di effettività di tutela, la retroattività anche solo di alcuni degli effetti della sentenza di annullamento. Quando la sua applicazione risulti incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Cons St., n. 1488/11), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. Peraltro nessuna norma dispone espressamente la retroattività dell'annullamento amministrativo o giurisdizionale, essendo una regola fondata su ragioni di giustizia e di effettività di tutela concreta, in quanto volta ad eliminare integralmente gli effetti dell'atto lesivo. Di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti 'ora per allora'.

Tale regola fondamentale è stata affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore* dal Consiglio (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità

Secondo chi scrive, è questo un caso che non solo conferma la differenza tra retroattività per legge e retroattività per natura, da alcuni negata, ma che induce altresì a riflettere sulla effettiva funzione della retroattività intesa sempre e comunque come deroga ad un principio o ad una norma di legge.

A ciò si aggiunga un'ulteriore considerazione, in quanto la presente problematica si intreccia con quella dell'esercizio doveroso o meno del potere di autotutela nelle ipotesi di annullamento di un atto o di un provvedimento amministrativo e di estensione degli effetti favorevoli del giudicato o della decisione di annullamento a soggetti terzi, che non sono stati parti del processo o del procedimento.

Può accadere, infatti, che un atto ad efficacia ordinaria sia annullato in sede giurisdizionale o amministrativa. In tal caso ci si chiede se la pubblica amministrazione procedente possa estendere per determinazione discrezionale gli effetti dell'annullamento anche a soggetti terzi che ne facciano richiesta, in particolare ove tali effetti abbiano anche portata retroattiva.

Il problema come accennato è duplice. Da un lato abbiamo un caso di annullamento che ha di regola effetti retroattivi; dall'altro si pone il problema se l'Amministrazione sia tenuta ad estendere i detti effetti anche a soggetti terzi, purché vantaggiosi. Di regola infatti l'esercizio dei poteri di autotutela è ritenuto discrezionale, con la conseguenza che la relativa istanza di riesame del terzo che pretende di avvantaggiarsi dei medesimi effetti sarebbe inammissibile.

Tuttavia, esistono delle ipotesi in cui lo stesso esercizio del potere di autotutela risulta doveroso. Tra i casi in parola si annoverano le ipotesi di ottemperanza ad un giudicato penale, amministrativo o tributario che sia[77]. Un altro caso di esercizio doveroso del potere di autotutela è costituito dall'ipotesi in cui un giudicato risulti contrario al diritto comunitario oggettivo o giurisprudenziale della Corte di Giustizia, in base all'art. 10 TCE (oggi art. 4, par 3, TUE)[78] ovvero in base ad un orientamento della CGE che consente di disapplicare il giudicato interno anche ove riconosca il diritto a certi contributi in contrasto con la disciplina comunitaria (ad es., in materia di aiuti di Stato)[79].

In dottrina le posizioni sono varie: chi ritiene doveroso il riesame, ma non il ritiro dell'atto; chi ritiene doveroso ripristinare la legalità violata da un atto illegittimo, ma solo in presenza di un interesse pubblico effettivo; chi fonda la doverosità dell'autoannullamento sullo scopo di realizzare l'esatta applicazione della legge (soprattutto in diritto tributario); chi ancora richiede la necessaria ponderazione dei criteri di conformità a legge e delle altre esigenze emergenti dalla vicenda.

A ciò dunque si aggiunga, per quanto interessa in tale sede, che occorre ulteriormente verificare se l'eventuale estensione degli effetti retroattivi vantaggiosi costituisca un dovere o meno della PA.

Secondo l'opinione prevalente, la pubblica amministrazione non ha l'obbligo giuridico di estendere i detti effetti favorevoli in via retroattiva anche a soggetti terzi. Peraltro, qui non emerge un problema di esercizio doveroso dei poteri di autotutela (cioè di esercizio dei poteri cd di ritiro dell'atto), ma emerge il diverso e successivo problema se, esercitato il detto potere nei riguardi di un dato soggetto, l'effetto favorevole debba essere esteso anche a soggetti che non hanno preso parte al processo o al procedimento di annullamento. Rileveranno pertanto i diversi limiti (ad es., l'assenza di copertura finanziaria; un espresso divieto di legge o di regolamento; il principio *factum infectum…*) che la vicenda può rivelare in concreto.

Nondimeno, vi è almeno un caso in cui tale estensione sarebbe, se non doverosa, certo giustificata, e cioè nelle ipotesi in cui sia annullato un atto regolamentare ovvero un atto amministrativo generale, in quanto l'efficacia dell'annullamento e l'estensione degli effetti avvengono necessariamente *erga omnes*.

Discorso diverso, invece, dovrebbe farsi rispetto alla cd revoca amministrativa. Tradizionalmente si ritiene che l'annullamento d'ufficio abbia effetti *ex tunc* e la revoca *ex nunc*, operando solo per il futuro. L'annullamento d'ufficio (al pari di quello giurisdizionale) è retroattivo; la revoca è un provvedimento irretroattivo. Secondo parte dottrina[80], mentre la l. n. 15/05 consentirebbe, nel silenzio sul punto, di graduare nel tempo anche gli effetti dell'annullamento; invece ciò non potrebbe dirsi per la revoca, disciplinata dall'art. 21 septies, l. n. 241/90, che letteralmente rende inidoneo l'atto revocato "*a produrre ulteriori effetti*", dimostrando che essa opera solo con decorrenza ex nunc. La revoca dunque non potrebbe avere effetti retroattivi e ove ciò accadesse sarebbe impugnabile.

Tra i provvedimenti di riesame (cd autotutela decisoria) si annoverano anche i cd provvedimenti ad effetto conservativo (es., convalida). La convalida, in particolare, è un provvedimento alternativo

all'annullamento d'ufficio: anziché eliminare il provvedimento, la PA ne può stabilizzare gli effetti (es., convalida dell'atto adottato da un organo relativamente incompetente, ma appartenente allo stesso plesso organizzativo). Se l'atto non contiene una motivazione adeguata, ad es., può essere riadottato con una motivazione più idonea. Tutto ciò è possibile se non è pendente un giudizio contro l'atto da convalidare, salvo che si sani il vizio di incompetenza (art. 6, l. 18/3/1968, n. 249, recante "*delega al Governo per il riordinamento dell'Amministrazione dello Stato, per il decentramento delle funzioni e per il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dipendenti statali*").

La ragione è che si vuol evitare di rendere non più impugnabile un atto che è stato oggetto di ricorso amministrativo o giurisdizionale, con conseguenti a) pregiudizio per la parte interessata a coltivare il giudizio; b) violazione del principio di irretroattività degli atti sfavorevoli; e c) lesione degli artt. 24 e 113, Cost.

Peraltro sono individuati vari limiti alla efficacia retroattiva della convalida, non tutti pacificamente accolti. Si discute, per es., se siano convalidabili gli atti divenuti inoppugnabili nonché quelli relativi a diritti soggettivi. Dati vizi, inoltre, non possono essere rimossi con la convalida (es., un travisamento dei fatti; la mancanza di urgenza) perché legati a difetti o circostanze esterne non dipendenti dalla volontà della pubblica amministrazione. La dottrina, inoltre, richiede l'attivazione delle regole partecipative indicate dagli artt. 7ss, l. 241/90, ove si avvii un procedimento amministrativo di convalida. Secondo la giurisprudenza, l'effetto retroattivo della convalida dell'atto amministrativo viziato da incompetenza si riflette in senso positivo anche sugli atti connessi all'atto convalidato i quali, in conseguenza del vizio di incompetenza, potevano risultare inficiati per illegittimità derivata

Tra i casi 'speciali' di convalida è posta la cd ratifica, anch'essa ritenuta ad efficacia retroattiva, per cui l'organo competente provvede a ratificare (far propri) gli effetti dell'atto emesso da un organo non competente e quindi è volta a sanare il vizio di incompetenza (Cons. St., 19/2/2003, n. 932).

Tra i provvedimenti di riesame ad effetto conservativo con effetti retroattivi si collocano inoltre altri atti, ma non mancano discussioni. Mentre infatti la riforma certamente ha effetti *ex nunc*, si dubita sulla figura della sanatoria e della conferma. Quanto alla sanatoria, sembra prevalere in dottrina la tesi che abbia effetti retroattivi (es. nulla osta rilasciato dopo l'emanazione del provvedimento finale da sanare). L'ipotesi è diversa dalla convalida, poiché ricorre un caso di collegamento tra atti amministrativi e non un autonomo provvedimento di secondo grado. La sanatoria inoltre non si estende solo agli atti viziati per incompetenza, ma tende a perfezionare ex post un atto mancante, al momento dell'emanazione, di un presupposto di legittimità. Non è ammessa per talune categorie di atti (es., pareri). Quanto alla conferma, questa in primo luogo non va confusa con la convalida. La convalida mira a sanare la mancanza di un presupposto di legittimità e quindi elimina un vizio (in genere di sola competenza, cd convalescenza dell'atto); la conferma invece è fondata sul principio di conservazione (degli effetti) degli atti giuridici, onde rendere l'atto amministrativo illegittimo inattaccabile sul piano amministrativo e giurisdizionale.

Al principio di conservazione degli effetti sono ricondotte, altresì, varie figure (consolidazione o inoppugnabilità; acquiescenza; conversione; conferma). Con riguardo alla conferma si discute tuttavia se abbia effetti retroattivi. Per una tesi infatti la conferma avrebbe effetti retroattivi in quanto, incidendo su un atto già emesso, finisce per operare in via retroattiva. Per la tesi preferibile, invece, la risposta è negativa e occorre distinguere tra conferma propria e impropria. Ad es., un cittadino chiede di ritirare o modificare un atto in quanto ritenuto lesivo. Il rifiuto della pubblica amministrazione che emani un atto con cui si limita a ribadire il precedente provvedimento è un caso

di conferma propria, non impugnabile in quanto la lesione discende già dal primo atto. Qui non vi è nessuna retroattività né reale né obbligatoria. Ove la pubblica amministrazione invece apra un nuovo procedimento verificando l'esistenza dei vizi denunciati e confermi, anche dopo apposita istruttoria, il precedente procedimento, si ha un ipotesi di conferma impropria. In tal caso il nuovo provvedimento (dotato di nuova motivazione) ha solo in apparenza un contenuto confermativo, ma in realtà è innovativo, sostituendosi all'atto confermato nella disciplina del rapporto sostanziale. Anche qui non vi è retroattività.

Retroattività e procedimento amministrativo

Finora si è parlato della retroattività con riguardo particolare al provvedimento amministrativo. Ma occorre indagare anche cosa accade nei rapporti tra l'istituto della retroattività e del procedimento amministrativo[82].

Il procedimento amministrativo è infatti una successione logica e cronologica di fatti e atti, dotati di relativa autonomia, che portano ad un esito finale e quindi è destinato a svolgersi in un certo arco di tempo. Accade poi che un procedimento si componga a sua volta di uno o più subprocedimenti connessi o collegati, con l'emanazione del relativo atto finale. Secondo una articolazione che si rintraccia in dottrina il procedimento si suddivide in tre (preparatoria, costitutiva e integrativa dell'efficacia) o quattro fasi (iniziativa; istruttoria; fase decisoria, che talora contempla una fase pre-decisoria; quella integrativa dell'efficacia). Iniziativa, istruttoria e decisione sono sempre fasi necessarie; eventuali quella pre-decisoria ed integrativa dell'efficacia).

Le verifiche dottrinali e giurisprudenziali cadono soprattutto sull'aspetto dello *jus superveniens* e dei suoi effetti, mentre minor rilievo è dato alla verifica della retroattività in relazione al procedimento amministrativo. Il tema quindi, ove trattato, è riferito alla cd successione di leggi nel procedimento sulla scorta della disciplina di cui all'art. 2, codice penale o, al limite, alla cd retroattività per legge, che esula da una trattazione analitica nel presente studio, mentre nessun rilievo è dato alle ipotesi di atti e procedimenti connessi alla retroattività per natura o per disposizione espressa.

Procedendo con ordine, si segnala innanzitutto che, circa gli effetti dello *jus superveniens* su un procedimento amministrativo già aperto, in dottrina si dividono il campo due tesi principali.

Secondo un primo, risalente orientamento[83], il procedimento amministrativo è dominato dal principio *tempus regit actum*, inteso come corollario del principio di irretroattività ex art. 11, preleggi, Codice Civile. La norma sopravvenuta dovrà essere applicata alle fattispecie successive alla sua entrata in vigore, mentre quella precedente, oramai abrogata, continuerà ad aver vigore nei riguardi di tutti i rapporti giuridici che siano nati prima dell'abrogazione stessa e siano ancora pendenti. La nuova norma quindi trova applicazione Il procedimento non è visto come una fattispecie unitaria a formazione complessa, ma è, al contrario, sezionato nei singoli atti che lo compongono. Il *novum jus* sarà inapplicabile alla frazione sub-procedimentale ormai conclusa.

Secondo un diverso e più recente orientamento[84], invece, occorre dare maggior risalto all'unitarietà e all'organicità del procedimento amministrativo, in quanto strumento tipico con cui si regola l'esercizio della funzione amministrativa. L'intero procedimento sarà disciplinato dalla normativa in vigore al momento in cui esso ha avuto inizio, senza che il diritto sopravvenuto possa trovare applicazione immediata nel corso dello sviluppo delle fasi endoprocedimentali. L'attuazione delle norme sopravvenute infatti potrebbe incidere negativamente sul corretto esercizio della detta

funzione. In altre parole vigerebbe la diversa regola per cui *tempus regit actionem* (cioè appunto, l'attività e, quindi, la funzione nel suo complesso). La disciplina che dovrebbe trovare applicazione sarebbe quella in vigore all'inizio della fase istruttoria: è da tale momento, infatti, che viene definita la decisione finale rispetto alla quale il provvedimento conclusivo costituirà solo un mero riepilogo. Qualsiasi modifica normativa, che intervenga sullo svolgimento dell'istruttoria, "*rappresenterebbe un inquinamento delle conclusioni dell'intero procedimento ed un potenziale pregiudizio per le situazioni giuridiche dei soggetti interessati*o

La giurisprudenza dal canto suo segue principalmente il primo indirizzo, ma non mancano decisioni che accedono al secondo

Dai suddetti orientamenti si argomenta un *favor* di dottrina e giurisprudenza verso il principio di irretroattività all'interno del procedimento. L'idea, peraltro non espressa in modo chiaro, è che il provvedimento finale del procedimento non ha effetti retroattivi rispetto agli atti endoprocedimentali, che sono sì espressione dell'attività pubblicistica ma che sono privi di una struttura provvedimentale e di efficacia immediata e diretta.

In realtà, come visto, i procedimenti amministrativi sono caratterizzati da una loro durata e sovente, durante il loro svolgimento, si incastonano altri vari sub-procedimenti interni o esterni all'amministrazione procedente (di certificazione; di parere, ecc), che si concludono con atti perfetti ed efficaci. C'è poi da considerare che la legge n. 241/90 conosce diversi tipi di modelli di procedimento, alcuni dei quali sono puntualmente disciplinati

Soprattutto con riguardo alle ipotesi di procedimenti complessi, pertanto, uno di questi sub-atti potrebbe avere effetti retroattivi e incidere sull'economia complessiva dell'operazione. Tale possibilità comporta effetti sul piano della tutela, in quanto potrebbe emergere una lesività concreta del sub-atto concluso, legittimando all'impugnazione il soggetto che assume di essere leso

Un altro esempio potrebbe riguardare l'ipotesi dei procedimenti cd dichiarativi. Si pensi alle cd verbalizzazioni, che hanno un campo applicativo molto vasto. Esse sono atti d'ufficio con lo scopo di narrare o documentare atti, operazioni o comportamenti compiuti o in corso di compimento. In astratto qualsiasi atto giuridico è verbalizzabile (negozi giuridici; atti normativi; provvedimenti amministrativi, ecc).

Si distingue perciò l'atto verbalizzato e l'atto di verbalizzazione. Secondo l'impostazione tradizionale, la verbalizzazione sarebbe attività volta a costituire la forma (scritta), richiesta *ad substantiam*, dell'atto verbalizzato, con la conseguenza che saremmo in presenza di un unico atto. Secondo una diversa impostazione, saremmo in presenza di due atti diversi, ciascuno dotato di una propria forma. In questo caso il verbale costituisce o una riproduzione documentale (cioè è esternazione della verbalizzazione) ovvero può essere utilizzato come esternazione degli atti verbalizzati e dell'atto di verbalizzazione.

Ciò consente di riguardare il fenomeno dal punto di vista dei riflessi sul piano temporale.

Usualmente atto verbalizzato e atto di verbalizzazione dovrebbero svolgersi contemporaneamente, quanto meno per evitare sospetti di infedeltà, ma essi possono compiersi in momenti temporali diversi, talora anche distanti l'uno dall'altro. In tal caso si parla di verbalizzazione tardiva.

Quando la verbalizzazione è riproduzione documentale l'atto da verbalizzare esiste indipendentemente dalla verbalizzazione e quindi il verbale tardivo dovrebbe essere viziato da invalidità. Quando invece la verbalizzazione si traduce in una esternazione degli atti verbalizzati la verbalizzazione tardiva dovrebbe essere legittima.

La dottrina avverte tuttavia che quest'ultimo modello di procedimento postula una previsione di legge, essendo eccezionali le esternazioni legalmente prescritte.

Si aggiunga inoltre che non raramente il verbale deve essere 'approvato' dagli astanti o dai partecipanti. Talora tale approvazione avviene nella seduta successiva. Talaltra si invia ai partecipanti un verbale provvisorio, con invito a proporre integrazioni e modifiche entro un dato termine, scaduto il quale si estende il verbale definitivo in base alle modifiche pervenute.

L'approvazione del verbale è indicativa di un procedimento di controllo in ordine alla fedeltà della verbalizzazione, con effetti *naturalmente* retroattivi, in quanto vengono fatti decorrere dalla data di riunione e non delle intervenute modifiche.

In taluni casi ancora la verbalizzazione può essere utilizzata dalla norma che la contempla anche per ottenere ulteriori effetti. A tal scopo la legge può consentire l'uso del principio di retroattività volontaria o per natura degli effetti, ad esempio, ove essa si ponga come condizione per l'efficacia dell'atto verbalizzato (es., verbalizzazioni di organi collegiali).

In tutte le suddette esemplificazioni, prevale – secondo chi scrive - non tanto l'idea che la retroattività sia un'eccezione, una deroga ai diversi corollari dell'irretroattività della legge, quanto una tecnica legittima per gestire gli interessi in gioco, sia di natura sostanziale che procedimentale, i quali altrimenti sarebbero sacrificati oltre il necessario ed oltre un normale principio di proporzionalità dei mezzi rispetto agli obiettivi da conseguire. In tali casi, infatti, non emerge un problema di atto favorevole o non favorevole per i destinatari, essendo il verbale un atto neutro da questo punto di vista. Né potrebbe obiettarsi, in senso contrario, che le suddette ipotesi sono annoverate tra i cd atti retroattivi per natura, e, di conseguenza, si tratti di una retroattività, diciamo così, necessitata. In realtà, nulla esclude, come sopra illustrato, che i partecipanti alla procedura attribuiscano volontariamente una conformazione degli effetti giuridici dell'atto diversa da quella che *naturalmente* ci si aspetterebbe.

Riflessioni conclusive

Secondo quanto già affermato, è pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che la regola di irretroattività dell'azione amministrativa sia espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltre che del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato, impedisce di incidere unilateralmente e con effetto « *ex ante* » sulle situazioni soggettive del privato

Di qui l'ulteriore corollario che la retroattività, sia essa disposta con legge, sia essa per natura, sia essa stabilita in via discrezionale, costituisca un'eccezione al suddetto principio.

Tuttavia tale predicato appare certo per quanto riguarda la retroattività per legge, mentre va sottoposto a verifica per quanto attiene alla retroattività per natura e per disposizione espressa.

Come visto, infatti, in questi due ultimi casi occorre sempre e comunque un atto della pubblica amministrazione, che sovente si pone nel solco dell'attività discrezionale. In altre parole, è richiesto un intervento non meramente esecutivo della pubblica amministrazione o dei soggetti equiparati o assimilati. Ciò, su un piano generale, appare anche corretto, in quanto una scelta così delicata di far retroagire gli effetti dell'atto nel tempo deve trovare una giusta ed equa ponderazione degli interessi concretamente in gioco onde consentire l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa. La retroazione degli effetti pertanto sembra il portato, per lo più, di un'attività discrezionale (amministrativa pura o tecnica o mista) della pubblica amministrazione. Nel caso della retroattività per legge tale ponderazione è rimessa al legislatore che l'ha già effettuata a monte; nei restanti casi essa o può assumere caratteri non eccezionali in quanto connaturati alla natura dell'atto (retroattività per natura) ovvero in quanto rimessi alla scelta discrezionale della pubblica amministrazione da effettuarsi in concreto

Ciò influisce sotto vari profili.

In primo luogo sotto il profilo della struttura dell'atto e delle modalità attuative procedimentali: vi sarà in genere un accrescimento degli oneri motivazionali e di quelli procedimentali (si pensi, ad es., ai cd diritti partecipativi: art. 10, l. 241/90; all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento), soprattutto ove l'atto mostri altresì attitudine ad incidere sulla sfera giuridica dei terzi.

In secondo luogo, lo stesso giudice, deputato alla cognizione dell'atto, potrà verificarne non solo gli aspetti di incompetenza e di violazione di legge, ma altresì quelli relativi al sintomo dell'eccesso di potere. Inoltre l'esistenza di una forma di retroattività per legge importa una limitazione alla relativa controprova in sede processuale; mentre nei restanti casi, soprattutto in quelli di retroattività discrezionale, la controprova sarà ammessa tendenzialmente senza limiti e quindi anche per presunzioni semplici.

Allo stesso modo, nei casi in cui l'atto, per avventura, fosse soggetto alla cognizione incidentale del giudice ordinario o, limitatamente agli atti amministrativi regolamentari, del giudice amministrativo, sarà necessaria un'indagine non limitata ai soli profili di legittimità stretta (cioè alla sola ipotesi della violazione di legge), ma a tutti e tre i detti profili.

L'impostazione sembra, a giudizio di chi scrive, trovare ulteriore conferma con riguardo ai casi di attività amministrativa non autoritativa e di diritto privato.

In questo caso, infatti, la decisione di far retroagire gli effetti potrebbe seguire due canali: il primo, quello delle valutazioni di tipo pubblicistico (imparzialità e buon andamento), ove si acceda alla tesi che preferisce configurare la presenza di atti di natura pubblicistica. In tal caso, il fondamento costituzionale delle scelte retroattive è l'art. 97 Cost., nel senso che l'anticipazione degli effetti del provvedimento potrebbe corrispondere ad una regola di buona amministrazione o, come si dice oggi, di efficienza, efficacia ed economicità. Il secondo, quello relativo alla autonomia negoziale coi limiti derivanti, in particolare, dai dettami della buona fede oggettiva, nei casi in cui prevalga una visione di tipo privatistico.

In tale ultima ipotesi, tuttavia, si tratta di circostanziare la decisione sulla scorta non dei noti vizi di legittimità, ma delle diverse specificazioni dei doveri e degli obblighi di buona fede (doveri di informazione; di comportamenti non contraddittori; ecc.) e della situazione giuridica soggettiva lesa.

Bisogna dire, in verità, che – almeno secondo le riflessioni più recenti di dottrina e giurisprudenza – gli obblighi di buona fede oggettiva sono riscontrabili anche rispetto alla sede procedimentale e comunque (come dimostra anche la legislazione vigente: es., art. 2, comma 4, codice contratti pubblici) risultano compatibili con quella, in quanto discendenti dal più ampio dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Con ciò si vuol dimostrare che non è sufficiente considerare la retroattività come una mera eccezione ad una regola o ad un principio. Se ciò è vero in via ordinaria, vi sono tuttavia dei casi in cui la decisione di far retroagire o non retroagire dati effetti è persino collegata ad esigenze di equità e giustizia o di non discriminazione (ad es., nei casi di annullamento; nei casi di estensione delle decisioni contenute nel giudicato).

Perciò, si potrebbe affermare che mentre la retroattività sfavorevole al destinatario dell'atto si atteggia di norma come eccezionale; non così può affermarsi per la retroattività favorevole, in cui essa si pone invece talora come necessaria, proprio per evitare il rischio di produrre lesioni alla sfera giuridica altrui e di incorrere in responsabilità propria.

In tali casi, la disposizione retroattiva va inquadrata tra le possibili e legittime tecniche di gestione dell'interesse o degli interessi in gioco.

(Altalex, 24 settembre 2014. Articolo di **Luca Scirman**)

L'Autorizzazione (detta anche LICENZA)

Le autorizzazioni sono considerate come rimozioni di un limite posto dall'ordinamento, come ostacolo al libero esercizio di un diritto, ovvero di un potere preesistente in capo al soggetto richiedente del provvedimento. Ma questo provvedimento non si può intendere solo come rimozione di un limite, ma anche eliminare un divieto sempre posto dall'ordinamento all'esercizio di un'attività generalmente vietata.
Le autorizzazioni esprimono un più ampio esercizio discrezionale del potere da parte dell'amministrazione agente.
Nel caso delle licenze la ponderazione degli interessi può investire anche il merito (le esigenze di mercato) quando importa il cd "esame del bisogno", cioè la verifica dell'opportunità di rilasciare il permesso, in cui consiste la legittimazione all'esercizio dell'attività vietata.
Tutti i provvedimenti autorizzativi possono essere definiti nominatim (permessi, nulla osta, licenze, patenti, abilitazioni...), ma unitaria rimane la categoria nozionale di loro appartenenza: la rimozione di un limite o l'eliminazione di un divieto riconducibile ad un preesistente diritto già attribuito al soggetto richiedente l'emanazione del provvedimento.

Autore: Sgueo Gianluca

1. Gli elementi costitutivi – 2. I rapporti tra autorizzazione ed atto autorizzato – 3.1 Le liberalizzazioni ex art. 19 L. 241 del 1990 – 3.2 La seconda fase – 3.3 La terza fase.

1. **Elementi costitutivi**

L'autorizzazione si definisce come l'atto con cui la pubblica amministrazione, nell'esercizio di un'attività discrezionale in funzione preventiva, su istanza dell'interessato, rimuove un limite legale posto all'esercizio di un'attività inerente un diritto soggettivo o ad una potestà pubblica preesistenti in capo al destinatario.

La dottrina prevalente identifica dunque i 3 elementi costitutivi dell'autorizzazione. C'è, anzitutto, **un limite legale**: l'attività non è illecita o illegittima in sé per sé, ma la legge, per impedire che se ne possa fare un uso indiscriminato che arrechi danno alla comunità, ne subordina l'esercizio alla rimozione di un limite.

Sussiste, poi, **un margine di apprezzamento discrezionale** in funzione preventiva. In altre parole, l'amministrazione valuta preventivamente se lo svolgimento dell'attività giovi o meno all'interesse pubblico. Non considera dunque la fondatezza dell'interesse del ricorrente, ma quello collettivo.

Infine, c'è **la Rimozione del limite legale**: esso costituisce la funzione propria dell'autorizzazione, consistente appunto nell'eliminazione del limite frapposto tra il privato e l'esercizio dell'attività.

2. **I rapporti tra autorizzazione ed atto autorizzato**

In dottrina s'è discusso lungamente sul rapporto tra autorizzazione ed atto autorizzato. In merito sono state sviluppate tre teorie.

La prima è la teoria dell'atto complesso: secondo questa teoria l'atto di autorizzazione e l'atto autorizzato sarebbero due elementi parte di una fattispecie a formazione progressiva, il cui risultato sarebbe un atto complesso.

La seconda è la teoria dell'atto di controllo: secondo questa teoria l'autorità amministrativa, nel rilasciare l'autorizzazione svolgerebbe una funzione di controllo sull'attività autorizzata[5].

C'è, infine, la teoria del presupposto di validità. La dottrina prevalente ritiene che l'atto di autorizzazione è presupposto di validità rispetto all'atto autorizzato. Più precisamente: è presupposto di liceità nel caso di autorizzazione all'esercizio di un'attività, mentre è presupposto di legittimazione nel caso di esercizio di un atto.

3.1 Le liberalizzazioni ex art. 19 legge 241/1990

Con il processo di liberalizzazione si introducono modelli nuovi rispetto al tradizionale sistema di autorizzazione basato sull'emanazione di provvedimenti espressi, pur rientranti nello stesso schema logico.

La liberalizzazione può essere intesa in due sensi: si parla di liberalizzazione in senso stretto (deregulation) per indicare l'ipotesi che comporta la sostituzione dell'autorizzazione espressa con il procedimento della dichiarazione in luogo di autorizzazione (già denuncia di inizio attività); si parla, invece, di liberalizzazione in senso lato (atecnica) per indicare quella che si concretizza nella sostituzione di un provvedimento autorizzativo espresso con uno tacito, secondo lo schema del silenzio-assenso.

La figura disciplinata nell'art. 19 legge 241/1990 ha subito un'evoluzione disciplinare che può essere distinta in tre fasi.

Nella prima fase veniva originariamente denominata come denuncia in luogo di autorizzazione. Trattandosi di un istituto innovativo nel panorama legislativo nazionale che non aveva significativi precedenti, esso venne in un primo momento applicato alle sole autorizzazioni vincolate. Quelle che cioè dipendevano dall'accertamento, privo di discrezionalità, in ordine alla presenza dei presupposti e dei requisiti di legge (di qui la differenza dal silenzio-assenso, destinato invece ad operare con riferimento a materie connotate da margini più ampi di discrezionalità).

3.2 La seconda fase

La seconda fase inizia con la legge 537/1993, recante interventi correttivi di finanza pubblica, l'istituto veniva ridisegnato completamente, estendendone notevolmente i margini. Mentre originariamente l'individuazione, in forma tassativa, dei settori liberalizzati era rimessa all'intervento di una successiva statuizione regolamentare, con questa legge invece si ribalta la disciplina: l'iniziativa economica privata risulta suscettibile di incondizionata ed immediata esplicazione, e si affida allo strumento regolamentare la definizione delle ipotesi di esclusione.

La procedura si componeva di 3 fasi:

la denuncia del privato. Il privato presentava una denuncia all'amministrazione competente dichiarando di voler intraprendere una determinata attività nelle materiein cui ciò non era escluso.

Interveniva poi una procedura di acclaramento: a seguito della denuncia l'amministrazione era tenuta a dar vita ad un procedimento di acclaramento per verificare la sussistenza, in capo al richiedente, dei presupposti e dei requisiti di legge.

Infine, a conclusione dell'accertamento, la procedura poteva avere due esiti: un esito positivo, ed allora il procedimento si concludeva con una archiviazione, senza cioè che

si emanasse alcun provvedimento da comunicare al dichiarante. Oppure, un esito negativo, nel qual caso l'amm. disponeva con decreto motivato il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei risultati prodotti, salva la possibilità per il privato di conformarsi alla normativa vigente e sanare la sua posizione.

3.3 La terza fase

La terza fase inizia con l'art. 3 decreto legge 35/2005 (decreto legge sulla competitività), convertito in legge 80/2005, l'istituto, che non era stato modificato dalla novella apportata dalla legge 15/2005 è stato nuovamente ridisegnato, assumendo il nome di **dichiarazione di inizio attività.**

Le innovazioni più importanti riguardano: l'ampliamento sfera di operatività art. 19, comma 1, legge 241/1990 (si ampliano sensibilmente le ipotesi in cui una semplice dichiarazione dell'interessato, cittadino o impresa, può sostituire i provvedimenti abilitativi della PA).

Cambiano poi i presupposti di operatività art. 19, comma 1, legge 241/1990. In particolare si prevedono due presupposti: che il rilascio dei provvedimenti dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti o presupposti di legge o atti amministrativi a carattere generale. Inoltre, che non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli stessi

Circa gli ambiti di esclusione, si escludono determinate materie dall'applicazione della disciplina.

Si introduce la doppia dichiarazione: si prevede cioè una prima dichiarazione dell'interessato in cui si producano i documenti che attestano il possesso dei requisiti necessari. Se l'amministrazione non si pronuncia nei successivi 30 giorni, allora il soggetto può iniziare l'attività, dandone ulteriore comunicazione ad essa.

Si disciplina l'autotutela: in merito, si conserva la potestà di autotutela in capo alla PA nel caso in cui vengano accertate carenze, potendo a sua volta il privato sanare la sua posizione.

Infine, è prevista la giurisdizione esclusiva: si attribuisce cioè alla giurisdizione esclusiva del GA tutte le controversie relative all'applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo. La ragione è giustificata dalla commistione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi (cioè il diritto soggettivo del privato all'esercizio dell'attività, e l'interesse legittimo a fronte dell'attività di controllo e repressione dell'attività da parte della pa).

Gianluca Sgueo

L'Abilitazione

L'abilitazione è il provvedimento che costituisce l'esito di un riscontro di idoneità da parte della pubblica amministrazione competente, chiamata a compiere valutazioni di carattere esclusivamente tecnico e non discrezionale, e il cui rilascio condiziona l'esercizio di un'attività o l'utilizzazione di un bene. **Si tratta di provvedimento a carattere vincolato e generalmente permissivo**, essendo illegittima l'eventuale presa in considerazione di elementi relativi alla convenienza amministrativa. Esso risponde altresì a esigenze di accertamento e di certezza, potendo discendere dalla sua adozione l'attribuzione a carattere dichiarativo di una qualità o di una qualifica giuridica (dalla quale la legge può far discendere, per es., la legittimazione a svolgere un'attività lavorativa).

Le fattispecie di abilitazione sono numerosissime e sono destinate a un progressivo incremento in conseguenza del moltiplicarsi, approfondirsi e specializzarsi delle conoscenze. Possono essere ad personam (e riferirisi a situazioni particolarmente qualificate dal punto di vista costituzionale, come la libertà di insegnamento, la libertà professionale, la libertà di circolazione) oppure ad rem. In alcuni casi (si pensi, per es., alle libere professioni, per l'esercizio delle quali è prevista l'iscrizione in un apposito albo), l'atto considerato come abilitazione non coincide con l'effettiva possibilità di esercizio dell'attività.

L'approvazione

Si tratta di un provvedimento amministrativo, normalmente a carattere retroattivo, che può essere adottato da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una funzione di controllo. In particolare, un'autorità (od organo) amministrativo, una volta valutata la legittimità e/o l'opportunità di un atto emesso da altra autorità (od organo), esprime un giudizio favorevole, con la conseguenza che l'atto approvato è in grado di produrre tutti i suoi effetti, già sospesi in attesa del giudizio favorevole dell'autorità controllante

L'approvazione non fa parte della fase costitutiva dell'atto controllato, ma rientra piuttosto nella fase cosiddetta integrativa dell'efficacia di quest'ultimo, vale a dire nella fase in cui un atto, già perfetto e completo in tutte le sue parti, è temporaneamente privo dell'idoneità a espletare i suoi effetti e si iscrive perciò tra le condiciones iuris. Ne consegue che le approvazioni che rientrano nella fase costitutiva dell'atto (per es., l'approvazione degli strumenti urbanistici o l'approvazione di una graduatoria

concorsuale) sono riconducibili, piuttosto, alla figura dell'atto amministrativo complesso.

L'approvazione si distingue dai visti, poiché in questi ultimi il sindacato esercitato è limitato alla sola legittimità, mentre nell'approvazione è esteso al merito; si differenzia inoltre dalle autorizzazioni, perché queste ultime riguardano non solo atti, ma anche attività materiali e incidono sulla validità e legittimità degli atti e non, come l'approvazione, soltanto sulla loro efficacia; si distingue infine dal nulla osta, poiché non rientra, come quest'ultimo, nella fase costitutiva del provvedimento finale.

L'approvazione trovava larga applicazione nei rapporti fra Stato e persone giuridiche pubbliche e nella materia dei contratti pubblici, ma con il passare del tempo ha assunto carattere recessivo. Essa deve essere sempre data in forma espressa: deve essere comunicata all'autorità che ha emanato l'atto approvato, ma non è recettizia, e quindi produce effetti dal momento dell'emanazione, e non della comunicazione.

IL NULLA- OSTA

provvedimento con il quale l'interesse pubblico, di cui è portatrice l'amm. chiamata ad rilasciarlo, viene acquisito nel procedimento principale come interesse in esso secondario, la cui ponderazione valutativa non potrà essere più modificata dall'amm. agente.

Il nulla osta, come atto interno al procedimento,e l'autorizzazione, atto finale dello stesso, sono figure sostanzialmente diverse. Il nulla osta può essere visto come atto conclusivo di un autonomo subprocedimento, che s'inserisce nel procedimento principale. Cavallo sostiene che la natura provvedimentale del nulla osta discenda dalla ponderazione compiuta dall'amm. nell'esercizio discrezionale di un suo potere amministrativo, diretto alla cura di uno specifico interesse pubblico. La ponderazione di questo interesse viene effettuata tenendo presente l'altro interesse pubblico, che è primario nel procedimento già iniziato: il nulla osta è infatti richiesto dall'amm. agente come elemento indispensabile per poter procedere alla definitiva ponderazione degli interessi in gioco. L'interesse pubblico interviene nel procedimento come interesse secondario rispetto all'interesse pubblico primario perseguito dall'amm. che ha richiesto ed ottenuto il nulla osta.

Il precetto contenuto in questo atto consiste nel regolamento dell'interesse pubblico, che, in quanto suo, è primario, diventando poi secondario una volta trasfuso nel procedimento principale: regolamento precettivo per l'amm. agente poiché questa, nella sua ponderazione, non può modificare l'assetto, cioè la valutazione dell'amm. che ha emanato il nulla osta.

Il rifiuto di nulla osta determina l'insorgenza di un provvedimento negativo. Inoltre è anche più comprensibile l'apponibilità di clausole, che come elementi accidentali possono modificare la gamma delle soluzioni.

DISPENSA (fr. dispense; sp. dispensa; ted. Dispensation; ingl. dispensation). - È l'atto in forza del quale una persona viene in un singolo caso esonerata dall'osservare una data disposizione di legge. Questa disposizione può essere o una norma che impone un dovere positivo (di fare o di dare) o negativo (di non fare o di sopportare che altri faccia), o una norma che determina l'impossibilità giuridica di porre in essere un dato rapporto, di acquistare un dato diritto. La dispensa appartiene così alla categoria degli atti che pongono singole persone in una posizione eccezionale e diversa da quella comune. Essa si distingue però dal privilegio, perché questo non esonera da un obbligo, né si limita a rendere possibile l'acquisto di un diritto, ma crea esso stesso diritti soggettivi non concessi alla generalità; e si distingue pure dalla grazia, perché questa non rende lecito un atto generalmente vietato, ma, intervenendo quando già l'illecito è avvenuto ed è stata applicata la relativa sanzione penale, si limita a esonerare in tutto o in parte il condannato dal subire tale sanzione. L'istituto della dispensa ha avuto la più larga applicazione e il più completo svolgimento nel diritto canonico. Anche gli ordinamenti laici, tuttavia, specie quelli degli stati assoluti, conobbero e usarono, sotto nomi diversi, delle dispense (veniae, indulgentiae, licentiae, solutiones legibus).

Il problema più importante, che sorge a proposito del diritto di dispensa, è se esso sia compreso nella funzione esecutiva, ossia nell'attuazione della norma, o se rientri invece nella funzione legislativa. Dal punto di vista storico e positivo, possiamo constatare che il potere di dispensa è stato costantemente riservato al legislatore. Così nel diritto romano antico, ove troviamo sancito ne quis nisi per populum a legibus solveretur (lex Cornelia, del 64 a. C.); così nel diritto canonico, ove il diritto di dispensare è riconosciuto solo al legislatore e alle autorità da lui espressamente delegate. Se talora i principi dell'età di mezzo esercitarono questo potere, come moderatores rigoris iuris, senza il concorso delle assemblee legislative, è noto come ciò sia stato ritenuto un abuso, come tale abuso sia stato in Inghilterra fra le cause prime della rivoluzione del sec. XVII e come il divieto al re di dispensare abbia formato oggetto di apposite disposizioni nel celebre Bill of rights del 1689. Fra le costituzioni moderne, contengono un divieto analogo la carta francese del 1830 (art. 13), quella belga del 1831 (art. 67) e lo statuto italiano del 1848 (art. 6). È stato sostenuto che il divieto espresso, fatto al potere esecutivo di dispensare dalle leggi, proverebbe, anziché il carattere legislativo della dispensa, il suo carattere di atto esecutivo. Si tratterebbe allora di un atto amministrativo riservato per ragioni politiche agli organi legislativi. Viceversa, risalendo al concetto sostanziale di legge, si può dire che un atto, che limita l'efficacia di una norma, modifica tale norma e crea una norma di eccezione accanto alla norma generale: ha quindi esso pure natura di atto legislativo. Per tale sua natura perciò, e non per ragioni contingenti, rientra nella competenza del legislatore; quanto al divieto

espresso nelle carte costituzionali, esso si giustifica con la necessità, dimostrata dai ripetuti abusi, di rimuovere ogni equivoco sulla natura e sulla competenza della facoltà di dispensare.

Se, nonostante questa natura legislativa e nonostante l'espresso divieto, in caso di urgente necessità, una facoltà di dispensa sia da ammettersi eccezionalmente nel potere esecutivo, è stata questione lungamente dibattuta, come parte dell'altra più vasta se possa il potere esecutivo sostituirsi in caso di urgenza a quello legislativo. La questione generale è stata risolta per l'Italia dall'articolo 3 della legge 31 gennaio 1926, n. 100, che riconosce al potere esecutivo la facoltà di emanare atti aventi forza di legge nel caso di urgente necessità e salvo convalida del parlamento nei termini e modi dall'articolo stesso stabiliti (v. decreto, XII, p. 671 segg.).

L'incompetenza del potere esecutivo a emettere da solo atti di dispensa non è limitata alle leggi, ma si estende anche ai regolamenti: sebbene questi emanino dallo stesso potere esecutivo, pure è concorde l'opinione che esso non possa modificarli se non con norme generali, esclusa ogni facoltà di deroga e di dispensa.

Vi sono alcune materie, nelle quali espresse disposizioni di legge hanno attribuito al potere esecutivo in modo permanente la facoltà di dispensare: tali quella degl'impedimenti al matrimonio, quella delle pubblicazioni che devono precedere la celebrazione del matrimonio (articoli 68, 78 cod. civ.; legge 27 maggio 1829, n. 847, art. 2). La competenza regia per queste dispense è stata delegata ai procuratori generali, e in parte ai procuratori del re, da posteriori disposizioni (r. decr. 15 novembre 1865, n. 2602, art. 82; r. decr. 14 febbraio 1869, n. 4872; decr. legge 28 dicembre 1919, n. 2501). In questi casi, la dispensa non è atto contra legem, ma sub lege: e perciò essa non ha carattere legislativo, ma è atto amministrativo e si deve annoverare fra le autorizzazioni. Come nel caso delle altre autorizzazioni, la libertà individuale incontra nella legge una limitazione non assoluta: la legge stessa conferisce alle autorità esecutive la facoltà di rimuovere la limitazione, nei casi singoli e tenuto conto delle circostanze. La disciplina della forma e dell'efficacia di questi atti, e quella della loro validità e dei mezzi per impugnarli, è data dai principî generali riferentisi agli atti amministrativi.

Nel regime matrimoniale italiano, come in ogni altro che ammetta l'efficacia civile del matrimonio religioso, hanno indirettamente effetto nell'ordinamento dello stato alcune dispense concesse dalle autorità ecclesiastiche. La natura, i presupposti e gli effetti di tali dispense sono retti interamente dal diritto canonico.

LE CONCESSIONI AMMINISTRATIVE

La concessione è l’atto amministrativo con cui la pubblica amministrazione consente al concessionario l’uso di risorse e/o l’esercizio di attività non disponibili da parte dei privati e riservate ai pubblici poteri.

Si distinguono, come tipi principali: **la concessione di bene pubblico** (v. Beni pubblici e di interesse pubblico); **la concessione di servizio pubblico**; **la concessione di opera pubblica**. La concessione di bene pubblico conferisce, per es., diritti d'uso del demanio marittimo (spiagge, arenili) per lo svolgimento di attività quali la gestione di stabilimenti balneari, o di complessi turistici, o di impianti di raffinazione di idrocarburi; oppure diritti d'uso del demanio idrico (acque dei fiumi) a fini di irrigazione o di conduzione di attività industriali.La concessione di servizio pubblico consente lo svolgimento di attività economiche quali la distribuzione dell'energia elettrica o del gas.

La concessione di opera pubblica attribuisce il diritto di costruire e di gestire opere quali strade o autostrade. In taluni casi si ha una concessione mista, come nel caso della concessione aeroportuale, che consente l'uso di un bene demaniale (il cosiddetto sedime aeroportuale), la costruzione dell'aeroporto e la gestione dei servizi e delle altre attività aeroportuali.

Vi sono anche concessioni che consentono l'esercizio di funzioni fortemente autoritative, come l'esazione dei tributi.

Aspetti contrattuali. - **L'atto di concessione, nei casi meno complessi, è un provvedimento amministrativo unilaterale** (v. atto amministrativo). Vi può essere il provvedimento amministrativo, che concede, e un contratto collegato (cosiddetto 'contratto accessivo alla concessione'), che regola il rapporto patrimoniale che si viene a instaurare fra l'amministrazione concedente e il concessionario.

Nei casi più complessi – soprattutto in materia di servizi pubblici e di opere pubbliche – **la concessione è un contratto** che ha la doppia finalità di concedere e di regolare gli aspetti patrimoniali.

L'affidamento delle concessioni è regolato da diverse procedure e modalità. Talora è la legge che disciplina in estremo dettaglio i requisiti del concessionario, tanto da consentirne l'individuazione (è il caso di alcune concessioni aeroportuali). Spesso l'affidamento è lasciato alla scelta largamente discrezionale dell'amministrazione concedente. In altri casi vi sono procedure di gara o a evidenza pubblica, che consentono la competizione fra diversi aspiranti concessionari. La Commissione europea ha raccomandato l'affidamento con gara delle concessioni, proprio per tutelare la concorrenza e la trasparenza nel conferimento di diritti e di poteri così delicati ai concessionari. Tale prassi, tuttavia, è ancora scarsamente diffusa, non soltanto in Italia.

La concessione costituisce un rapporto fra amministrazione concedente e concessionario. Il concessionario ha il diritto di utilizzare il bene, di gestire il servizio, o di realizzare l'opera. Diviene spesso titolare di privilegi, di esclusive, o di posizioni

economicamente dominanti, poiché la concessione consente la disponibilità di risorse scarse (come le spiagge), o l'esercizio di attività in situazione di monopolio (come la distribuzione del gas a unica impresa concessionaria in un comune). Il concessionario deve rispettare una serie di obblighi nello svolgimento delle attività oggetto di concessione, di regola stabiliti dal contratto di concessione e spesso molto dettagliati nel contenuto (per es., standard e criteri nella realizzazione degli impianti costruiti sul demanio), e deve versare all'amministrazione concedente un canone o altri corrispettivi.

Talora il concessionario può esercitare poteri amministrativi: la giurisprudenza configura come provvedimenti amministrativi alcuni atti adottati dal concessionario di servizi o di opere, come gli atti di aggiudicazione di contratti di appalto per l'esecuzione di lavori. Di regola, l'amministrazione concedente è titolare di poteri molto penetranti. Può controllare l'attività del concessionario e adottare direttive; può sostituirsi al concessionario nei casi di inerzia di quest'ultimo; ha un potere di sanzione, che consiste nel dichiarare la decadenza della concessione in caso di inadempimento grave del concessionario; può, ove previsto dalla legge o dal contratto di concessione, esercitare il diritto di riscatto, che comporta la risoluzione del medesimo contratto e il trasferimento degli impianti all'amministrazione; può revocare la concessione per ragioni di pubblico interesse (in tal caso, è dovuto un indennizzo al concessionario se vi è un pregiudizio economico: art. 21 quinquies, l. 241/1990, modificata dalla l. 15/2005).

Il rapporto fra concedente e concessionario è ampiamente disciplinato dal diritto privato e dal codice civile. Si applicano le regole previste consensualmente nelle clausole contrattuali. In via integrativa si applicano, salvo eccezioni, norme e principi del codice civile, per es. in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta o di risoluzione contrattuale. La disciplina sostanzialmente paritaria e consensuale delle concessioni si converte spesso in una posizione di maggiore forza del concessionario – talora un'impresa di organizzazione e dimensioni rilevanti – nei confronti dell'amministrazione concedente, non sempre attrezzata a sufficienza a esercitare la vigilanza e i poteri di controllo sullo svolgimento delle attività del concessionario.

L'impiego di tale strumento si è esteso notevolmente nel corso del 20° secolo. Sul finire del secolo, tuttavia, si è registrata una tendenza di segno contrario, a seguito del rafforzamento del principio della libera concorrenza attuato sia dal diritto comunitario sia da quello nazionale. La concessione, infatti, consentendo privilegi o esclusive alle imprese concessionarie e, al tempo stesso, prevedendo poteri di controllo e di direzione della pubblica amministrazione sulle attività economiche dei concessionari, può comportare distorsioni o restrizioni della libera concorrenza. Per tali ragioni al posto delle concessioni sono subentrati, in diversi casi, altri strumenti e misure, come le autorizzazioni, che permettono lo svolgimento dell'attività economica a un maggior

numero di operatori e prevedono controlli e poteri discrezionali meno penetranti da parte dell'amministrazione pubblica.

Le concessioni amministrative su risorse naturali

di *Maria De Benedetto*

Le concessioni amministrative su risorse naturali (demanio idrico, marittimo e minerario) sono oggetto di una disciplina assai risalente (Regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443 per il demanio minerario, al Regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 per il demanio idrico, e al Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 per il demanio marittimo).
Le principali modificazioni intervenute nel corso degli anni hanno riguardato lo specifico aspetto della titolarità delle funzioni relative ai beni.
A partire dagli anni '70 del secolo scorso si è avviato – anche nella materia - un processo di decentramento amministrativo, con una prima delega alle regioni operata con il d.p.r. n. 616/77, poi con il trasferimento disposto con la legge n. 59/97 (e il d.lgs. n. 112/98).
Per alcuni profili è, peraltro, emersa una competenza legislativa delle regioni, anche a seguito della riforma del titolo V della Costituzione (legge costituzionale n. 3/2001).
Il trasferimento di funzioni in materia di demanio idrico e minerario è, così, stato accompagnato da un parallelo trasferimento dei canoni concessori in favore delle regioni, o degli enti locali investiti delle funzioni in base a sub-delega. Sono, invece, rimasti di spettanza statale gli introiti derivanti dall'affidamento in concessione del demanio marittimo, nonostante la ricorrente proposta di attribuirle, almeno parzialmente, alle regioni e ai comuni.
Un quadro di sintesi del riparto di competenze fra lo Stato e gli enti territoriali in materia è riportato nel Rapporto "Analisi delle concessioni su infrastrutture e risorse naturali" curato da M. D'Alberti (giugno 2006).

	Demanio idrico	**Demanio marittimo**	**Demanio minerario**
Titolarità del bene oggetto di concessione	Stato(salvo eccezioni, come ad es. il demanio regionale riguardante talune acque lacuali ed i canali di irrigazione)	Stato	Regioni (salvo eccezioni, come le miniere e gli idrocarburi di proprietà statale)
Competenza amministrativa di affidamento e gestione delle concessioni	Regioni e/o Province	Comuni costieri e Autorità portuali (salvo eccezioni, come la competenza statale per le concessioni di beni demaniali marittimi compresi nelle aree di preminente interesse	Regioni(salvo eccezioni, come le funzioni amministrative di competenza statale relative all'attività di prospezione, ricerca

		nazionale e quelli per finalità di approvvigionamento di fonti di energia)	e coltivazione di idrocarburi in mare)
Competenza di determinazione dei canoni concessori	Regioni e/o Province (*****)	Stato e Autorità Portuali (*****)	Regioni (*****) (salvo eccezioni di competenza statale, come la determinazione delle "*royalties*" sulla produzione degli idrocarburi)
Spettanza dei canoni concessori	Regioni e/o Province	Stato e Autorità portuali	Regioni(salvo eccezioni di spettanza statale, come parte delle "*royalties*" sulla produzione di idrocarburi)

Legenda: il simbolo (*****) significa che gli enti indicati in tabella diversi dallo Stato (Regioni, province e Autorità portuali) agiscono nel rispetto dei principi fondamentali riservati alla legislazione statale e/o nell'osservanza di criteri stabiliti con provvedimenti ministeriali.

Concessioni su demanio idrico

Il codice civile ha fornito una disciplina del demanio idrico (art. 822 c.c., "appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico (...) i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia") anche se esiste normativa più risalente. La natura pubblica delle acque, superficiali e sotterranee, è stata ribadita dall'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36.

I beni del demanio idrico appartengono allo Stato, salvo casi limitati di demanio regionale (talune acque lacuali e i canali demaniali di irrigazione, che sono stati trasferiti alle regioni con l'art. 12 della legge 27 dicembre, 1977, n. 984).

L'art. 86 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 ha, peraltro, previsto che "alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le regioni e gli enti locali competenti per territorio" e che "i proventi dei canoni ricavati dalla utilizzazione del demanio idrico sono introitati dalla regione". A seguito della riforma i canoni concessori per la derivazione di acqua vengono pertanto determinati, riscossi ed introitati dalla regione (o altro ente locale sub-delegato).

Il demanio idrico può essere oggetto di uso esclusivo, sulla base di una concessione amministrativa. In merito alla tipologia concessoria, le concessioni relative al demanio idrico si distinguono in concessioni di beni e concessione di servizi.

Nell'ambito delle concessioni di beni rivestono particolare importanza le concessioni per lo sfruttamento delle acque mediante derivazioni, che possono giustificarsi (con il limite della durata trentennale) per diversi scopi (Regio decreto 11 dicembre 1933 n. 1775, art. 6) : *per forza motrice, per acqua potabile, per irrigazione, per bonificazione per colmata.*

Il d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275, "Riordino in materia di concessione di acque pubbliche", art. 1, intervenendo sull'art. 6 del Regio decreto n. 1775/1933 ha, inoltre, previsto anche derivazioni per usi

industriali, per uso ittiogenico e per costituzione di scorte idriche a fini di uso antincendio e sollevamento a scopo di riqualificazione di energia
Le *piccole derivazioni di acque* sono divenute di competenza delle Regioni (D.p.r. 14 gennaio 1972, n. 2, e art. 90, D.p.r. 24 luglio 1977, n. 616).
Per le *grandi derivazioni* il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ha trasferito alle regioni e alle province autonome anche la competenza relativa al rilascio delle concessioni per uso idroelettrico (art. 12, comma 10).
Fra le concessioni di servizi si richiamano le concessioni per la gestione del servizio idrico integrato ("*captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue*"), assoggettato alla normativa comunitaria degli enti erogatori di acqua.
Riguardo la questione dei criteri di preferenza nella scelta del concessionario il Regio decreto n. 1775/1933 (art. 9) prevede la priorità temporale nella presentazione della domanda (a parità di progetto) e la proprietà dei terreni da irrigare.
Per le concessioni di derivazione d'acqua, è, inoltre, previsto che le domande per nuove concessioni vengano pubblicate e che "tra più domande concorrenti (…) è preferita quella che da sola o in connessione con altre utenze connesse o richieste presenti la più razionale utilizzazione delle risorse idriche".
Inoltre, tra i criteri di preferenza introdotti a seguito delle modifiche apportate dall'art. 96, comma 2, del d.lgs. n. 152/2006, vi è quello per cui è privilegiata, "la domanda che, per lo stesso tipo di uso, garantisce la maggiore restituzione d'acqua in rapporto agli obiettivi di qualità dei corpi idrici".
Meritano un richiamo anche gli specifici criteri di preferenza relativi alla gestione del servizio idrico integrato.
L'art. 35 del Regio decreto n. 1775/1933 prevedeva, per le utenze di acqua pubblica, il pagamento di un canone annuo. Per la gestione del servizio idrico integrato, la legge n. 36/1994 si era limitata a prevedere che "la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico" (art. 13), ma non ha fatto alcun riferimento al canone a carico del concessionario.
Il d.lgs. n. 152/2006 ha confermato il principio secondo cui "la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato" (art. 154), ma ha altresì specificato che con decreto interministeriale "sono stabiliti i criteri generali per la determinazione, da parte delle regioni, dei canoni di concessione di acqua pubblica, tenendo conto dei costi ambientali e dei costi della risorsa e prevedendo altresì riduzioni del canone nell'ipotesi in cui il concessionario attui un riuso delle acque (…) o restituisca le acque di scarico con le medesime caratteristiche qualitative di quelle prelevate" (art. 154, comma 3).

Concessioni su demanio marittimo
Il demanio marittimo viene definito nel codice civile (art. 822"Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; […]")e nel codice della navigazione anche se, nel corso degli anni, numerose norme, primarie e regolamentari, sono intervenute a disciplinare la materia.
I beni del demanio marittimo appartengono allo Stato ma questo ha mantenuto solo alcuni compiti a seguito del massiccio trasferimento delle relative funzioni amministrative alle Regioni, ai comuni, alle Autorità portuali. Il trasferimento non ha, peraltro, comportato l'attribuzione delle relative risorse finanziarie.
Il demanio marittimo è suscettibile di due forme di utilizzazione: la fruizione cd. collettiva e l'uso esclusivo – per una durata variabile - in base ad un titolo concessorio, per lo svolgimento di una attività.
L'uso esclusivo in concessione può aversi (l. 4 dicembre 1993, n. 494, di conv. del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, "Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime",

in particolare art. 1): per finalità turistico-ricreative; per prestazione di servizi pubblici; per servizi/attività portuali e produttive.
A sua volta, l'uso turistico ricreativo può avere ad oggetto l'esercizio di varie attività: gestione di stabilimenti balneari; esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; noleggio di imbarcazioni e natanti, in genere; gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; esercizi commerciali; servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo.
Nel tentativo di definire criteri volti ad una riduzione della discrezionalità per l'individuazione del concessionario il legislatore ha disciplinato il procedimento concessorio, ribadendo l'esigenza di pubblicità. Nella normativa si rinvengono, così, tra i criteri per la scelta del concessionario, esigenze di tutela paesaggistico-ambientale e di valorizzazione turistico-economica; di proficua utilizzazione; la preferenza per attrezzature non fisse e completamente amovibili;la preferenza per la titolarità di precedenti concessioni.
Particolarmente problematica la competenza relativa alla determinazione dei canoni concessori, tradizionalmente ripartita tra diverse autorità. Controversa, inoltre, è la prospettiva della attribuzione alle regioni o ai comuni dei proventi relativi ai canoni.
Merita di essere ricordato il criterio di determinazione del canone fissato dal Regolamento del codice della navigazione marittima, art. 16, comma 4, secondo il quale "la misura del canone per le singole concessioni deve essere concordata fra il capo del compartimento e l'intendente di finanza in relazione alla entità delle concessioni stesse, allo scopo che si intende conseguire e ai profitti che può trarne il concessionario".

Concessioni su demanio minerario
Ai sensi dell'art. 826 c.c., "fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato [...] le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo […]". Nella nozione di risorse minerarie vengono pertanto ricompresi i giacimenti di minerali, le cave e le torbiere nonchè gli idrocarburi.
La relativa disciplina è contenuta nella legge mineraria (Regio decreto, 29 luglio 1927, n. 1443), per quanto riguarda lo sfruttamento di miniere, cave, torbiere, acque minerali e termali.
La disciplina del sale è regolata anche dall'art. 3, legge 17 luglio 1942 n. 907 ("Legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi" e successive modifiche).
Quanto, invece, agli idrocarburi (gas metano e petrolio), questi sono assoggettati ad una normativa speciale e, soltanto in via sussidiaria, interviene la legge mineraria (ex art. 1, legge n. 6/1957).
Quanto, infine, alle risorse geotermiche (come le sorgenti naturali di acque calde boriche), la disciplina di riferimento è contenuta nella legge 9 dicembre 1986, n. 896 ("Disciplina della ricerca e della coltivazione delle risorse geotermiche").
Alcuni aspetti della specifica disciplina relativa ai giacimenti di acque minerali e termali, alle cave e alle torbiere e alle miniere delle Regioni ad autonomia speciale, sono regolati anche da apposite leggi regionali.
Le attribuzioni amministrative in materia di demanio minerario sono state oggetto di trasferimento alle Regioni, già per effetto del d.p.r. n. 616/77 (art. 62, per le cave e torbiere; art. 61, per le acque minerali e termali). Un ulteriore decentramento è stato previsto all'art. 34, comma 1, d.lgs. 112/98 con cui si è statuito che "le funzioni degli uffici centrali e periferici dello Stato relative ai permessi di ricerca ed alle concessioni di coltivazione di minerali solidi e delle risorse geotermiche sulla terraferma sono delegate alle Regioni, che le esercitano nell'osservanza degli indirizzi della politica nazionale nel settore minerario e dei programmi nazionali di ricerca".
Lo Stato ha conservato funzioni amministrative concernenti le attività di "prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, ivi comprese le funzioni di polizia mineraria in mare".

Nonostante il decentramento, il Regio decreto n. 1443/1927 e la legislazione statale successiva, come il d.p.r. 18 aprile 1994, n. 382, rappresentano ancora un'importante normativa di riferimento per la legislazione regionale.
Analogamente a quanto previsto in materia di demanio idrico, l'art. 34, comma 5, d.lgs. n. 112/98, riferendosi alle concessioni di coltivazione di minerali solidi e delle risorse geotermiche sulla terraferma, prevede che "i canoni dovuti dai titolari dei permessi e delle concessioni sono devoluti alle regioni territorialmente interessate".
La "fruizione imprenditoriale" del demanio minerario è possibile attraverso una "specie a sé stante del genere concessione di beni pubblici che è la concessione mineraria" (*Giannini*): per il Regio decreto n. 1443/27, la coltivazione delle miniere può essere svolta solo su concessione.
Nel caso delle cave e delle torbiere, che – come noto - sono beni privati di pubblico interesse, la titolarità del diritto di sfruttamento è riconosciuta pienamente al proprietario che è - comunque - obbligato alla coltivazione della cava o della torbiera. In caso di inadempienza dell'obbligo, l'amministrazione competente è legittimata ad assegnare in concessione a terzi lo sfruttamento della cava o della torbiera.
La disciplina degli idrocarburi (tra cui gas naturale e oli minerali) è stata interessata da un processo di parziale liberalizzazione, e il regime concessorio è stato, in alcuni casi, sostituito con una autorizzazione.
La concessione di coltivazione veniva assegnata in base a criteri fortemente discrezionali, non essendo imposta alcuna procedura di gara (art. 15, co. 1).
Alcuni criteri di preferenza nella scelta del concessionario sono stati in seguito utilizzati nella normativa settoriale.
Secondo l'art. 16 del Regio decreto n. 1443/27, nel rilascio delle concessioni minerarie "il ricercatore è preferito ad ogni altro richiedente": la titolarità del permesso di ricerca delle sostanze minerali, è il primo criterio di preferenza (art. 16). .
Per le concessioni concernenti cave/torbiere appartenenti al patrimonio indisponibile della Regione si considera anche l'offerta del maggior canone, da valutarsi insieme alla presentazione del miglior progetto di coltivazione.
In materia di idrocarburi, per lo stoccaggio, la selezione fra più domande concorrenti viene effettuata in base ai seguenti criteri: "a) completezza e razionalità del progetto di stoccaggio e del relativo programma di lavori proposto; b) tempi programmati per l'esecuzione dei lavori; c) minore entità degli investimenti, a parità di prestazioni assicurate dal progetto di stoccaggio; d) modalità di svolgimento dei lavori, anche riferiti alla salvaguardia e sicurezza ambientale".
Un importante parametro per l'individuazione del canone di sfruttamento è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale per le acque minerali. Il Regio decreto n. 1443/1927 imponeva al titolare di una concessione mineraria un canone rapportato alla superficie dell'area oggetto di concessione (art. 15). La Corte Costituzionale ha significativamente ritenuto di non dover censurare la Legge regione Lombardia n. 1/1998, ancorché la stessa preveda un canone di concessione commisurato anche alla quantità di acque prelevate e imbottigliate dal concessionario.

Alcune osservazioni comuni possono essere formulate sulle linee di fondo che sembrano aver ispirato le pur diverse discipline delle risorse naturali: in particolare, un punto di convergenza si può rinvenire nella costante e progressivamente più circostanziata affermazione di criteri di natura economica nelle normative di settore, volti a perseguire una razionalizzazione nello sfruttamento delle risorse.
La prima tra le considerazioni riguarda la *scelta del concessionario*.
Nelle discipline settoriali viene ad essere attribuita rilevanza ad interessi che nel procedimento concessorio operano quali criteri di esercizio della discrezionalità nella scelta del concessionario. Tali

interessi, che pure sono diversamente specificati per ogni tipologia di concessione, rispondono a logiche comuni.
In alcuni casi, le norme pongono criteri preferenziali per la scelta del concessionario in modo da rispondere ad esigenze che potremmo definire di salvaguardia: così, ad esempio, per il demanio marittimo la tutela paesaggistico-ambientale e la valorizzazione turistico-economica o il fatto che eventuali attrezzature debbano essere preferenzialmente non fisse e completamente amovibili; per il demanioidrico,viene previsto che "per lo stesso tipo di uso è preferita la domanda che garantisce che i minori prelievi richiesti siano integrati dai volumi idrici derivati da attività di recupero e riciclo" o, nel caso di servizio idrico integrato, viene richiesta la "sicurezza e affidabilità degli impianti, del lavoro e del servizio, con particolare riguardo al rispetto delle normative ambientali"; infine, per il demanio minerario, nel caso dello stoccaggio di idrocarburi, sono richieste "d) modalità di svolgimento dei lavori, anche riferiti alla salvaguardia e sicurezza ambientale".
In altri casi, è comunque premiata la più razionale proposta di sfruttamento della risorsa naturale: così, per il demanio marittimo, si richiede la "proficua utilizzazione"; nel demanio idricosi prevede, invece, che "tra più domande concorrenti […] è preferita quella che da sola o in connessione con altre utenze connesse o richieste presenti la più razionale utilizzazione delle risorse idriche".
In altri ancora, viene riconosciuta una posizione di vantaggio al precedente concessionario (o al proprietario del fondo, o a colui che si sia fatto carico di attività propedeutiche all'attribuzione della concessione): ad esempio, nel demanio marittimo, è ragione di preferenza l'essere titolari di precedenti concessioni; nel caso del demanio idrico, si prevede tra i criteri di preferenza la proprietà dei terreni da irrigare; per il demanio minerario, infine, nel rilascio delle concessioni minerarie "il ricercatore è preferito ad ogni altro richiedente".
La seconda considerazione riguarda i *criteri per la determinazione dei canoni concessori*, non di rado ancorata a specifici parametri tecnici – caratteristici di ogni risorsa - e comunque sempre più ricorrentemente tesa a commisurarsi alla proficuità che il concessionario trae dallo sfruttamento della risorsa: così, per il demanio marittimo, il Regolamento del codice della navigazione marittima (art. 16) già prevedeva che "la misura del canone per le singole concessioni deve essere concordata fra il capo del compartimento e l'intendente di finanza in relazione alla entità delle concessioni stesse, allo scopo che si intende conseguire e ai profitti che può trarne il concessionario"; per il demanio minerario, nelle concessioni concernenti cave e torbiere appartenenti al patrimonio indisponibile della Regione, si considera l'offerta del maggior canone, mentre per le acque minerali e termali, anche a seguito dei pronunciamenti della Corte costituzionale, il canone di concessione è commisurato alla quantità di acque prelevate e imbottigliate dal concessionario.
Sembra, pertanto, registrarsi una spinta comune nella normazione di settore, volta a conseguire il razionale utilizzo delle risorse naturali da parte dei privati cui sia affidato lo sfruttamento economico delle stesse. Tale spinta viene, peraltro, ad essere combinata con la tendenza ad una valorizzazione economica delle stesse risorse, nella prospettiva di massimizzare le entrate al pubblico erario.

IL SILENZIO

1. Profili generali e principali tappe evolutive

Il fenomeno dell'inerzia mantenuta dalla Pubblica amministrazione su istanze rivolte da privati è da sempre al centro di un articolatissimo confronto dottrinale e

giurisprudenziale, oltre che di ripetuti interventi legislativi, principalmente volti ad assicurare l'azionabilità di adeguati meccanismi di tutela.

La tutela approntata dall'ordinamento a fronte del comportamento inerte dell'amministrazione può essere di tipo successivo o pretensivo.**E' successiva**, quando al privato è consentito di reagire per ovviare ad eliminare gli effetti negativi prodotti dall'inerzia tenuta dall'amministrazione, rivolgendosi all'autorità giudiziaria (in questo contesto si colloca l'istituto del silenzio-inadempimento). **E' pretensiva**, quando il legislatore interviene a prevenire lo stesso prodursi di possibili effetti pregiudizievoli connessi all'inerzia: è quanto si verifica nei casi in cui si riconosce al silenzio dell'amministrazione un significato legale tipico, per esempio di accoglimento dell'istanza presentata dal privato, così soddisfatto pur a fronte della mancata adozione del provvedimento espresso (c.d. silenzio-assenso).

Giova dare atto in generale del crescente rilievo assunto negli ultimi decenni dalla tempistica procedimentale e dal rispetto della stessa ad opera dell'amministrazione.

Volendo segnalare le principali tappe attraverso le quali si è manifestata questa significativa evoluzione ordinamentale, occorre prendere le mosse dalle due importanti leggi del 1990 (nn. 241 e 86), passando per quelle, altrettanto significative, e per certi versi dirompenti, del 2005 (nn. 15 e 80) e del 2009 (n. 69),per concludere quindi con l'art. 49, comma 4 bis, l. n. 122 del 2010 di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78), che ha atteso all'ulteriore riscrittura dell'art. 19, l. n. 241 del 1990, e il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo: tra i primi due gruppi, giova peraltro segnalare l'importanza che ha avuto l'art. 17, lett. f), l. n. 59 del 1997, nonché l'impatto impresso dalla sentenza delle Sezioni unite di Cassazione n. 500 del 1999 che, nel riconoscere la risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, ha anche finito per dare la stura alla ristorabilità del danno da silenzio. Con l'art. 2, l. n. 241 del 1990, è stata introdotta una disposizione avente portata generale volta a canonizzare il principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo e della certezza dei tempi dell'azione pubblica[1].

Sempre nel 1990, con la nota l. n. 86, di riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione, è riscritto l'art. 328 c.p.: nel comma 2 del testo riformulato, è incriminata la condotta dell'agente pubblico il quale, entro trenta giorni dall'istanza di chi vi abbia interesse, non adotta l'atto del suo ufficio e non espone le ragioni del ritardo; il legislatore presidia, quindi, anche sul versante penale il bene giuridico del rispetto della tempistica procedimentale. Con il citato art. 17, lett. f), l. n. 59 del 1997, si è provato ad introdurre nell'ordinamento la regola della generale indennizzabilità dei pregiudizi derivanti dal ritardo in cui incorra l'amministrazione nella definizione dei procedimenti amministrativi; indennizzo dovuto, quindi, per il

solo fatto del ritardo, in disparte la natura ingiusta del danno subito. La previsione, contenuta nella citata legge delega, non ha tuttavia mai trovato attuazione.

Si è provato (senza esito) a reintrodurla con il disegno di legge in materia di "efficienza delle amministrazioni pubbliche e di riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese" (c.d. legge Nicolais), che ha previsto l'aggiunta dell'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990. Tale norma al comma 1 introduceva l'obbligo dell'amministrazione di risarcire il danno ingiusto conseguente all'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto. Era previsto che il diritto a detto risarcimento si prescrivesse in cinque anni (comma 4). Al comma 2 del cit. art. 2 bis si stabiliva che le Pubbliche amministrazioni devono corrispondere ai soggetti istanti, a titolo sanzionatorio del mero ritardo, una somma di denaro in misura fissa ed eventualmente progressiva, nei casi di inosservanza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi. La misura ed il termine di corresponsione di detta somma era rimessa ad un regolamento da adottare, su proposta del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400. Il diritto a tale somma si prescrive in un anno (comma 4). Le controversie aventi ad oggetto sia la somma dovuta a titolo risarcitorio che quella a titolo sanzionatorio erano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Un'importanza centrale assume, ancora, l'intervento del legislatore del 2000 che, con la l. n. 205, ha inserito nella l. n. 1034 del 1971, l'art. 21 bis, disciplinando un apposito rito sul silenzio, connotato, tra l'altro, dalla stringatezza dei termini processuali: il legislatore manifesta, così, l'esigenza che anche il processo azionato con il ricorso avverso l'inerzia dell'amministrazione segua ritmi accelerati, sì da consentire al privato di trovare rapide risposte e soluzioni. Con l'art. 3, comma 1, d.l. 35 del 2005 (convertito nella l. 14 marzo 2005, n. 80), il legislatore, riscrivendo l'art. 19, l. n. 241 del 1990, ha liberalizzato tutte quelle attività private prima sottoposte a provvedimenti autorizzativi "il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi", con la sola eccezione dei provvedimenti rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela di interessi qualificati (difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, etc.) e dei provvedimenti imposti dalla normativa comunitaria. Il provvedimento autorizzativo, in precedenza richiesto, è sostituito dalla dichiarazione dell'interessato. Il controllo dell'amministrazione è, quindi, destinato ad essere esercitato non più in via preventiva ma a valle della comunicazione ad opera del privato dell'intervenuto inizio dell'attività: si tratta del controllo successivo che l'amministrazione può esercitare inibendo la continuazione dell'attività allorchè accerti la carenza dei presupposti

richiesti. In capo all'amministrazione residua peraltro il potere di autotutela ai sensi dell'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990.

Riguardo alle attività private ancora sottoposte a preventiva verifica dell'amministrazione, il legislatore del 2005 ha operato in due direzioni. Innanzitutto, l'art. 3, comma 6 ter, d.l. n. 35 del 2005 ha riformulato l'art. 20, l. n. 241 del 1990, generalizzando il silenzio-assenso, esteso a tutti i procedimenti ad istanza di parte, con la sola eccezione dei provvedimenti rilasciati da amministrazioni preposte alla cura di interessi qualificati (difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente) e dei casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti espressi.

Il silenzio-assenso, quindi, lungi dall'operare nei soli e tassativi casi previsti, diventa istituto generale: si tratta di una novità voluta dal legislatore del 2005 al fine di ridimensionare per quanto possibile i casi in cui l'inerzia dell'amministrazione è in grado di sortire effetti negativi in danno del privato, costringendolo ad attivarsi sul piano giudiziario per ovviare alla situazione di stallo procedimentale determinatasi.

Per i casi in cui il silenzio dell'amministrazione continua a non avere valore provvedimentale, l'art. 3, comma 6 bis, d.l. n. 35 del 2005, ha riformulato l'art. 2, l. n. 241 del 1990, introducendo dirompenti novità: 1) è stata eliminata la necessità della previa diffida ai fini della formazione del silenzio-inadempimento; 2) la proposizione del ricorso avverso il silenzio non è più soggetta al termine decadenziale di cui all'art. 21, l. Tar; 3) diviene più penetrante il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in sede di ricorso avverso il silenzio-rifiuto, prevedendosi espressamente il potere del giudice di conoscere della fondatezza dell'istanza.

Ancora, l'art. 7, l. n. 69 del 2009 è intervenuto nuovamente sulla disciplina del silenzio inadempimento. Su un primo versante, riscrivendo l'art. 2, l. n. 241 del 1990, ridefinisce i termini per provvedere. E' così introdotta una nuova disciplina dei termini massimi di conclusione dei procedimenti improntata a una generale abbreviazione dei termini stessi rispetto all'assetto previgente, nonché a principi di certezza, uniformità ed estremo rigore circa il momento entro il quale la P.A. è tenuta a definire il procedimento da essa gestito. Su un secondo fronte, la l. 18 luglio 2009. n. 69, introduce previsioni dichiaratamente intese ad accrescere la tutela degli amministrati a fronte di ritardi e inefficienze dei soggetti pubblici nella definizione dei procedimenti amministrativi. Nel complesso, la nuova disciplina sembra finalizzata ad ascrivere rilievo autonomo all'elemento temporale, posto in relazione con l'esercizio del potere amministrativo, in quanto fattore necessario e coessenziale nell'organizzazione della funzione amministrativa, che in una visione moderna, manageriale, vede l'ottimizzazione dei tempi andare di pari passo con l'efficienza amministrativa.

In tale prospettiva, vengono in rilievo due significative novità.

Da un lato, il riconoscimento esplicito della risarcibilità del c.d. danno da ritardo contenuto nell'art. 2 bis, l. n. 241, a tenore del quale "**Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".**

Dall'altro, si prevede espressamente che i predetti ritardi possono essere causa di responsabilità dei dirigenti. Infine, sulla disciplina del silenzio è intervenuto il d.lgs. 104 del 2010, con cui è stato varato il codice del processo amministrativo che, agli artt. 31 (commi 1, 2 e 3) e art. 117, ha attratto la disciplina prima recata dall'art. 2, comma 8, l. n. 241 del 1990 e dell'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971. Alle richiamate disposizioni si aggiungono l'art. 30, comma 4, recante la disciplina dell'azione per il risarcimento del danno da ritardo (così destinata a sostituirsi, per vero con modificazioni, a quella dettata dall'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. 69 del 2009) e l'art. 133, lett. a), n. 1), che fissa la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla predetta azione risarcitoria, come originariamente prevista dal citato art. 2 bis.

2. Cenni sulle diverse tipologie di silenzio

Il termine silenzio, nel diritto amministrativo, si riferisce tradizionalmente agli istituti preposti alla rimozione o alla prevenzione degli effetti negativi dell'inerzia della pubblica amministrazione, in vista della tutela dei soggetti interessati all'emanazione di un atto amministrativo[2]. Nei casi in cui l'inerzia dell'amministrazione non è diversamente disciplinata da una norma positiva, viene in considerazione l'istituto del silenzio-rifiuto: si tratta di un rimedio di origine giurisprudenziale che presuppone l'interesse qualificato di un soggetto all'emanazione di un atto e consiste nella possibilità di ricorrere al giudice amministrativo per ottenere l'attuazione coattiva del dovere di provvedere inadempiuto dalla P.A.[3].

L'espressione silenzio-rifiuto richiama le origini dell'istituto, quando la giurisprudenza interpretava l'inerzia come atto negativo tacito, al fine di configurare un atto impugnabile davanti al giudice amministrativo. A partire dall'inizio degli anni sessanta, la concezione del silenzio come atto di rifiuto è stata abbandonata a favore di una concezione dell'inerzia come mero comportamento omissivo dell'amministrazione. La giurisprudenza è, tuttavia, rimasta legata al nome originario dell'istituto, mentre in dottrina si è affermata la denominazione di silenzio-inadempimento, a sottolineare che l'inerzia costituisce violazione di un obbligo di provvedere posto a carico dell'amministrazione per la tutela del soggetto interessato all'emanazione dell'atto amministrativo[4]. La l. 80 del 2005 ridimensiona il ruolo del silenzio-rifiuto nell'ambito degli strumenti di tutela di cui il privato dispone contro l'inerzia della P.A.: con la generalizzazione del silenzio-assenso, prevista dall'art. 20 l. n. 241 del 1990, infatti, il silenzio-rifiuto è destinato ad operare solo in quei casi in cui la legge non attribuisce all'inerzia della P.A. il significato di accoglimento

dell'istanza del privato. Inoltre, il testo dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990, quale risultante delle modifiche apportate della l. n. 80 del 2005, chiarisce che ai fini della formazione del silenzio-rifiuto non è più necessaria la diffida e che il ricorso contro il silenzio-rifiuto può essere proposto finchè dura l'inerzia della P.A. e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine per provvedere. Inoltre, disattendendo l'orientamento accolto dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 1 del 2002, attribuisce al G.A., il potere di conoscere della fondatezza dell'istanza.

Accanto al silenzio-rifiuto, che è un rimedio di tipo successivo, diretto a rimuovere gli effetti negativi dell'inerzia, l'ordinamento conosce un rimedio preventivo che consiste nell'eliminazione della stessa possibilità che il ritardo nella conclusione del procedimento produca effetti negativi in capo al soggetto interessato all'emanazione dell'atto

Si tratta del **silenzio-assenso**, che consiste in una qualificazione giuridica formale del silenzio, nel senso, che decorso il termine di provvedere senza che la P.A. si sia pronunciata, l'istanza presentata dal privato si considera accolta. Il silenzio-assenso ha in comune con il mero silenzio solo il fatto dell'inerzia della P.A., ma se ne differenzia per gli effetti sostanziali che la legge collega all'inerzia. In questo caso, infatti, a differenza di quel che accade nel silenzio-rifiuto, l'ordinamento ricollega all'inerzia il venire in essere di quell'assetto di interessi previsto in astratto dalla legge e concretamente voluto dal privato con la presentazione dell'istanza.

Il procedimento di formazione del silenzio-assenso non si discosta, tranne che per la fase decisoria, nella quale l'accoglimento si determina, per fictio iuris, per il semplice decorso del termine di conclusione del procedimento - da quello previsto dalla previgente normativa in materia di provvedimento autorizzativo espresso. Ne consegue che, relativamente a tale procedimento andranno applicate le regole generali previste dalla l. n. 241 del 1990, in tema di responsabile del procedimento, partecipazione degli interessati, accesso e via dicendo. A tale conclusione si giunge per effetto dell'assimilazione tra silenzio-assenso e provvedimento formale, nonché in ragione della portata generale dell'art. 7, in tema di comunicazione di avvio del procedimento. Decorso il termine per la formazione del silenzio-assenso, la P.A. perde il potere di provvedere in maniera espressa. L'esaurimento del potere è, comunque, compensato dalla possibilità di incidere sugli effetti illegittimi del silenzio-assenso agendo in autotutela. In tal caso, però l'eliminazione del silenzio non consegue automaticamente alla valutazione dell'illegittimità, ma presuppone il riscontro di ragioni di pubblico interesse nella direzione della cancellazione dell'atto. La conclusione trova positivo sostegno nel nuovo testo dell'art. 20, l. n. 241 del 1990, il cui comma 3 specifica che nei casi in cui il silenzio equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21

quinquies e 21 nonies. Il richiamo a tali disposizioni conferma, del resto, la natura provvedimentale del silenzio-assenso, a tutti gli effetti equiparato ad un provvedimento, suscettibile di rimozione tramite l'esercizio del potere di autotutela della P.A. procedente. La giurisprudenza precisa che va, tuttavia, ritenuto illegittimo il provvedimento che non abbia né la forma né la sostanza di un atto di autotutela, atteggiandosi a mero diniego tardivo. Sicchè, ove l'amministrazione ritenga di dover intervenire in via di autotutela amministrativa, è chiamata ad esplicitare sia il profilo di illegittimità da cui sarebbe affetto l'atto tacitamente assentito, sia le ragioni di pubblico interesse che ne impongono la rimozione.

Oltre al silenzio-rifiuto e al silenzio-assenso, parte della dottrina e della giurisprudenza riconosce l'esistenza di una terza figura di inerzia, **chiamata silenzio-diniego**, riscontrabile quando la legge equipara a diniego il silenzio serbato sulla domanda dei privati. Esistono numerose norme le quali stabiliscono che, trascorso un determinato periodo di tempo, la domanda rivolta dal privato all'amministrazione si ha per rigettata.

Tra gli esempi di maggiore importanza possono menzionarsi l'art. 58, comma 10, d.lgs. n. 165 del 2001, in tema di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi da parte di dipendenti pubblici; il silenzio sull'istanza di accesso ai documenti amministrativi, equiparato a diniego dall'art. 25, comma 4, l. n. 241 del 1990, decorsi trenta giorni dalla richiesta, nonché il silenzio sulla richiesta di permesso in sanatoria, previsto dall'art. 36, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001 la cui qualificazioni in termini provvedimentali, o meno vede, allo stato, piuttosto divisa la giurisprudenza. E' sorto un articolato dibattito attorno alla qualificazione delle singole figure speciali in termini di autentico silenzio-diniego ovvero di mero silenzio-inadempimento.

Due sono le tesi proposte dalla dottrina.

Secondo una prima tesi, il silenzio-rigetto costituisce un'ipotesi di silenzio significativo, con valore provvedimentale, con la conseguenza che al vano decorso del termine senza che l'amministrazione abbia adottato un provvedimento espresso si forma un provvedimento tacito di reiezione dell'istanza; si consuma, quindi, il potere della P.A., che potrà eventualmente intervenire solo in via di autotutela. Per opposta ricostruzione[6], al mero decorso del termine per provvedere non si ricollega l'effetto del venir meno in essere di un provvedimento tacito di reiezione dell'istanza; se così fosse, la posizione del privato finirebbe per risultare eccessivamente sacrificata, essendo lo stesso costretto ad attivarsi rapidamente per impugnare, nel breve termine decadenziale, l'atto tacito negativo. Si conclude che il silenzio equiparato dalla legge a diniego abbia valore non significativo e sia un mero inadempimento o rifiuto di provvedere, manifestazione di non esercizio del potere. Infine con l'espressione silenzio-rigetto si intende, comunemente, la mancata pronuncia sul ricorso gerarchico avverso atti non definitivi. Il tema è quindi quello delle conseguenze derivanti dal decorso del termine di novanta giorni entro il quale, ai sensi degli artt. 6, d.P.R. n. 1199

del 1971 e 20, l. Tar il ricorso gerarchico dev'essere deciso dall'autorità amministrativa. In questo contesto occorrerà stabilire quali sono gli effetti della decisione tardiva, ossia del c.d. provvedimento sopravvenuto su ricorso gerarchico. Al riguardo varie sono state le tappe del'evoluzione giurisprudenziale, fino ad arrivare ai due noti arresti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato della fine degli anni ottanta (si tratta delle decisioni 24 novembre 1989, n. 16 e 4 dicembre 1989, n. 17), nei quali il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha affermato che la P.A. conserva il potere di decidere il ricorso gerarchico nonostante la scadenza del termine di novanta giorni e l'eventuale proposizione del ricorso giurisdizionale o straordinario. Il decorso del termine non integra alcun provvedimento tacito di rigetto, ma costituisce mero presupposto per l'accesso alla tutela giurisdizionale o straordinaria. Ne consegue che, non essendosi formato alcun provvedimento tacito di rigetto allo spirare del termine di legge per decidere sul ricorso gerarchico, il provvedimento tardivo è pienamente valido e non impugnabile per violazione del ne bis in idem o per tardività. In caso di silenzio dell'amministrazione sul ricorso gerarchico, l'oggetto del ricorso giurisdizionale o straordinario non è il silenzio, privo in quanto tale del valore del provvedimento tacito di rigetto, ma il provvedimento originario già impugnato in sede gerarchica. Nel caso in cui sopravvenga la decisione sfavorevole, questa non ha autonomia rispetto al provvedimento base, ma costituisce atto ad effetto confermativo. Dal principio per cui la decisione gerarchica di rigetto non ha una propria autonomia rispetto al provvedimento originario, la giurisprudenza trae le relative conseguenze in ordine alla competenza territoriale, ritenendo che il ricorso vada incardinato innanzi al Tar competente a conoscere del provvedimento di base.

Con riferimento all'applicabilità della regola di portata generale sancita dall'art. 2, l. n. 241 del 1990 al procedimento di decisione del ricorso gerarchico, da cui consegue un obbligo di provvedere giustiziabile ai sensi dell'art. 21 bis, l. Tar, la giurisprudenza ha chiarito che tale procedimento seppur di carattere giustiziale, non può sfuggire all'applicazione dell'obbligo, generalizzato dalla l. n. 241 del 1990, di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso e motivato, e che pertanto sussiste l'interesse del ricorrente, tutelabile anche in via cautelare, a che l'amministrazione si pronunci sul ricorso gerarchico in maniera esplicita e con adeguata motivazione[7].

3. La nuova disciplina dei termini di definizione del procedimento con provvedimento espresso

La versione originaria dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, stabiliva che ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un 'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la P.A. ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Le Pubbliche amministrazioni determinano per ciascun tipo di procedimento, in quanto non sia già direttamente disposto per legge o per regolamento, il termine entro cui esso

deve concludersi. **Qualora le Pubbliche amministrazioni non stabiliscano alcun termine, lo stesso è di trenta giorni**.

La l. n. 80 del 2005, nel novellare l'art. 2, l. n. 241 del 1990, ha dettato una disciplina più articolata dei termini di adozione dei provvedimenti. Si è anzitutto stabilito che in sede di adozione dei regolamenti, con cui vengono fissati i termini di ciascun procedimento, i termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della natura degli interessi pubblici tutelati. In difetto di disciplina specifica dettata dalle singole amministrazioni, il termine legale è di novanta giorni, e non più di trenta come nella versione originaria della l. n. 241 del 1990. In ogni caso, i termini non andranno dilatati, pena la violazione dei principi di economicità, di non aggravamento e di proporzionalità.

L'art. 7, l n. 69 del 2009 è intervenuto nuovamente sulla disciplina del silenzio inadempimento, in primo luogo riscrivendo l'art. 2, l. n. 241 del 1990, e ridefinendo quindi i termini per provvedere. E' così introdotta una nuova disciplina dei termini massimi di conclusione dei procedimenti improntata a una generale abbreviazione dei termini stessi rispetto all'assetto previgente, nonché a principi di certezza, uniformità ed estremo rigore circa il momento entro il quale la P.A. è tenuta a definire il procedimento da essa gestito. Importante segnalare che il riferimento alle "pubbliche amministrazioni", introdotto dalla nuova disciplina, amplia l'ambito di applicazione del principio generale dell'obbligo di conclusione dei procedimenti con provvedimento espresso. In particolare, si ritiene che l'indicazione al plurale dei soggetti valga ad imporre il limite temporale dell'azione anche "ai soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" (come recita l'art. 22, comma 1, lett. e). Peraltro, la l. n. 241 del 1990, all'art. 29, comma 1, (come modificato dalla l. n. 69 del 2009) indica puntualmente le amministrazioni tenute all'osservanza della legge sul procedimento, individuate nelle amministrazioni statali, negli enti pubblici nazionali, nelle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. L'art. 2 non trova, invece, applicazione in materia di Autorità di garanzia e di vigilanza. Il quinto comma stabilisce che i termini di conclusione dei procedimenti di propria competenza sono individuati mediante una disciplina elaborata dalle stesse Autorità secondo i propri ordinamenti. Si è inteso così garantire l'autonomia delle Autorità garanti rispetto alle altre articolazioni dell'apparato pubblico, rimettendo la fissazione del termine alle stesse autorità.

Di seguito, al comma 2, il legislatore del 2009 interviene sul termine suppletivo entro il quale le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali devono concludere il procedimento, in mancanza di un diverso termine previsto dalla legge o dalle amministrazioni medesime, fissandolo in trenta giorni dall'avvio del procedimento. La

norma, corrispondente alla previsione già contenuta nel vecchio comma 3 dell'art. 2, abbassa quindi il termine da novanta a trenta giorni, termine originariamente stabilito dalla prima formulazione dell'art. 2, l. n. 241 del 1990.

I commi da 3 a 5 dell'art. 2 disciplinano l'esercizio, da parte della Pubblica amministrazione, del potere di fissazione dei termini di conclusione dei procedimenti di propria competenza, ove non previsti dalla legge. Detto potere veniva esercitato dalle amministrazioni statali con regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con i ministri per la funzione pubblica; dagli enti pubblici nazionali secondo i propri ordinamenti. Alcun limite era posto dal vecchio comma 2 dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, all'autodeterminazione dei termini in questione, salvo il riferimento alla loro "sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi tutelati"; ne scaturiva la possibilità – e il rischio – che fossero stabiliti termini molto lunghi, con conseguente vanificazione del principio di efficienza dell'attività amministrativa.

Opportunamente, il legislatore del 2009 ha modificato la disciplina previgente, per un verso snellendo le procedure di individuazione dei termini per provvedere; per l'altro subordinando la discrezionalità della Pubblica amministrazione al rispetto di vincoli precisi. Viene, dunque, stabilito che i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza sono individuati – dalle amministrazioni statali – con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la Pubblica amministrazione e l'innovazione e la semplificazione normativa, e – dagli enti pubblici nazionali – secondo i propri ordinamenti; **nell'uno e nell'altro caso in misura non superiore a novanta giorni.**

Il superamento di tale limite è ammesso ove ritenuto indispensabile "tenuto conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento"; in tal caso, i decreti di cui al comma 5 sono adottati su proposta anche dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. L'allungamento dei termini procedurali – che non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti in materia di acquisto della cittadinanza e dell'immigrazione – viene, così, affidato alla responsabilità collegiale del Consiglio dei Ministri, preposto ex lege a garantire la sussistenza delle ragioni giustificatrici dell'eventuale deroga[8].

Alla stregua della novellata disciplina, il termine di durata di un procedimento amministrativo può, in primo luogo, essere fissato da una disposizione di legge

speciale, come tale prevalente sia su previsioni normative di rango secondario, che sulla stessa disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990; in subordine, le singole amministrazioni possono, con propria norma di rango regolamentare, prevedere termini inferiori a quelli indicati dalla legge generale, nel rispetto delle formalità procedurali e dei parametri valutativi sostanziali indicati nella stessa; in via ulteriormente gradata, trova applicazione il termine suppletivo, ora indicato dall'art.2, comma, l. n. 241 del 1990 in trenta giorni.

Il successivo comma 4 dell'art. 7, l. n. 69 del 2009 esclude, tuttavia, l'applicabilità dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, commi 3-5, ai procedimenti di verifica o autorizzativi concernenti beni storici, architettonici, culturali, archeologici, artistici e paesaggistici, per i quali restano fermi i termini stabiliti dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, nonché ai procedimenti in materia ambientale, in relazione ai quali si afferma la prevalenza delle disposizioni speciali.

I commi 3 e 4, l. n. 241 del 1990 non trovano applicazione in relazione alle autorità di garanzia e di vigilanza, le quali, in forza del comma 5, disciplinano i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza in conformità ai propri ordinamenti, fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative.

Il comma 6 dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 7, l. n. 69 del 2009, riproduce l'ultima parte del disposto del previgente comma 2, laddove precisa che i termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è a iniziativa di parte.

La previsione ribadisce il principio, già consacrato nel comma 1 dell'articolo in discorso, in virtù del quale l'obbligo di adottare un provvedimento espresso a conclusione del procedimento amministrativo concerne indifferentemente sia i procedimenti avviati su istanza di parte, che quelli intrapresi d'ufficio.

Il disposto di cui all'art. 2, comma 6, l. n. 241 del 1990, si apprezza per la specificazione del dies a quo della decorrenza del termine per provvedere (rispettivamente dal ricevimento della domanda o dall'inizio del procedimento d'ufficio). Il comma 7 dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, disciplina la sospensione dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, fattispecie già presa in considerazione dal comma 4, vecchio testo, dell'articolo in esame, che ne ammetteva la possibilità nei casi in cui leggi e regolamenti prevedessero, per l'adozione di un provvedimento, l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi.

Innovando rispetto alla disposizione previgente, l'attuale comma 7 della l. n. 241 del 1990, circoscrive l'eventualità della sospensione dei tempi procedurali alla sola ipotesi contemplata nella seconda parte del vecchio comma 4 (necessità di acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre

Pubbliche amministrazioni), peraltro riducendo il periodo di sospensione a giorni trenta.

Consegue l'obbligo per la Pubblica amministrazione di procurarsi in via autonoma la documentazione necessaria ai fini dell'emanazione del provvedimento, rinvenendola presso i propri archivi o richiedendola ad altri uffici, con conseguente limitazione dell'istituto della sospensione alla sola ed eccezionale evenienza in cui l'amministrazione procedente non sia in grado di provvedere in tal senso.

Quanto alla disciplina dei termini, occorre considerare che, per orientamento consolidato in giurisprudenza, il termine di conclusione del procedimento ha natura ordinatoria e non decadenziale, non determinando il decorso dello stesso consumazione del potere di provvedere, nè tanto meno illegittimità del provvedimento sopravvenuto. I termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990, hanno quindi natura acceleratoria, non contenendo lo stesso alcuna prescrizione in ordine alla loro perentorietà, né alla decadenza della potestà amministrativa, né all'illegittimità del provvedimento adottato[9]. Tale tesi si ricollega al noto orientamento secondo cui il carattere perentorio di un termine deve risultare espressamente dalla legge, come si desume dall'art. 152 c.p.c.[10]. In senso contrario, tuttavia, si è affermato che "in relazione all'attività della P.A. non esiste una clausola generale come quella posta per il processo civile dall'art. 152, comma 2, c.p.c. di presunzione di ordinatorietà del termine"[11].

4. L'obbligo di provvedere: le recenti puntualizzazioni della giurisprudenza

Occorre ora soffermarsi sui presupposti sostanziali del silenzio-inadempimento ricorribile; bisogna, in altri termini, verificare quando, a fronte dell'inerzia serbata dall'amministrazione sull'istanza del privato, possa dirsi formato un silenzio-inadempimento ricorribile con l'attivazione dello speciale rito avverso il silenzio.

E' certo necessario, a monte, che sussista l'obbligo dell'amministrazione di prendere posizione sull'istanza del privato: in mancanza, l'inerzia non può qualificarsi in termini di silenzio-inadempimento e il ricorso, ciò nonostante proposto, sarà inammissibile. Ciò che difetta è la legittimazione, dal momento che, in assenza dell'obbligo di provvedere, il privato non può azionare alcuna situazione soggettiva giuridicamente tutelata[12].

La giurisprudenza si è fatta carico di individuare i presupposti dell'obbligo di provvedere, nulla disponendo al riguardo il cit. art. 2.

Fermo restando che deve trattarsi di un vero e proprio obbligo giuridico di provvedere, derivante, cioè, da una norma di legge, di regolamento o di un atto amministrativo[13], comprendendosi in quest'ultima ipotesi le autolimitazioni disposte dall'amministrazione stessa nell'esercizio delle sue attribuzioni[14], la giurisprudenza, seguendo un'impostazione che tende ad ampliare la doverosità dell'azione

amministrativa, ha, di recente, precisato che l'esistenza dell'obbligo di provvedere può essere altresì desunta dai principi informatori dell'azione amministrativa, in specie di imparzialità legalità e buon andamento. Si afferma, in tal modo, l'esistenza dell'obbligo di provvedere, oltre che nei casi espressamente riconosciuti dalla legge, in particolari fattispecie nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento[15].

Di recente, Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 [16] ha analizzato compiutamente i casi nei quali sussiste l'obbligo per l'amministrazione di provvedere sull'istanza del privato, configurandosi, quindi, in caso di inosservanza, il silenzio-inadempimento ricorribile. L'obbligo sussiste in primo luogo allorchè la legge espressamente riconosca al privato il potere di presentare un'istanza così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata. Infatti, si precisa nella decisione che "di fronte alle istanze dei privati vi è sempre un obbligo di provvedere se l'iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta da norme, se cioè è prevista dalla legge".

Senonchè l'obbligo di provvedere può prospettarsi, secondo il Consiglio di Stato, anche in fattispecie non tipizzate, ossia "in situazioni ulteriori nelle quali ragioni di giustizia ed equità impongono l'adozione di un provvedimento", quindi, tutte quelle volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) di quest'ultima[17].

Al riguardo, giova tener conto, per mere ragioni di ordine sistematico, della seguente tripartizione di "categorie di atti amministrativi alla cui emanazione il cittadino può avere interesse": atti a contenuto favorevole, atti di riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti dei terzi (repressivi, inibitori, sanzionatori).

a) Quanto agli atti a contenuto favorevole, ossia atti ampliativi della sfera giuridica del richiedente, sussiste l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, non potendosi seriamente dubitare che colui che ha un interesse differenziato e qualificato ad un bene della vita per il cui conseguimento è necessario l'esercizio del potere amministrativo sia titolare di una situazione giuridica che lo legittima, pur in assenza di una norma specifica che gli attribuisca un autonomo diritto di iniziativa, a presentare un'istanza; così come non può dubitarsi del fatto che a tale situazione del privato corrisponda obbligo della P.A. di pronunciarsi.

b) Quanto agli atti di riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, occorre tener conto del costante indirizzo pretorio secondo cui l'istanza del privato mirante ad ottenere il riesame da parte della Pubblica amministrazione di un atto autoritativo non

impugnato tempestivamente dal medesimo, non comporta di regola, la configurazione di un obbligo di riesame, risultando altrimenti compromesso il principio di inoppugnabilità dell'atto amministrativo e quindi le esigenze di certezza sottese alla previsione legislativa del termine decadenziale non osservato[18].

Il principio è assolutamente consolidato in giurisprudenza, restando la Pubblica amministrazione libera di verificare se l'inoppugnabilità dei propri provvedimenti debba o meno essere superata da successive valutazioni che tengano conto del decorso del tempo, delle esigenze di certezza dei rapporti giuridici e delle disponibilità di bilancio[19]. In questo senso si è, altresì, precisato che sull'amministrazione non incombe né l'obbligo di pronunciarsi ex novo sulla richiesta di riesame di una questione già definita e non coltivata dall'interessato nelle opportune sedi giurisdizionali, né quello di rideterminarsi su un'istanza meramente ripetitiva di altra precedente relativamente alla quale l'amministrazione si sia già pronunciata negativamente, sicchè, in tal caso, non configurandosi un obbligo di risposta sull'istanza, non può ritenersi formato né il silenzio-assenso, né il silenzio-inadempimento[20].

Tuttavia Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010, n. 3487, pur muovendo dall'assunto dell'inconfigurabilità di un obbligo di provvedere sull'istanza del privato volta ad ottenere il riesame di un atto autoritativo divenuto inoppugnabile, ha precisato che, "una volta avviato, anche di ufficio, un procedimento, l'Amministrazione ha, comunque, il dovere di concluderlo con un provvedimento espresso, diretto a indicare, in modo trasparente, la decisione assunta, nell'ambito delle opzioni discrezionali consentite".

Il Collegio perviene alla indicata conclusione valorizzando la lettera recata dal primo comma dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui prevede che "ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso": si osserva che, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione cui è tenuta la P.A., il privato è titolare comunque di una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni che l'amministrazione ritiene di dover adottare al riguardo. Sicchè, l'amministrazione ha l'obbligo di dare riscontro all'istanza del privato, "o adottando un provvedimento avente contenuto satisfattorio dell'interesse sostanziale fatto valere, ovvero esplicando puntualmente le ragioni che hanno ritardato, ovvero ostano, allo stato, alla definizione del procedimento in senso favorevole alle aspettative dell'istante".

Pur essendo costante l'orientamento giurisprudenziale nel riconoscere che la P.A. non ha l'obbligo di pronunciarsi sull'atto di diffida del privato finalizzato all'adozione di

un provvedimento di annullamento d'ufficio, stante l'ampia discrezionalità che connota l'esercizio del potere di autotutela, tuttavia si precisa che "tale principio non può trovare applicazione allorquando la P.A. sia tenuta a svolgere un'attività di contenuto sì discrezionale, ma ad emanazione vincolata, sicchè il silenzio-rifiuto dell'amministrazione non esprime semplicemente un mero inadempimento, come accade per l'attività discrezionale, bensì assume valore di vero e proprio atto di diniego"[21].

c) Quanto, infine, agli atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti dei terzi (repressivi, inibitori, sanzionatori), dalla cui adozione il richiedente possa indirettamente trarre vantaggio, occorre distinguere tra "istanza idonea a radicare il dovere di provvedere" e "mero esposto", ossia tra istanza giuridicamente rilevante, che quindi fonda l'obbligo dell'amministrazione di provvedere ed il cui inadempimento configura silenzio-rifiuto, ed il mero esposto[22]. Secondo l'orientamento tradizionale, al quale aderisce la decisione n. 2318 del 2007 del Consiglio di Stato[23], affinchè sorga un obbligo di provvedere in capo alla P.A., occorre che le norme che disciplinano l'esercizio del potere prendano in considerazione in modo puntuale e specifico l'interesse del soggetto istante. Tanto al fine di evitare di estendere eccessivamente il novero dei soggetti legittimati ad esperire il rimedio di cui all'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971 (ora art. 117, c.p.a.), ricomprendendovi soggetti titolari di interessi di mero fatto. Ove l'istante sia titolare di una posizione differenziata e qualificata, "l'eventuale inerzia serbata dall'amministrazione sull'istanza assume una connotazione negativa e censurabile dovendo l'ente dar comunque seguito all'istanza". In caso contrario, qualora il soggetto istante non sia titolare di una posizione differenziata rispetto alla collettività, l'istanza in realtà costituisce un mero esposto, privo di giuridica rilevanza e come tale inidonea a far scattare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, con conseguente inammissibilità della tutela speciale attivata con il rito del silenzio.

5. Il procedimento di formazione del silenzio-inadempimento: la necessità della diffida prima della riscrittura dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, ad opera della l. n. 80 del 2005, e i problemi intertemporali posti dalla nuova previsione

Occorre verificare se sussistente l'obbligo dell'amministrazione di rispondere, lo stesso si formi (e sia quindi ricorribile) per il solo fatto del decorso del termine previsto dall'art. 2, l. n. 241 del 1990, o se debba invece il privato, decorso detto termine, ulteriormente diffidare l'amministrazione.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si era espressa chiarendo, con sentenza 15 settembre 2005, n. 7, che la notifica della diffida è "conditio sine qua non per la costituzione delle inadempienze pubblicistiche almeno fino al sopravvenire dell'art. 6 bis, d.l. n. 35 del 2005, convertito nella l. n. 80 del 2005 che non si applica, ratione temporis, alla presente fattispecie".

L'art. 2, l. n. 241 del 1990, come riscritto dall'art. 2, l. n. 15 del 2005, prevede ora che, "decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3".

Scaduti quindi i termini procedimentali di cui all'art. 2, commi 2 e 3, l. 241 del 1990, l'istante è legittimato a proporre immediatamente ricorso, ai sensi dell'art. 21 bis, l. Tar (ora art. 117 c.p.a.) contro il silenzio amministrativo, destinato quindi a formarsi automaticamente, senza dover preventivamente ricorrere alla diffida o ad altri adempimenti procedurali: il ricorso giurisdizionale è rituale e procedibile anche se non è stata preventivamente notificata diffida a provvedere[24].

La l. 15 del 2005 non ha dettato, invece, una regola intertemporale: ci si è chiesti, pertanto, se la nuova disciplina, nella parte in cui esclude la necessità della diffida per la formazione del silenzio ricorribile, sortisca effetto con riferimento ai processi relativi a inerzie anteriori all'8 marzo 2005 (data di entrata in vigore della nuova norma), impugnate innanzi al G.A. nonostante la mancata previa notifica della diffida, allora ancora richiesta: differente è stata la risposta in giurisprudenza a seconda dell'adesione alla tesi che qualifica la diffida quale presupposto sostanziale dell'inadempimento ovvero come condizione di ammissibilità del gravame[25].

Si rendono necessarie due osservazioni preliminari. Occorre in primo luogo, considerare che, in omaggio al principio tempus regit actum, solo le nuove norme di natura processuale, e non quelle di natura sostanziale, possono trovare immediata applicazione nei giudizi in corso. In via di principio, la natura sostanziale o processuale della norma deriva dal contenuto della disposizione, se riferito ad istituto sostanziale (ad esempio, efficacia e limiti di ammissibilità delle prove) o processuale (ad esempio, modi e termini di assunzione delle prove). L'indagine risulta particolarmente complicata se riferita agli istituti, di incerta natura, introdotti in via pretoria in tema di silenzio-inadempimento (la diffida, il termine decadenziale di sessanta giorni). Il principio tempus regit actum comporta dunque, sul piano processuale, l'immediata applicazione dello jus superveniens anche ai processi in corso[26].

Si consideri, inoltre, che quanto al procedimento amministrativo, il principio tempus regit actum comporta che gli atti e provvedimenti amministrativi devono essere disciplinati dalla legge vigente al momento della loro emanazione[27].

Ciò posto, in giurisprudenza sono state elaborate, nel risolvere l'indicata questione intertemporale, diverse teorie in ordine alla natura dell'art. 2, comma 5, l. n. 241 del 1990. Per una prima impostazione[28], la nuova norma è di immediata applicazione, essendo intervenuta a rimuovere una condizione di ammissibilità dell'azione: in quanto

di natura essenzialmente processuale, deve quindi trovare immediata applicazione al processo in corso[29].

L'applicazione della nuova norma ai giudizi in corso è motivata sul rilievo della sua attinenza alla disciplina del diritto di agire ed essere convenuti in giudizio, in attuazione dell'art. 24 Cost., situazione giuridica da ricondurre all'ambito processuale. Non sono mancate, tuttavia, decisioni di segno opposto, con le quali è stata ritenuta la natura sostanziale della nuova norma, intervenuta a disciplinare un istituto, quale la diffida, in passato richiesto quale passaggio procedimentale per la formazione del silenzio. In sostanza, secondo questa impostazione, la diffida non incide sul piano processuale, non costituendo mera condizione di ammissibilità del ricorso, ma integra un fatto che, unito all'inerzia dell'amministrazione, produce il silenzio-inadempimento, senza il quale non v'è accesso alla tutela speciale[30].

Per una terza tesi, la disposizione di cui all'art. 2, comma 5, l. n. 241 del 1990, ha un contenuto ibrido e complesso, non riducibile puramente e semplicemente ad un ambito esclusivamente processuale o sostanziale, avendo il legislatore della novella del 2005 introdotto una norma in cui profili sostanziali e processuali sono strettamente collegati.

Nell'intento di individuare un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi, si è individuata, quale soluzione di compromesso, quella di ritenere che la disposizione in discorso sia applicabile solo alle fattispecie di silenzio-inadempimento successive alla sua entrata in vigore.

6. Il rilievo penale del silenzio

Dibattuto è il tema del rilievo penale del silenzio.

Il problema interpretativo si pone per effetto del non agevole coordinamento tra l'art. 2, l. n. 241 del 1990, che prevede ora il termine legale di trenta giorni per la formazione del silenzio-inadempimento, e l'art. 328 c.p., che invece ricollega la consumazione del reato alla mancata adozione dell'atto entro trenta giorni dall'istanza di chi vi ha interesse.

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, il termine previsto dall'art. 328, comma 2, c.p. è un termine successivo e succedaneo, che si aggiunge quindi al termine previsto dall'art. 2, l. n. 241 del 1990; il reato si consuma quindi se, scaduto il termine fissato dalla legge per provvedere, l'amministrazione rimane inerte per trenta giorni successivi ad ulteriore diffida notificata a mezzo di ufficiale giudiziario. Occorre, quindi, distinguere il termine per il quale assume rilevanza il silenzio in ambito amministrativo, rendendolo giustiziabile ai sensi dell'art. 117 c.p.a., e il termine per la rilevanza penale del silenzio di cui all'art. 328 c.p., che si aggiunge pertanto a quello legale di conclusione del procedimento.

L'impostazione è confortata dalla formulazione letterale dell'art. 328 c.p., in forza della quale il reato omissivo si perfeziona soltanto quando siano trascorsi trenta giorni dalla presentazione dell'istanza ad opera del soggetto che vi abbia interesse senza che il pubblico agente abbia adottato l'atto o abbia esposto le ragioni del ritardo: non è, quindi, possibile ravvisare un ritardo nella condotta dell'agente non essendo ancora spirato il termine di conclusione del procedimento fissato dall'art. 2, l. n. 241 del 1990. La rilevanza penale dell'omissione è ricollegata espressamente dall'art. 328 c.p. alla circostanza che il pubblico ufficiale sia nelle condizioni di esporre le ragioni del ritardo, situazione che è ravvisabile solo ove sia spirato il termine legale di conclusione del procedimento: se è ancora in corso quel termine, non è in astratto ipotizzabile un ritardo, non potendosi pretendere, pertanto, che il pubblico ufficiale comunichi le ragioni del ritardo.

In sostanza, il sistema poggia su un doppio termine: quello previsto per l'adozione dell'atto che, di norma, inizia a decorrere dall'istanza presentata dal privato, e quello di trenta giorni, previsto dall'art. 328, comma 2, c.p., destinato a decorrere dalla diffida, formalizzata – mediante regolare comunicazione o notificazione – dopo l'inutile decorso del primo.

7. L'azione avverso il silenzio. Termine di impugnazione del silenzio e legittimazione all'azione

Il Codice del processo amministrativo, varato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, disciplina la tutela azionabile avverso il silenzio-inadempimento serbato dalla p.a. agli artt. 31 e 117[33], nei quali è quindi confluita, per vero con modificazioni, la disciplina prima dettata dall'ottavo comma dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 e dell'art. 21 bis, l .n. 1034 del 1971. Mentre l'art. 31 si occupa esclusivamente della dimensione "statica" dell'istituto, l'art. 117 indugia sui profili "dinamici", disciplinando il rito speciale attivabile per contrastare il silenzio dell'amministrazione. Alle norme in discorso il legislatore del Codice premette l'art. 7 che, nell'individuare l'ambito della giurisdizione amministrativa, annovera, tra le altre, le controversie concernenti "il mancato esercizio del potere amministrativo", ribadendo l'attrazione alla giurisdizione amministrativa di legittimità, oltre che delle ipotesi in cui la pubblica amministrazione ha atteso all'esercizio del potere, dei casi in cui avrebbe dovuto esercitarlo ma ha "mancato" di farlo. L'art. 31 disciplina congiuntamente l'azione avverso il silenzio e quella di accertamento della nullità, dedicando alla prima i commi 1, 2 e 3, che finiscono così per attrarre la disciplina prima recata dall'art. 2, comma 8, l. n. 241 del 1990.

Con la l. n. 80 del 2005 è stato riscritto l'art. 2, comma 8, l. n. 241 del 1990; in uno all'eliminazione della necessità della diffida, si prevede che il ricorso può essere proposto "fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3": il privato, dunque, non ha l'onere di ricorrere all'autorità giudiziaria nel termine di sessanta giorni decorrenti dalla conclusione del procedimento amministrativo, ma può proporre ricorso nel più lungo termine di un anno.

Il Codice del processo amministrativo ribadisce la scelta operata dal riformatore del 2005.

Al comma 2 dell'art. 31, il codice ripropone, invero, l'esperibilità dell'azione avverso il silenzio fintanto che perdura l'inadempimento, da parte dell'amministrazione, dell'obbligo di provvedere e comunque entro un anno dallo spirare del termine del procedimento. In ordine alla tempistica di proposizione dell'azione, la giurisprudenza ha escluso la natura decadenziale del termine annuale previsto, qualificandolo alla stregua di prescrizione breve del diritto d'azione, essendo prevista, alla sua scadenza, la reiterabilità dell'istanza di avvio del procedimento e la possibilità di presentare il ricorso. Nella prospettiva del privato, si osserva che la necessità di riconoscergli un congruo periodo per agire in giudizio consegue pure alla necessità di evitare che, venuto meno l'onere della diffida (come ribadito dall'art. 117, comma 1, del codice), a fronte di un termine troppo breve per proporre l'azione in parola si formi la decadenza senza che neppure il cittadino abbia potuto accorgersi che avrebbe potuto esercitarla. Naturalmente ove sia spirato il termine annuale della scadenza dei termini fissati dall'amministrazione per la conclusione del procedimento, senza che il ricorrente abbia provveduto a diffidare l'amministrazione inadempiente ovvero, comunque, a rinnovare l'istanza di rilascio del provvedimento, il ricorso sarà dichiarato inammissibile per carenza di un indefettibile presupposto dell'azione[35].

Se da un lato, quindi, sul piano teorico, il legislatore sembra aver aderito alla tesi secondo cui l'azione compete finchè dura l'inadempimento, dall'altro, lo stesso legislatore fissa il termine annuale onde evitare che la P.A. inerte sia soggetta sine die al rischio di un'azione giurisdizionale.

Decorso il termine annuale, in ogni caso, il privato non perde ogni possibilità di tutela; il comma 2 dell'art. 31 conferma, infatti, quanto disposto, in precedenza, dal comma 8 dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 disponendo che "è fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti". La decorrenza annuale dal perfezionarsi del termine per la conclusione del procedimento incide soltanto sul piano processuale, senza che si produca nessuna vicenda estintiva dell'interesse legittimo pretensivo sotteso all'iniziativa procedimentale di parte. Pertanto, se tale situazione giuridica soggettiva persiste in capo al cittadino anche dopo un anno dalla formazione

del silenzio rifiuto, sussiste pure la legittimazione a riproporre l'istanza di avvio del procedimento.

Lo stesso art. 31 c.p.a., al comma 1, nel circoscrivere la legittimazione al ricorso, dispone che, una volta spirato il termine del procedimento, "chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere".

Anzitutto, il previsto "obbligo dell'amministrazione di provvedere" vale a rafforzare le scelte legislative volte a sancire la risarcibilità del danno da ritardo, secondo quanto stabilito non più soltanto dall'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990, ma anche dall'art. 30, comma 4, del codice del processo amministrativo. In secondo luogo, la disposizione, laddove ha riguardo al soggetto che "vi ha interesse", esplicitamente richiede che il ricorrente sia titolare di una posizione sostanziale qualificata e differenziata, ossia, sul piano processuale, della legittimazione ad agire. In tal senso, la specificazione normativa introdotta dal codice del processo conferma quanto la giurisprudenza aveva già avuto modo di affermare, ossia che la proposizione dell'azione avverso il silenzio richiede necessariamente la sussistenza del dovere dell'amministrazione di procedere e, quindi, di provvedere, cui si affianca la legittima aspettativa del privato a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni di quest'ultima. Peraltro, la centralità della situazione giuridica sostanziale vantata dal ricorrente sembra essere alla base della stessa differenza tra azione avverso il silenzio e azione risarcitoria per danni subiti dall'inerzia amministrativa, confermata dall'art. 117, comma 6, del Codice che, pur ammettendone la congiunta proponibilità, richiede che vengano decise in giudizi separati. Oltre che dall'ontologica diversità sia della struttura dei due processi (il carattere accelerato del rito speciale sul silenzio è incompatibile con le complessità istruttorie sottese al processo risarcitorio), sia del tipo di sentenze pronunciabili dal giudice per soddisfare la pretesa vantata dal privato (ordine di provvedere l'uno; condanna a risarcire il danno, l'altro), detta differenza pare derivare proprio dal fatto che con il ricorso avverso il silenzio la pretesa dedotta è quella sottesa all'interesse (legittimo) a ottenere o conservare il bene sostanziale cui il soggetto aspira o che vuole conservare; viceversa, con l'azione ex art. 2 bis, l. n. 241 del 1990, invece, come oggi inequivocabilmente chiarito dall'art. 30, comma 4, del Codice, il ricorrente fa valere la pretesa risarcitoria "dell'eventuale danno che… comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

8. La disciplina del rito del silenzio: il problema del riparto di giurisdizione

La l. n. 205 del 2000, il cui art. 2 ha inserito nel corpo della l. Tar l'art. 21 bis (abrogato dal n. 10 del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al codice del processo, che disciplina ora la materia all'art. 117, rubricato "Ricorsi avverso il silenzio") ha disciplinato, con un rito speciale ed abbreviato, il giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione, stabilendo che i relativi ricorsi sono decisi in camera di consiglio, con sentenza

succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine di deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Secondo l'orientamento assolutamente dominante in giurisprudenza, presupposto per l'esperibilità dello speciale rito sul silenzio è, in primo luogo, che l'istanza si riferisca a materia spettante alla giurisdizione del giudice amministrativo. La giurisprudenza (ma anche la dottrina) ha puntualizzato che il rito abbreviato introdotto riguarda esclusivamente il silenzio-rifiuto in senso tecnico, ossia il comportamento omissivo che maturi a fronte di un'istanza diretta a far valere una posizione di interesse legittimo, e non anche l'inerzia della P.A. a fronte di un'istanza diretta a far valere un diritto soggettivo (rientrante nella giurisdizione esclusiva del G.A.).

Ove viceversa si deduca la lesione di un diritto soggettivo e l'istanza sia prospettata come rivolta all'accertamento di un comportamento inadempiente dell'amministrazione, occorre proporre un'azione di accertamento volta ad ottenere il riconoscimento di quel diritto. In questo senso, si ritiene correttamente che l'istituto del silenzio-rifiuto trova la sua giustificazione laddove la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente sia subordinata alla valutazione di compatibilità con l'interesse pubblico, che compete all'amministrazione, cui è rivolta l'istanza, compiere.

9. L'iter procedurale del rito avverso il silenzio: la fase di cognizione

Il rito sul silenzio è articolato dall'art. 117 c.p.a. in due fasi: quella di cognizione e quella di esecuzione.

La fase di cognizione si svolge secondo un rito abbreviato, a cognizione sommaria, con termini brevi, che si definisce con sentenza succintamente motivata, con la quale il giudice ordina all'amministrazione di provvedere. Nella vigenza della pregressa disciplina si era ritenuto, quanto alla fase di cognizione, che debbano distinguersi due diversi riti in ragione del contenuto della domanda proposta dal ricorrente, se cioè limitata alla mera richiesta di declaratoria dell'obbligo di provvedere sull'istanza rimasta inevasa ovvero estesa all'accertamento della fondatezza della pretesa. In termini Tar Campania, Napoli, se. III, 31 ottobre 2007, n. 10329, ha chiarito che "in tema di silenzio-rifiuto, dopo la l. n. 205 del 2000 che ha introdotto l'art. 21 bis, oramai si configurano due riti contro il silenzio: il primo, quello previsto dall'art. 2, l. n. 205 del 2000, connotato in termini di semplicità e celerità, ma contraddistinto da poteri cognitori e decisori circoscritti alla mera declaratoria dell'obbligo di provvedere; il secondo, quello ordinario, più lungo e complesso, ma che rende possibile accertare anche la fondatezza della pretesa giudiziale. Pertanto, nella fattispecie, una richiesta che non si fosse limitata al mero accertamento dell'obbligo di provvedere rimasto inadempiuto avrebbe dovuto farsi valere secondo il rito ordinario. Già nella vigenza della pregressa disciplina la questione s'intrecciava con il controverso tema

dell'oggetto del giudizio sul silenzio e dei limiti del sindacato giurisdizionale alla luce della novella del 2005.

Il processo si svolge secondo le disposizioni dettate dall'art. 87 c.p.c., comma 3 , e quindi:

a) tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario (tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo);

b) la camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimate. Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne facciano richiesta.

Quanto alla possibilità che il Collegio disponga un'istruttoria, in dottrina si è rilevato che è difficilmente prospettabile in concreto un'esigenza istruttoria nel giudizio avverso il silenzio-inadempimento, in considerazione del thema decidendum limitato al mero accertamento della sussistenza dei presupposti del silenzio; sicchè, l'unico accertamento da compiersi riguarda la permanenza del silenzio al momento della pronuncia della decisione. Il rilievo è condivisibile se riferito ai soli casi in cui il G.A. non sia tenuto a scrutinare la fondatezza dell'istanza, nei quali l'ambito del sindacato giudiziale è effettivamente limitato al mero obbligo di provvedere. Al contrario, laddove il sindacato giurisdizionale si estenda alla fondatezza dell'istanza non può negarsi l'utilità della previsione che ammette lo svolgimento di un'attività istruttoria.

9.1.1. La fase di esecuzione

Nel rito del silenzio la fase dell'esecuzione è eventuale; l'art. 21 bis legge Tar prevedeva che la stessa prendesse avvio solo laddove l'amministrazione non provvedesse nel termine assegnato, nel qual caso "il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa" (art. 21 bis, comma 2). La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, ammetteva la possibilità che il commissario ad acta fosse nominato già nella prima fase, il che induceva taluno a ritenere che il rito del silenzio avesse, di fatto, una valenza unitaria[42]: si osservava che, quando il ricorrente ne facesse richiesta già in sede di ricorso introduttivo, il giudice statuisse in via contestuale sull'ordine di provvedere e sulla nomina del commissario, destinato a subentrare non da subito, ma solo nel caso in cui si prolungasse l'inerzia dell'amministrazione intimata. Assolutamente minoritario era quindi l'indirizzo che escludeva la nomina del commissario ad acta con la pronuncia che condannava l'amministrazione a provvedere, fondato sulla considerazione della gradualità degli interventi giurisdizionali previsti dall'art. 21 bis, comma 2.

La formulazione letterale dell'art. 21 bis, comma 2, l. Tar sembrava, a prima lettura, prevedere un giudizio di ottemperanza in senso classico. Tuttavia, tale conclusione non è parsa convincente ed è stata smentita dai recenti approdi della giurisprudenza. A ben

vedere, se si fosse trattato di un giudizio di ottemperanza in senso classico, la norma sarebbe stata del tutto superflua, in quanto sarebbe stato sufficiente rinviare all'art. 27, n. 4, r.d. n. 1054 del 1924, che contemplava il giudizio di ottemperanza. Il mancato rinvio alle norme del giudizio d'ottemperanza pareva costituire indice da cui presumere che la fase di esecuzione delle sentenze emesse ai sensi dell'art. 21 bis non costituisse un giudizio d'ottemperanza classico, essendosi il legislatore limitato a prevedere la nomina da parte del giudice del commissario su richiesta di parte.

Inoltre, come osservato in dottrina e come confermato dal Consiglio di Stato, si sarebbe trattato di un giudizio di ottemperanza speciale o anomala, che prescinde dal giudicato e da un ricorso ad hoc e in cui, nella fase esecutiva, potevano essere esercitati ampi poteri di cognizione, in funzione di sostituzione dell'amministrazione inerte. In relazione ai profili squisitamente processuali della fase esecutiva della sentenza sul silenzio, va rilevato che:

a) per l'instaurazione della fase esecutiva non occorre il passaggio in giudicato della sentenza sul silenzio;

b) per l'instaurazione della fase esecutiva non occorre, a differenza dell'ordinario giudizio di ottemperanza, la previa notifica all'amministrazione di un atto di diffida ad eseguire;

c) il commissario ad acta all'atto dell'insediamento deve, prima di adottare il provvedimento sostitutivo, accertare se l'amministrazione abbia medio tempore provveduto, "anteriormente alla data dell'insediamento medesimo (…) ancorchè in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo con la decisione" (art. 21 bis, comma 3, l. Tar).

Dalla formulazione letterale dell'art. 21 bis, comma 3, l. Tar, si trae il convincimento che l'amministrazione rimane titolare del potere di provvedere tardivamente, anche dopo la scadenza del termine fissato dal giudice con la sentenza e fino all'insediamento del commissario.[44] Con l'insediamento del commissario, ossia con la redazione del verbale di immissione dell'organo straordinario nelle funzioni amministrative e con la sua presa di contatto con l'amministrazione, si verifica un trasferimento di poteri, sicchè, ove l'amministrazione provveda dopo tale termine, l'atto sarebbe nullo. Diversamente opinando, non avrebbe senso la previsione, contenuta nell'art. 21 bis, comma 3, secondo cui il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, è tenuto ad accertare se, anteriormente al suo insediamento, l'amministrazione abbia provveduto.

9.1.2. La disciplina dettata dal codice del processo

Della fase di esecuzione del rito del silenzio si occupano il terzo e il quarto comma dell'art. 117. Il legislatore ha espressamente previsto, al comma 3, la possibilità della nomina del commissario ad acta con la sentenza con cui si definisce il giudizio, sempre che nel ricorso sia contenuta apposita istanza, lasciando, in ogni caso, l'alternativa della nomina successiva. E', inoltre, precisato, al quarto comma, che il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. Tale disposto normativo suffraga il prevalente orientamento giurisprudenziale, per il quale i provvedimenti adottati dal commissario ad acta, organo straordinario di nomina giudiziale, costituiscono estrinsecazione del potere dell'Amministrazione soccombente, che potrà modificarli solo in via di autotutela, trattandosi di esercizio di funzione alla stessa imputabile. Ne consegue che solo eventuali terzi interessati potranno impugnare i provvedimenti adottati dal commissario, non essendo l'amministrazione legittimata a proporre ricorso.

L'attività del commissario è, dunque, qualificabile come sostitutiva rispetto a quella dell'amministrazione, e non è in alcun modo soggetta al potere di direttiva del giudice, che potrà esclusivamente vagliare l'effettivo adempimento finale da parte del commissario in relazione all'ordine contenuto nella decisione. Si ritiene che permanga la possibilità di adempimento da parte dell'amministrazione fino all'effettivo insediamento del commissario, nonostante la nomina dello stesso. Il commissario ad acta nominato per l'esecuzione della decisione di accoglimento sul ricorso proposto in seguito al silenzio rifiuto dell'Amministrazione è, dunque, figura distinta dal commissario nominato in sede di ottemperanza, che, al contrario, è organo del giudice dell'ottemperanza, il quale, nell'esercizio della propria giurisdizione di merito, deve adottare il provvedimento che avrebbe dovuto emettere l'Amministrazione inadempiente, atto che non sarà, per questo, soggetto all'impugnazione ordinaria, ma al solo reclamo, da proporre al medesimo giudice dell'ottemperanza.

Lo sviluppo della tutela del privato nei confronti dell'inerzia della Pubblica Amministrazione: accanto al "danno da ritardo"

Sommario: 1. L'inerzia della pubblica amministrazione ed il danno da ritardo: una tematica in continua evoluzione. 2. L'art. 28 del d.l. 69/2013: l'indennizzo da ritardo ed i rapporti con la tutelarisarcitoria ex art. 2 bis della l. 241/90. 3. I possibili scenari futuri.

1. L'inerzia della pubblica amministrazione ed il danno da ritardo: una tematica in continua evoluzione.

L'inerzia della pubblica amministrazione, ed il conseguente danno che il privato subisce a causa del ritardo nella conclusione del procedimento, rappresentano una questione nodale, affrontata a più riprese dalla giurisprudenza e dalla dottrina senza che, tuttavia, si sia giunti a risposte univoche e soddisfacenti. Il dovere di conclusione del procedimento (iniziato ad istanza di parte o d'ufficio) ed i termini per la conclusione sono disciplinati dall'art. 2 della l. 241/90, e sin dall'entrata in vigore della norma ci si è interrogati su quale fosse il bene della vita da essa tutelato: se si trattasse, cioè, di un interesse finale al conseguimento di un provvedimento favorevole nei tempi stabiliti; o se fosse, più semplicemente, un "mero" interesse alla tempestiva conclusione del procedimento, indipendentemente dall'esito favorevole o sfavorevole per il privato.

Da questa dicotomia, la dottrina ha coniato due distinte figure di "danno da ritardo".

i) La prima è il danno da ritardo "qualificato", ovvero coincidente con l'elisione del bene della vita sostanziale, oggetto dell'istanza del privato, cagionato dall'infruttuoso decorso del termine procedimentale. In altre parole è il danno derivante dal non poter svolgere l'attività, astrattamente consentita dall'ordinamento, ma impedita o ritardata dall'inerzia dell'amministrazione. Tale ipotesi ricorre, ad esempio, nel caso dell'emanazione in ritardo di un provvedimento favorevole: essa può integrare il presupposto fattuale della responsabilità per illecito della P.A., unitamente al rilievo che il privato non ha conseguito nei termini dovuti il bene della vita. Oppure, altra ipotesi consiste nella mancata emanazione di un provvedimento vincolato, non essendovi dubbi sulla spettanza del bene delle vita e dunque non potendo l'amministrazione negarlo tramite il suo comportamento inerte. Anche in tal caso, chiaramente, non viene risarcito l'interesse procedimentale, ma la violazione del bene della vita.

ii) La seconda figura è il danno da "mero ritardo", che si determina in relazione al solo verificarsi dell'infruttuoso decorso dei termini procedimentali, ossia nel caso di mancata adozione di un provvedimento, prescindendo del tutto dalla circostanza che si tratti di un provvedimento favorevole o sfavorevole. Ed infatti, la risarcibilità del danno da mero ritardo dipende dalla risposta alla questione se il privato abbia o meno diritto alla conclusione del procedimento, qualunque esito abbia. Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha sempre ammesso la possibilità di ottenere il risarcimento per il ritardo "qualificato" mentre si è spesso divisa con riferimento al danno da "mero" ritardo. A dirimere la controversia era intervenuta in un primo momento la decisione n. 7 del 15.9.2005 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha ritenuto che l'interesse legittimo

pretensivo potesse essere tutelato con la tecnica del risarcimento del danno solo quando avesse ad oggetto interessi sostanziali, e non solo strumentali. Secondo tale arresto, dunque, il tempo non sarebbe un bene di per sé rilevante, considerando anche che non si rinveniva all'epoca alcuna disposizione normativa che tutelasse l'interesse alla certezza dei tempi procedimentali. Ciò fino all'introduzione dell'art. 2 bis della l. 241/90 (ad opera della l. 69/2009), in cui il legislatore ha previsto che "le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". Sembrava, quindi, che il legislatore avesse finalmente intesoriconoscere espressamente la risarcibilità del mero interesse "procedimentale" al rispetto da parte della P.A. dei termini stabiliti per l'adozione dei provvedimenti amministrativi. In sostanza, appariva ormai superato l'orientamento dell'Adunanza Plenaria che ammetteva la risarcibilità del danno da ritardo nei soli casi in cui emergesse, o per effetto della successiva azione dell'amministrazione o anche sulla base di un giudizio prognostico ex post, l'effettiva spettanza dell'atto richiesto dal privato. Tuttavia, alquanto sorprendentemente, l'entrata in vigore di questa nuova disposizione non è servita ad indirizzare le pronunce dei giudici amministrativi in un'unica direzione (ovvero quella di ritenere il valore "tempo" quale bene della vita). Vi sono, infatti, pronunce che paiono recepire l'intento del legislatore: "L'art. 2 bis, co. 1, della l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 69/2009, stabilendo che le pubbliche amministrazioni e i soggetti equiparati sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino; in base a tale disposizione, si deve ritenere che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica" 1; altre che, invece, aderiscono al "vecchio" orientamento, per cui "il ritardo nell'emanazione di un atto amministrativo è elemento sufficiente per configurare un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, ove tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario"2. La questione è assai rilevante, implicando un'approfondita indagine sulla natura stessa dei rapporti "procedimentali" fra P.A. e privati. Infatti, il riconoscimento della risarcibilità del danno "da mero ritardo", presupponendo l'esistenza di un interesse giuridicamente differenziato e tutelabile in giudizio, legato al mero rispetto delle norme che fissano la durata del procedimento, va necessariamente ricondotto allo schema dell'illecito contrattuale, ovvero a quello del "contratto sociale

qualificato", contrastando la tesi maggioritaria secondo cui la responsabilità della P.A. per lesioni di interessi legittimi ha natura extracontrattuale. Anche se, obiettivamente, è lo stesso art. 2 bis - parlando di "inosservanza dolosa o colposa" del termine, a ricondurre la responsabilità della P.A. nell'alveo di quella aquiliana. Ad ogni modo, la novella legislativa del 2009 non ha, evidentemente, sortito gli effetti sperati, considerando che sul piano applicativo non si è ancora presa una posizione definitiva sulla risarcibilità del danno per il mero decorso del tempo. Se, come abbiamo visto, vi sono sentenze che sposano la tesi secondo cui il legislatore avrebbe ormai definitivamente riconosciuto la risarcibilità del danno da inosservanza del termine di conclusione del procedimento, a prescindere dall'effettiva spettanza del provvedimento richiesto, ve ne sono altre in cui è riaffermato l'opposto principio della Plenaria del 2005.

In una situazione di così grave incertezza, pare auspicabile e necessario un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, perché esamini i principi a suo tempo enunciati alla luce della normativa sopravvenuta e dirima, finalmente, il contrastro giurisprudenziale in essere, al fine di eventualmente conciliare lo schema dell'illecito extracontrattuale con la risarcibilità del danno da mero ritardo.

2. L'art. 28 del d.l. 69/2013: l'indennizzo da ritardo ed i rapporti con la tutela risarcitoria ex art. 2 bis della l. 241/90.

Nell'intricato contesto appena delineato, il legislatore è intervenuto introducendo nell'ordinamento una nuova figura di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione: il cd. indennizzo da ritardo. La previsione è contenuta nel "decreto del fare" (d.l. 21.6.2013, n. 69, conv. dalla l. 9.8.2013, n. 98), che all'art. 28 dispone: "La pubblica amministrazione procedente o, in caso di procedimenti in cui intervengono più amministrazioni, quella responsabile del ritardo e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, della l. 7.8.1990, n. 241, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo iniziato ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, corrispondono all'interessato, a titolo di indennizzo per il mero ritardo, una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo con decorrenza dalla data di scadenza del termine del procedimento, comunque complessivamente non superiore a 2.000 euro". Lo stesso articolo - al co. 9 - ha altresì modificato l'art. 2 bis della l. 241/90, inserendo un ulteriore comma: "1 bis. Fatto salvo quanto previsto dal co. 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità

stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 2, della l. 23.8.1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento".

Va detto che, per ora, l'ambito applicativo della norma è assai ristretto, considerando che il co. 10 ne circoscrive l'applicazione "in via sperimentale e dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa iniziati successivamente alla medesima data di entrata in vigore".

Posto che la norma è in vigore da pochi giorni e che, quindi, manca la prassi applicativa cui fare riferimento in concreto, l'interrogativo di fondo concerne il momento in cui scatta il diritto all'indennizzo e - soprattutto – in quale rapporto esso si ponga rispetto alla tutela risarcitoria ex art. 2, co. 1, l. 241/90.

Stando al tenore letterale della norma in esame, tale indennizzo sarebbe dovuto una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento. Sarà pertanto l'interessato a dover attivare il potere sostitutivo, sia per ottenere l'emanazione del provvedimento, sia per ottenere l'indennizzo richiesto (co. 2). A fronte di un'ulteriore inerzia del funzionario titolare del potere sostitutivo, l'istante potrà decidere di attivare lo strumento giurisdizionale previsto dall'art. 117 c.p.a. (ricorso avverso il silenzio), nel quale può confluire la richiesta di indennizzo.

Ad un primo esame, sembrerebbe quindi che l'ottenimento dell'indennizzo sia subordinato alla proposizione dell'azione avverso il silenzio; diversamente ritenendo, si dovrebbe affermare la possibilità di proporre un'autonoma istanza di indennizzo al pari dell'autonoma azione di condanna al risarcimento del danno ex art. 30, co. 4, c.p.a. Dando adito a quest'ultima ipotesi, automaticamente si esclude la sussistenza di una pregiudiziale intesa quale necessità del previo esperimento dell'azione avverso il silenzio (in mancanza di un provvedimento espresso) ovvero dell'azione di annullamento in caso di provvedimento tardivo sfavorevole. Pertanto, si prospettano due possibilità di scelta per l'interessato: una tutela amministrativa stragiudiziale (attraverso l'attivazione del potere sostitutivo in capo al funzionario individuato dall'organo di governo ex art. 2, co. 9 bis e 9 ter della l. 241/90) ovvero la tutela giurisdizionale dinanzi il giudice amministrativo.

Il legislatore sembra, dunque, aver predisposto una corsia preferenziale costituita dalla tutela amministrativa, certamente più snella e semplificata rispetto a quella giurisdizionale, destinata quest'ultima a rappresentare una extrema ratio. Il ricorso al giudice, in effetti, è disincentivato dal co. 6 dell'art. 28, in cui è previsto che se il ricorso è dichiarato inammissibile o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al

procedimento, il giudice condanna il ricorrente a pagare in favore del resistente una somma da due a quattro volte l'importo del contributo unificato. E' comunque evidente che l'indennizzo da ritardo abbia una portata molto più ristretta rispetto al risarcimento previsto all'art. 2 bis, co. 1, della l. 241/90, ed assai meno satisfattiva per il privato (contemplando un ristoro massimo di € 2.000,00). Si tratta infatti di rimedi non alternativi, ma complementari tra loro. La valutazione dell'indennizzo, infatti, prescinde dall'illegittimità del silenzio serbato dalla P.A., così come esula da qualsiasi indagine sull'elemento soggettivo (colpa o dolo). Il che riconduce la fattispecie nell'ambito della responsabilità contrattuale, ricadendo nell'alveo dell'"obbligazione sociale" di cui si è parlato sub par. 1, che obbliga la P.A. nei confronti del privato a concludere il procedimento nei tempi stabiliti. Sotto un certo punto di vista, quindi, e con tutti i limiti applicativi di cui si è parlato, l'indennizzo previsto dall'art. 28 d.l. 69/2013 potrebbe servire a ristorare - almeno in parte - quel danno da mero ritardo sulla cui risarcibilità la giurisprudenza è ancora divisa.

3. Possibili scenari futuri.

L'ultimo comma dell'art. 28 d.l. 69/2013 stabilisce che decorsi diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione e sulla base del monitoraggio relativo alla sua applicazione, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co.2, della l. 23.8.1988, n. 400, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, di cui all'art.8 del d.lgs. 28.8.1997, n. 281, e successive modificazioni, dovranno essere stabiliti la conferma, la rimodulazione, anche con riguardo ai procedimenti amministrativi esclusi, o la cessazione delle disposizioni, nonché eventualmente il termine a decorrere dal quale le disposizioni ivi contenute saranno applicate, anche gradualmente, ai procedimenti amministrativi diversi da quelli relativi all'avvio dell'attività di impresa. Se, da un lato, l'approccio "sperimentale" voluto dal legislatore potrà consentire di estendere l'indennizzo da ritardo a tutti i procedimenti amministrativi in genere, dall'altro potrebbe negare - qualora il governo non adotti gli appositi regolamenti - la reale ed effettiva applicazione della norma. Non va dimenticato, infatti, che già in passato il legislatore aveva introdotto la figura dell'indennizzo da ritardo, tramite la legge delega 15.3.1997, n. 59 (cd. legge "Bassanini"), ma in quella circostanza la cattiva sorte che ebbe l'Esecutivo dell'epoca non ne consentì l'introduzione nel nostro ordinamento.

In conclusione, l'auspicabile generalizzata applicazione dell'istituto garantirebbe certamente maggiore efficienza, e servirebbe a responsabilizzare ulteriormente i pubblici funzionari, dal momento che gli stessi risponderebbero in prima persona del ritardo nella conclusione del procedimento, e sarebbero quindi maggiormente

incentivati al rispetto dei termini. Il co. 7 dell'art. 28, infatti, dispone che la pronuncia di condanna a carico dell'amministrazione è comunicata, a cura della Segreteria del giudice che l'ha pronunciata, alla Corte dei conti al fine del controllo di gestione sulla pubblica amministrazione, al Procuratore regionale della Corte dei Conti per le valutazioni di competenza, nonché al titolare dell'azione disciplinare verso i dipendenti pubblici interessati dal procedimento amministrativo.

Riccardo Gai

(12 marzo 2014)Il

DA ALTALEX – DIA E SCIA di Silvana Bini

Il presente itinerario è dedicato agli istituti della DIA e della SCIA, previsti dall'art. 19, L. n. 241/1990, norma oggetto di numerosi interventi legislativi, finalizzati alla sostituzione del "tradizionale provvedimento amministrativo" con la dichiarazione del privato. Nel contributo, dopo l'esame del quadro normativo e dei principali interventi legislativi, vengono esaminate le posizioni giurisprudenziali sui singoli profili problematici. Va precisato che alcuni temi sorti mentre erano ancora in vigore l'istituto della DIA oggi possono ancora essere considerati attuali con riferimento alla SCIA.

In tema di edilizia gli istituti della DIA e della SCIA sono spesso utilizzati come sinonimi. Silvana Bini ha dedicato un approfondimento al tema che è stato ripreso da Urbanistica ed appalti, la rivista bimestrale edita da Ipsoa dedicata alla materia edilizia, all'urbanistica, agli appalti e ai lavori pubblici.

Di seguito riportiamo integralmente un estratto della rivista.

Sommario:1. Quadro normativo: dalla DIA alla SCIA 2. Rapporto tra disciplina statale e regionale 3. La disciplina del D.L. n. 138/2011: la SCIA sostituisce la DIA? 4. DIA/SCIA: strumento di semplificazione o di liberalizzazione? 5. Natura giuridica della DIA/SCIA 6. Poteri della P.A.7. Problemi di applicazione del diritto transitorio 8. DIA non conforme, false dichiarazioni e potere sanzionatorio 9. Tutela del terzo 10. Profili sulla giurisdizione Quadro normativo: dalla DIA alla SCIA

L'istituto della DIA viene introdotto con l'art. 19 della L. n. 241/1990, che prevede, in tutti i casi in cui l'esercizio di un'attività privata, sia subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque

denominato, che l'attività possa essere intrapresa su denuncia di inizio dell'attività stessa da parte dell'interessato all'amministrazione competente. Il procedimento si articola in due fasi ulteriori: una prima, di ordinaria attività di controllo dell'Amministrazione; una seconda, in cui può esercitarsi l'autotutela amministrativa.

La norma è stato oggetto di numerosi interventi legislativi; si riportano le disposizioni principali, che hanno maggiormente inciso sulla disciplina dell'istituto e a cui è conseguito un maggior dibattito giurisprudenziale.

Il primo intervento rilevante si deve all'art. 2, comma 10, L. 24 dicembre 1993, n. 537 e all'art. dall'art. 3, comma 1, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni, dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, che hanno ampliato l'ambito di applicazione della disposizione, prevedendo che "Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste".

Con l'art. 9, comma 3, L. 18 giugno 2009, n. 69 viene introdotta la c.d. "super DIA", che introduce la possibilità di iniziare l'attività dalla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente, esclusivamente per attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla Dir. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta.

L'istituto è stato modificato integralmente dal D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, che ha sostituto la DIA con la SCIA (segnalazione certificata di inizio attività), prevedendo la possibilità di avviare l'attività oggetto della segnalazione dalla data della presentazione di questa, all'amministrazione competente.

La SCIA ha però dei limiti oggettivi, precisati nel comma 1: si deve infatti trattare di provvedimento il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e

presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi.

Con il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, viene introdotto il comma 6 bis per disciplinare la materia edilizia, riducendo il termine di sessanta giorni a trenta giorni.

La novità più rilevante, che vuole offrire un chiarimento alle incertezze sorte nella prassi, ma diviene foriera di ampio dibattito, è l'art. 6, comma 1, lett. c), D.L. 13 agosto 2011, n. 138 convertito nella L. 14 settembre 2011, n. 148, che introduce il comma 6 ter "La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.".

Seguono poi le modifiche apportate dal D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, L. n. 124/2015, in base al quale, in caso di accertata carenza dei suddetti presupposti, l'Amministrazione può adottare "motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi" nonché - ove possibili - provvedimenti diretti alla conformazione dell'attività ai requisiti di legge, purché proceda in tal senso entro sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione certificata del privato (comma 3) ovvero trenta giorni "nei casi di SCIA in materia edilizia".

Viceversa, una volta decorsi i suddetti termini, "l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 (ma in tal caso) alle condizioni previste dall'articolo 21-nonies". Viene quindi chiarito che la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Secondo il nuovo quadro normativo al fine di contestare la sussistenza dei presupposti dell'attività segnalata da altro soggetto, il terzo ha facoltà di sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione, esperire - in caso di inerzia di quest'ultima - esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Da ultimo, la L. 7 agosto 2015, n. 124, ha modificato l'art. 19, commi 3 e 4, prevedendo che l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per

l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure stesse, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata.

Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 nonies.

A sua volta il decreto ha modificato l'art. 21 introducendo il limite di 18 mesi per esercitare l'autotutela, aggiungendo il comma 2 bis (I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del T.U. di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445).

Rapporto tra disciplina statale e regionale

Le norme sui titoli abilitativi sono espressione di principi fondamentali in materia di "governo del territorio" di cui all'art. 117, comma 3, Cost. (Corte Cost. sentenze nn. 259/2014, 139/2013, 109/2013 e 303/2003).

Nell'ambito della materia concorrente "governo del territorio", i titoli abilitativi agli interventi edilizi costituiscono oggetto di una disciplina che assurge a principio fondamentale (sent. n. 259 del 2014, n. 139 e n. 102 del 2013, n. 303 del 2003), e tale valutazione deve ritenersi valida anche per la denuncia di inizio attività (DIA) e per la SCIA che, seppure con la loro indubbia specificità, si inseriscono in una fattispecie il cui effetto è pur sempre quello di legittimare il privato ad effettuare gli interventi edilizi (Corte Cost. sent. n. 121 del 2014, n. 188 e n. 164 del 2012).

Per tale ragione la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 164/2012 ha ritenuto non fondate le questioni sollevate da alcune Regioni, per lesione alla competenza regionale (Non sono fondate le q.l.c. dell'art. 49, commi 4 bis e 4 ter, L. 31 maggio 2010, n. 78, conv., con modificazioni, in L. 30 luglio 2010, n. 122, censurato nella parte in cui, qualificando la disciplina della "segnalazione certificata di inizio attività" (SCIA), contenuta nel comma 4 bis, che modifica l'art. 19, L. 7 agosto 1990, n. 241, come attinente alla tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., e costituente livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m), e prevedendo che "le espressioni segnalazione certificata di inizio attività" e "SCIA sostituiscono, rispettivamente, quelle di 'dichiarazione di inizio attività' e 'DIA'", non solo riguardo alla previgente normativa statale, ma anche a quella regionale, consentirebbe al privato di iniziare l'attività edilizia senza attendere

alcun termine, restando alla p.a. solo il potere di intervenire successivamente, quando i lavori sono già avviati (o anche finiti), con un danno urbanistico ormai prodotto, con interferenza nelle competenze regionali della materia del "governo del territorio", ai sensi del comma 3 dell'art. 117 Cost.; violerebbe i poteri di controllo delle amministrazioni locali rimessi dall'art. 114 Cost., all'autonomia dei poteri degli enti locali, e le funzioni amministrative dei comuni disposte dall'art. 118 Cost., l'art. 3 Cost., con riguardo ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, e l'art. 97 Cost.; nonché le q.l.c. dell'art. 5, commi 1, lett. b) e 2, lett. b) e c), D.L. n. 70 del 2011, conv., con modificazioni, L. n. 106 del 2011, nella parte in cui tale articolo conferma o dispone l'applicabilità della SCIA alla materia edilizia e nella parte in cui - attraverso il nuovo comma 6 bis dell'art. 19, L. n. 241 del 1990 - introduce un termine breve di trenta giorni per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli effetti della SCIA in materia edilizia. L'ambito applicativo della disciplina, diretto alla generalità dei cittadini, trascende la materia della concorrenza e giustifica il richiamo al livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, permettendo una restrizione dell'autonomia legislativa delle regioni, giustificata dallo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione; ne consegue che il riconoscimento della possibilità di dare immediato inizio ad una determinata attività, fermo restando l'esercizio dei poteri inibitori da parte della P.A., ricorrendone gli estremi, e fatto salvo il potere della stessa p.a. di assumere determinazioni in via di autotutela, assicura la prestazione specifica di una attività amministrativa, circoscritta all'inizio della fase procedimentale, strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica, tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della P.A. competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima, che può riguardare anche la materia edilizia, come ora in modo espresso dispone l'art. 5, comma 1, lett. b), e comma 2, lett. b) e c), D.L. n. 70 del 2011, conv., con modificazioni, L. n. 106 del 2011, entro i limiti e con le esclusioni previsti (sent. n. 29, 406 del 1995, 282 del 2002, 120, 285, 383 del 2005, 134, 248, 328, 447 del 2006, 169, 387, 401 del 2007, 1, 50, 168, 222, 371 del 2008, 322 del 2009, 10, 207 del 2010).

Con sentenza n. 49/2016 la Corte Costituzionale ha invece ritenuto costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., l'art. 84 bis, comma 2, lett. b), L.R. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, che stabilisce la possibilità per l'Amministrazione di esercitare poteri sanzionatori per la repressione degli abusi edilizi, anche oltre il termine di trenta giorni dalla presentazione della SCIA, in un numero più ampio di ipotesi rispetto alla previsione statale. Nell'ambito della materia concorrente del "governo del territorio", i titoli abilitativi agli interventi edilizi costituiscono oggetto di una disciplina che assurge a principio fondamentale e tale valutazione deve ritenersi valida anche per la denuncia di inizio attività (DIA) e per la

segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), che si inseriscono in una fattispecie, il cui effetto è pur sempre quello di legittimare il privato ad effettuare gli interventi edilizi. Tale fattispecie ha una struttura complessa e non si esaurisce, rispettivamente, con la dichiarazione o la segnalazione, ma si sviluppa in due fasi ulteriori: una prima, di ordinaria attività di controllo dell'Amministrazione; una seconda, in cui può esercitarsi l'autotutela amministrativa. Anche le condizioni e le modalità di esercizio dell'intervento della pubblica amministrazione, una volta che siano esauriti i termini prescritti dalla normativa statale, devono considerarsi il necessario completamento della disciplina dei titoli abitativi, poiché l'individuazione della loro consistenza e della loro efficacia non può prescindere dalla capacità di resistenza rispetto alle verifiche effettuate dall'Amministrazione successivamente alla maturazione degli stessi. La disciplina di questa fase ulteriore è, dunque, parte integrante del titolo abilitativo e costituisce un tutt'uno inscindibile. Il suo perno è costituito da un istituto di portata generale - quello dell'autotutela - che si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto fra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra. Ne deriva che la disciplina de qua costituisce espressione di un principio fondamentale della materia "governo del territorio". La normativa regionale, nell'attribuire all'Amministrazione un potere di intervento, lungi dall'adottare disposizioni di dettaglio, ha introdotto una disciplina sostitutiva dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale, toccando i punti nevralgici del sistema elaborato nella legge sul procedimento amministrativo e con tutti i rischi per la certezza e l'unitarietà dello stesso.

La normativa regionale nell'attribuire all'Amministrazione un potere di intervento, lungi dall'adottare una disciplina di dettaglio, ha introdotto una normativa sostitutiva dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale; pertanto viene proprio a toccare i punti nevralgici del sistema elaborato nella legge sul procedimento amministrativo (sede già di per sé significativa) e cioè il potere residuo dell'Amministrazione, a termini ormai decorsi, e il suo ambito di esercizio (in concreto, i casi che ne giustificano l'attivazione).

Essa, dunque, comporta l'invasione della riserva di competenza statale alla formulazione di principi fondamentali, con tutti i rischi per la certezza e per l'unitarietà della disciplina che tale invasione comporta; e ciò tanto più in una materia che, come è noto, e come dimostrano le sue frequenti modifiche, presenta delicati e complessi problemi applicativi.

La disciplina del D.L. n. 138/2011: la SCIA sostituisce la DIA?

Si è ritenuto che con l'introduzione del comma 6 ter il legislatore non abbia effettuato solo un intervento legislativo di tipo interpretativo della preesistente disciplina, ma abbia previsto una nuova strumentazione di tutela dei soggetti terzi e nuovi adempimenti (le "sollecitazioni" che prima non esistevano). Per tale ragione si deve distinguere le fattispecie di SCIA o DIA consolidatesi prima o dopo l'entrata in vigore

della nuova disposizione, e quindi si può applicare la figura del silenzio diniego (con correlata azione di annullamento) alle fattispecie consolidatesi prima della vigenza dell'art. 6 ter (T.A.R. Venezia, (Veneto), Sez. II, 11 aprile 2013, n. 535 - T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 23 aprile 2013, n. 4117; T.A.R. Lazio, Sez. II, 10 aprile 2013, n. 3642; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 6 marzo 2013, n. 1247).

Nel settore edilizio, anche alla luce della circ. 16 ottobre 2010 del Ministero per la semplificazione normativa - "Segnalazione certificata di inizio attività. Art. 49, commi 4 bis ss., legge n. 122 del 2010", si è ritenuto che la SCIA abbia sostituito del tutto la DIA: sulla base delle innovazioni legislative, si deve ritenere che la SCIA sostituisce la DIA edilizia, ma non la super -DIA, alternativa quest'ultima al permesso di costruire e prevista sia nella normativa statale che regionale. (T.A.R. Venezia, (Veneto), Sez. II, 5 marzo 2012, n. 299).

DIA/SCIA: strumento di semplificazione o di liberalizzazione?

Un primo orientamento ritiene che l'art. 19, L. n. 241/1990 introduca uno strumento di semplificazione dell'azione amministrativa.

Secondo diverso orientamento si tratta invece di un mezzo di liberalizzazione dell'attività del privato.

Tale distinzione, non è solo teorica, ma comporta una diversa qualificazione del potere di controllo e inibitorio della P.A., oltre che di revoca ed autotutela, nonché un diverso inquadramento della tutela del terzo leso dalla presentazione della DIA.

Qualificando la DIA come mezzo di semplificazione si ritiene illegittimo il provvedimento comunale di "divieto inizio attività edilizia" che sia intervenuto quando risultavano ormai decorsi i termini di legge entro i quali l'amministrazione può esercitare i poteri inibitori relativamente agli interventi oggetto di DIA, e ciò in quanto, in un'ottica di semplificazione procedimentale, nel caso della DIA con il decorso del termine fissato dal legislatore, si forma un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale, i cui effetti potranno essere inibiti soltanto a seguito dell'annullamento in via di autotutela da parte dell'amministrazione, che infatti a tale riguardo non perde i propri poteri sanzionatori a fronte di interventi rivelatisi in contrasto con le prescrizioni urbanistiche (T.A.R. Venezia, (Veneto), Sez. II, 15 giugno 007, n. 1949; Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550). Se invece si ritiene che l'art. 19 preveda un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private, la DIA è qualificata come atto di natura privata, per cui viene a non essere più necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione; il potere di verifica di cui dispone l'Amministrazione, a differenza di quanto accade nel regime a previo atto amministrativo, non sarebbe finalizzato all'emanazione dell'atto amministrativo di consenso all'esercizio dell'attività, bensì al controllo, privo di discrezionalità, della corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai

canoni normativi stabiliti per l'attività in questione (Cons. Stato, Sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919, T.A.R. Napoli, (Campania), Sez. VIII, 24 maggio 2016, n. 2637).

Natura giuridica della DIA/SCIA

Il vivace dibattito sulla natura giuridica della DIA sorge soprattutto in ambito edilizio, in relazione al problema del limite temporale di intervento della P.A. e della tutela del terzo.

Prima dell'intervento normativo "chiarificatore" del D.L. n. 138/2011, si erano formate due posizioni principali.

Secondo un primo orientamento la DIA è un provvedimento tacito autorizzatorio, per cui con il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della DIA, si forma un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale, che può essere contestata dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della DIA o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di DIA (Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550).

A questo orientamento si contrappone chi invece qualifica la DIA come atto privato attestante la sussistenza di requisiti per l'esercizio di un diritto che la legge stessa riconosceva (La DIA consiste nella liberalizzazione di determinate attività il cui inizio costituirebbe un diritto del cittadino non più sottoposto ad un preventivo atto di assenso della P.A., ma solo ad un sistema di controlli successivi di tipo repressivo, secondo lo schema "norma-fatto-effetti". Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453, che ha espressamente escluso che si tratti di un provvedimento tacito, con la conseguenza che il potere repressivo della P.A., pur essendo riconducibile all'autotutela decisoria, non è comunque esercizio di attività amministrativa di secondo grado; nello stesso senso, T.A.R. Marche, 7 luglio 2003, n. 315; T.A.R. Marche, 6 dicembre 2001, n. 1241 che ha altresì la possibilità di impugnazione diretta della DIA da parte del terzo controinteressato sostanziale; T.A.R. Liguria, 22 gennaio 2003, n. 113, Sez. IV del Cons. Stato, 22 luglio 2005, n. 3916).

L'intervento dell'Adunanza Plenaria 15/2011 risolve il contrasto, escludendo la natura provvedimentale della denuncia di inizio attività, che non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge. A questa qualificazione consegue che: il silenzio serbato dalla P.A. nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio a fronte della presentazione di una DIA produce l'effetto giuridico di precludere all'Amministrazione stessa l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge, qualificandosi pertanto come esercizio di potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo, equiparato dalla legge ad

un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio.

Si configura quindi come un provvedimento per silentium con cui la P.A., esercitando in senso negativo il potere inibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata.

Tale ipotesi si differenzia dal silenzio-rifiuto (che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale) e dal silenzio accoglimento - o assenso - di cui all'art. 20, L. 7 agosto 1990, n. 241 (che presuppone la sussistenza di un potere ampliativo di stampo autorizzatorio o concessorio); nel caso di DIA, infatti, il silenzio serbato dall'Amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio.

Su Shop.wki.it è disponibile il volume I reati urbanistico-edilizi' di Tanda Paolo, Ed. CEDAM, 2016.

Leggi l'estratto "La lottizzazione abusiva"

Nel caso di DIA, il terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata e dal mancato esercizio del potere inibitorio, venendo in rilievo un provvedimento per silentium, può esperire l'azione impugnatoria ai sensi dell'art. 29 del codice del processo amministrativo - da proporre nell'ordinario termine decadenziale, che decorre solo dal momento della piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo - la quale può essere ritualmente accompagnata, ai fini del completamento della tutela, dall'esercizio di un'azione di condanna (c.d. di adempimento) dell'Amministrazione all'esercizio del potere inibitorio.

Il terzo che subisce da una denuncia di inizio di attività una lesione in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio della Pubblica amministrazione, può esperire innanzi al G.A. una azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'Autorità amministrativa.

Nell'ipotesi in cui la piena conoscenza della presentazione della DIA si è verificata in uno stadio anteriore al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, il dies a quo per la proposizione del ricorso da parte del terzo pregiudicato dalla DIA coincide con il decorso del termine per l'adozione delle doverose misure interdittive; a

completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, è contestualmente esperibile il rimedio dell'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di adempimento) tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990.

Con l'introduzione del comma 6 ter all'art. 19 ad opera del D.L. n. 138/2011, si colma un vuoto normativo in ordine ad uno specifico mezzo di tutela del terzo nella materia in questione. Tale norma ha riconosciuto la natura di atto privato alla DIA, statuendo, altresì, che la stessa non costituisce un provvedimento tacito direttamente impugnabile e che al privato interessato spetta esclusivamente la tutela del silenzio, previa sollecitazione dei poteri dell'amministrazione. Essa, pertanto, atteso il suo contenuto, costituisce norma innovativa (quanto alla tutela esperibile, alla necessaria condizione della previa sollecitazione, alla natura di atto privato della DIA) e non di interpretazione autentica; inoltre, costituisce norma, che ancorché preveda il tipo di tutela esperibile e ponga una condizione all'azione, è sostanziale e non processuale, attesa la sua collocazione sistematica e il suo contenuto, volto essenzialmente a definire la natura giuridica della DIA e a modificare profondamente la disciplina sostanziale dell'istituto (T.A.R. Catanzaro, (Calabria), Sez. II, 5 agosto 2015, n. 1328).

Anche dopo l'adunanza Plenaria e dopo l'entrata in vigore il comma 6 ter dell'art. 19 con il D.L. n. 138/2011 non sono mancate sentenze in cui si è ritenuto di attribuire alla presentazione della DIA/SCIA, seguita dal silenzio dell'amministrazione, la valenza di un atto amministrativo tacito avverso cui svolgere le necessarie tutele (Cons. Stato, Sez. IV, n. 1493/2015, resa su una SCIA presentata nel corso del 2013 nella quale si afferma che il provvedimento repressivo della SCIA può assimilarsi ad un atto di autotutela nella misura in cui elimina l'effetto giuridico (assenso all'intervento) prodottosi per effetto congiunto della segnalazione e del decorso del termine previsto dalla legge per emettere l'atto repressivo, contraddicendo le affermazioni dell'Adunanza Plenaria che aveva escluso che sulla DIA - e quindi anche sulla SCIA - potesse formarsi una provvedimento tacito di assenso alla attività oggetto di denuncia).

Poteri della P.A.

Possono distinguersi tre tipologie di poteri dell'Amministrazione: potere inibitorio, potere sanzionatorio e potere di autotutela.

Potere inibitorio

Secondo la disciplina introdotta con la prima formulazione dell'art. 19, la P.A. può intervenire per inibire l'inizio dell'attività, entro 60 (30 giorni in edilizia ai sensi dell'art. 23, commi 1 e 6, d.P.R. n. 380/2001) dalla presentazione.

Decorso senza esito il termine per l'esercizio del potere inibitorio, la pubblica amministrazione dispone del potere di autotutela ai sensi degli artt. 21 quinquies e 21 nonies, L. 7 agosto 1990, n. 241 (T.A.R. Roma, (Lazio), Sez. II, 10 dicembre 2013, n. 10682). In materia edilizia è stato precisato che il potere inibitorio previsto dall'art. 23, comma 6, T.U. 6 giugno 2001, n. 380 è esercitabile entro il termine perentorio di trenta giorni, potendo successivamente essere emanati soltanto provvedimenti d'autotutela e sanzionatori, in quanto alla scadenza del detto termine matura l'autorizzazione implicita ad eseguire i lavori progettati e indicati nella denuncia di inizio attività, restando fermo al contempo il potere dell'Amministrazione comunale di provvedere non più con provvedimento inibitorio ma con provvedimento sanzionatorio di tipo ripristinatorio o pecuniario, in base alla normativa che disciplina la repressione degli abusi edilizi (Cons. Stato, II Sezione, 17 ottobre 2007, n. 1698, Sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916 e T.A.R. Napoli, Sez. II, 27 giugno 2005, n. 8707, T.A.R. Potenza, (Basilicata), Sez. I, 17 ottobre 2013, n. 609).

Il termine per esercitare il potere inibitorio è perentorio (Cons. Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2012, n. 5751; T.A.R. Venezia, Sez. II, 11 aprile 2013, n. 535; T.A.R. Lecce, Sez. III, n. 1937/2013).

Una volta decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio è esperibile solo l'esercizio di un potere di autotutela che, in quanto tale, non può prescindere dall'applicazione dei principi regolatori sanciti dalla legge sul procedimento, con particolare riguardo alla necessità dell'avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, al rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, alla necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo (T.A.R. Venezia, (Veneto), Sez. II, 15 febbraio 2013, n. 230).

Si è esclusa la necessità di inviare il preavviso di rigetto, in quanto l'istituto della denuncia di inizio di attività evidenzia profili di incompatibilità con le nuove norme di ordine generale dettate in tema di comunicazione (preventiva) dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza; in particolare l'adozione del provvedimento con il quale l'amministrazione comunale ordina al privato di non effettuare l'intervento da lui denunciato non deve essere preceduta dalla comunicazione di cui all'art. 10 bis, L. n. 241/1990 ostando in tal senso non solo la circostanza che la denuncia di inizio di attività non può, letteralmente, considerarsi una "istanza di parte", ma anche (e soprattutto) la speciale disciplina "della notifica all'interessato" dell'"ordine motivato di non effettuare il previsto intervento", dove già è prevista la motivazione dell'ordine inibitorio e dove viene assicurata una forma di confronto e di tutela del privato, a favore del quale viene comunque fatta "salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia" (T.A.R. Lombardia, Sez. II, 19 ottobre 2011, n. 2478, T.A.R. Umbria, 19 dicembre 2012, n. 537).

Potere di autotutela

Secondo l'orientamento prevalente (prima della nuova disciplina normativa), decorso il termine per esercitare il potere inibitorio, l'Amministrazione può intervenire anche oltre il termine di 60 o 30 giorni ma solo alle condizioni cui la legge subordina il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi e quindi, tenendo conto, oltre che degli eventuali profili di illegittimità dell'attività già effettuata per effetto della DIA ormai perfezionatasi, dell'affidamento ingeneratosi in capo al privato per effetto del decorso del tempo e, comunque, esternando le ragioni di interesse pubblico a sostegno del provvedimento repressivo. Infatti, il termine per l'esercizio del potere inibitorio doveroso, nel caso di DIA, è perentorio, ma anche dopo il suo decorso la P.A. conserva un potere residuale di autotutela; peraltro, tale potere residuale, con il quale l'Amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, deve essere esercitato nel rispetto del limite del termine ragionevole e, soprattutto, sulla base di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 5 marzo 2015, n. 1410; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 21 novembre 2014, n. 4799). Una volta scaduti i suddetti termini, il potere dell'amministrazione di inibire gli effetti della SCIA resta soggetto agli stessi presupposti previsti dalla legge per l'annullamento d'ufficio, tra l'obbligo di previa valutazione delle "ragioni di interesse pubblico" giustificative del provvedimento repressivo. Ne deriva che, in quest'ultimo caso, il potere dell'amministrazione di interdire la prosecuzione dell'attività segnalata ha natura discrezionale e non doverosa.

Il T.A.R. Veneto, Sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1038, sottolinea la differenza di contenuti tra i poteri di annullamento di SCIA e DIA che l'art. 19, L. n. 241/1990 attribuisce all'Amministrazione, e la revisione nell'ipotesi in cui sia un soggetto terzo a sollecitare l'azione dell'amministrazione ai sensi del comma 6 ter. Il sistema delineato dall'art. 19, L. n. 241 del 1990, nel rafforzare la tutela di affidamento del privato che abbia presentato una DIA o una SCIA, ha previsto la tassatività dei casi in cui alla Amministrazione è consentito di intervenire dopo la scadenza dei termini di cui al comma 3 e comma 6-bis, nel senso che, fuori dalle situazioni individuate al comma 3 (falsità nelle dichiarazioni) ed al comma 4 (pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente e la salute, per la sicurezza pubblica e la difesa nazionale), le Amministrazioni non possono intervenire. Tuttavia, il comma 6 ter, nel porre un obbligo all'Amministrazione di provvedere su istanza del privato, ha previsto una fattispecie autonoma e diversa dal potere ufficioso previsto dai menzionati commi 3 e 4, altrimenti l'eccessivo sacrificio che verrebbe imposto al diritto di azione del terzo leso dall'attività intrapresa sarebbe contrario agli artt. 24, 111 e 113 Cost.

Potere di autotutela e sollecitazione del privato

La tutela del terzo innanzi al Giudice Amministrativo in caso di DIA o di SCIA, si realizza con l'impugnazione del silenzio mantenuto dall'amministrazione sulla diffida volta a provocare l'esercizio dei poteri di vigilanza alla stessa spettanti. Il potere di sollecitazione, pur non richiedendo formule sacramentali, deve però "possedere una serie di minimi requisiti per così dire di 'serietà', tali da renderla idonea a porre in capo alla P.A. l'obbligo di esercitare i propri poteri di verifica e correlativamente a configurare, in caso di inerzia della P.A. stessa, un silenzio inadempimento" (così T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, n. 1075/12).

L'Amministrazione tuttavia non ha alcun obbligo di provvedere al riesame di un'istanza di revoca o di riesame di un provvedimento edilizio o di un titolo abilitativo divenuto oramai inoppugnabile (Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 984).

Una prospettiva interpretativa sostiene che la facoltà del controinteressato di proporre l'istanza inibitoria ex art. 19, comma 6 ter sarebbe soggetta al termine decadenziale di sessanta giorni, valido anche per la proposizione dell'ordinario ricorso annullatorio, termine che, in caso di SCIA, decorrerebbe dalla data in cui l'istante ha avuto notizia della segnalazione per esso lesiva. La tesi è sostenuta da Cons. Stato, Sez. IV, n. 5161/2015 cit. e ripresa dalle sentenze del T.A.R. Lombardia (Milano) Sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274, 15 aprile 2016, n. 735 e 5 dicembre 2016, n. 2301, le quali precisano inoltre che il terzo, una volta decorso il suddetto termine decadenziale, non rimane del tutto privo di strumenti di reazione, ma conserva, nei confronti dell'Amministrazione, il potere di diffida all'adozione di atti di autotutela.

Una diversa tesi richiama il termine annuale di cui all'art. 31, comma 2, c.p.a., ritenendo che il terzo debba sollecitare l'amministrazione nell'anno dal deposito della SCIA presso i competenti uffici: il termine di un anno stabilito dall'art. 31 c. proc. amm., nel caso di ricorso proposto per una segnalazione certificata di inizio attività, decorre da quando il terzo ha avuto piena conoscenza dei fatti idonei a determinare un pregiudizio nella sua sfera giuridica. (Cons. Stato, Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610).

Dopo la riforma dell'art. 21 nonies, L. n. 241/1990 (operato con il D.L. n. 133 del 2014, convertito nella L. n. 164/2014), per cui è esclusa la possibilità di procedere ad annullamento d'ufficio nei casi di provvedimenti già non annullabili dal giudice amministrativo nella ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 21 octies, comma 2, con due importanti modifiche: a) la fissazione del termine massimo di diciotto mesi per la valida adozione dell'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici; b) la previsione, con il comma aggiunto 2 bis, della possibilità di annullare, anche dopo quel termine, i provvedimenti ottenuti sulla base di dichiarazioni false, ma solo quando la falsità è stata accertata in sede penale con sentenza passata in giudicato, si rafforza la tutela dell'affidamento.

Con la modifica dell'art. 19, comma 4, L. n. 241 del 1990, operata dall'art. 6, comma 1, lett. a), L. 7 agosto 2015, n. 124, decorso il termine ordinario (di cui al comma 3,

primo periodo, ovvero di cui al comma 6 bis, dello stesso art. 19), l'amministrazione competente può adottare i medesimi provvedimenti di inibizione e di conformazione in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 nonies. L'art. 2, comma 4, D.Lgs. n. 222 del 2016, ha inoltre chiarito che i diciotto mesi iniziano a decorrere dalla data di scadenza del termine previsto per l'esercizio dei poteri ordinari di verifica da parte dell'Amministrazione competente. La rimozione d'ufficio di un atto favorevole esige una articolata esplicitazione delle ragioni, di interesse generale che impongono l'eliminazione dell'atto invalido, attraverso la chiara esemplificazione degli effetti concreti che si assumono contrastanti con i valori tutelati dall'ordine legale infranto, per come atteggiantesi nello specifico contesto empirico e non per come astrattamente considerati dalla disciplina normativa (Cons. Stato sez. VI 27 gennaio 2017, n. 341).

Venuto meno il potere inibitorio o se non è stato esercitato quello di autotutela decisoria, può trovare applicazione l'art. 21, L. n. 241 del 1990, espressione del generale potere repressivo che la P.A. conserva (T.A.R. Roma, (Lazio), Sez. II, 10 marzo 2017, n. 3395).

Problemi di applicazione del diritto transitorio

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la norma introdotta dalla L. 7 agosto 2015, n. 124, è applicabile in ogni caso in cui il provvedimento di autotutela sia intervenuto successivamente alla novella legislativa, ancorché riguardi un titolo abilitativo rilasciato sotto il regime precedente (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 17 marzo 2016, n. 351; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 22 settembre 2016, n. 4373; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 gennaio 2017, n. 65; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I bis, 21 febbraio 2017, n. 2670; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 92). Secondo l'opposto orientamento ai fini dell'applicazione della regola del tempus regit actum (art. 11 delle preleggi), l'atto di autotutela dovrebbe considerarsi non un provvedimento autonomo bensì un atto rientrante nel procedimento aperto dall'atto di primo grado, con conseguente insensibilità del procedimento amministrativo alle norme giuridiche nel frattempo sopravvenute (Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 250, secondo cui il termine dei diciotto mesi non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 124 del 2015, atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. Si arriverebbe infatti all'irragionevole conseguenza per cui, con riguardo ai provvedimenti adottati diciotto mesi prima dell'entrata in vigore della nuova norma, l'annullamento d'ufficio sarebbe, per ciò solo, precluso. Ne consegue che, rispetto ai provvedimenti illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21 nonies della L. n. 241 del 1990, il termine dei diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova

disposizione. È fatta salva, comunque, l'operatività del "termine ragionevole" già previsto dall'originaria versione dell'art. 21-nonies legge n. 241 del 1990. Quanto al rispetto del parametro della ragionevolezza del termine, deve aggiungersi che - per quanto i diciotto mesi non possano considerarsi (per i motivi anzidetti) ancora decorsi - è anche vero che la novella non può non valere come prezioso indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione (Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5625). La decifrazione della nozione indeterminata di termine ragionevole, ai fini dello scrutinio della sua corretta interpretazione da parte dell'amministrazione, deve essere, quindi, compiuta con particolare rigore quando il potere di autotutela viene esercitato su atti attribuitivi di utilità giuridiche od economiche. (Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2017, n. 3462).

DIA non conforme, false dichiarazioni e potere sanzionatorio

Nelle procedure evidenziali il c.d. falso innocuo è istituto insussistente atteso che la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire, consentendo la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità; pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare. L'intero sistema della disciplina delle procedure di evidenza pubblica poggia sulla presentazione, da parte delle imprese concorrenti, di dichiarazioni sostitutive che le vincolano in base all'elementare principio dell'autoresponsabilità e che devono essere rese con diligenza e veridicità (Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2016, n. 3014).

A seguito di presentazione di denuncia di inizio attività (o di segnalazione certificata di inizio attività), con lo spirare del termine concesso dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio si consolida in capo al privato una situazione di particolare affidamento che può essere sacrificata solo attraverso l'esercizio di un potere assimilabile a quello di autotutela. Di conseguenza, a fronte di una d.i.a (o di una SCIA), l'Amministrazione non può adottare un provvedimento sanzionatorio senza preventivamente rimuovere il titolo che aveva assentito la realizzazione delle opere, poiché le dichiarate carenze ed irregolarità progettuali, se effettivamente sussistenti, avrebbero tutt'al più autorizzato l'esercizio del potere di autotutela. T.A.R. Milano, (Lombardia), Sez. II, 24 ottobre 2014, n. 2447; Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4780).

La rappresentazione di una situazione dei luoghi difforme da quanto in realtà esistente costituisce, vizio di legittimità del titolo edilizio, determinato dallo stesso soggetto richiedente, e dunque, ex se, integrante ragione idonea e sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento di ufficio del titolo medesimo (T.A.R. L'Aquila, (Abruzzo), Sez. I, 19 marzo 2015, n. 163: nella sentenza si precisa che a differenza del

silenzio rifiuto, che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio serbato dall'Amministrazione sulla segnalazione certificata di inizio attività (SCIA, già DIA), producendo l'esito negativo della procedura, finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio. Tale esito "negativo", per espressa indicazione normativa (art. 19, comma 3, seconda parte, L. n. 241/1990), non si produce, tuttavia, in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà "false o mendaci", situazione che abilita l'Amministrazione ad assumere i provvedimenti repressivi "sempre e in ogni tempo". La rappresentazione di una situazione dei luoghi difforme da quanto in realtà esistente costituisce, infatti, vizio di legittimità del titolo edilizio, determinato dallo stesso soggetto richiedente, e dunque, ex se, integrante ragione idonea e sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento di ufficio del titolo medesimo.).

L'errore sui requisiti soggettivi o oggettivi della DIA, poiché frutto di una dichiarazione unilaterale, non può comportare in favore di chi la rende un affidamento vincolante per la parte pubblica che si limita a riceverla, per il solo fatto che quest'ultima non avrebbe esercitato i conseguenti poteri correttivi o inibitori, potendo tale omissione comportare un'eventuale responsabilità amministrativa, non già la sanatoria della DIA mancante di un requisito essenziale; di conseguenza, il provvedimento con cui l'Amministrazione accerta che le opere edili non potevano essere realizzate mediante DIA, occorrendo il permesso di costruire, non è espressione di autotutela, ma ha valore meramente accertativo di un abuso doverosamente rilevabile e reprimibile senza, peraltro, il limite di dover agire entro un termine ragionevole, chiaramente inapplicabile all'attività di vigilanza edilizia, tanto più che il dichiarante non può, per le ragioni anzidette, vantare nessun affidamento. (T.A.R. Bari, (Puglia), Sez. II, 20 febbraio 2017, n. 147).

Secondo il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658, "all'esito delle modifiche alla L. n. 241 del 1990 apportate dalla L. n. 124 del 2015 (c.d. riforma Madia), l'art. 19, comma 3, conferma il potere dell'Amministrazione di inibire motivatamente l'attività intrapresa con SCIA e rimuoverne gli effetti dannosi in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1 del medesimo articolo, entro il termine di sessanta giorni (o trenta in materia edilizia) dalla presentazione", ritenendo inoltre che "nella nuova disciplina scompare il riferimento alla 'autotutela' e i poteri di intervento dell'Amministrazione, decorsi i trenta o sessanta giorni previsti dalla legge per l'inibitoria 'ordinaria', transitano nel comma 4, (i) subendo un ampliamento del raggio di azione, che non è più limitato al pericolo di un danno per i cc.dd. interessi sensibili, ma (ii) potendo essere esercitati solo 'in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies' L'art. 21 nonies, L. n. 241 del 1990, riscritto dalla L. n. 124 del 2015, e applicabile alla SCIA in forza del succitato richiamo di cui all'art. 19, comma 4, dispone per i provvedimenti di autorizzazione o

di attribuzione di vantaggi economici che entro un termine 'non superiore a diciotto mesi' non è più consentito l'annullamento d'ufficio; detto termine, in forza del neo introdotto comma 2-bis del medesimo articolo, può essere derogato solo per 'i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato'".

Tutela del terzo

Quali azioni può promuovere il terzo che ritiene di essere stato leso dall'attività oggetto di DIA o SCIA? Si riportano i principali orientamenti della giurisprudenza, prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria 15/2011 e del D.L. n. 138/2011.

Secondo una prima posizione il mancato esercizio del potere di verifica dell'Amministrazione dà luogo ad un provvedimento tacito di assenso all'attività segnalata, per cui il terzo leso da tale attività deve esercitare l'ordinaria azione di annullamento avverso il suddetto titolo tacito (Cons. Stato, Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811; id., 29 luglio 2008, n. 3742; id., 12 settembre 2007, n. 4828: Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550).

Il contrapposto orientamento ritiene che il terzo pregiudicato da una DIA/SCIA deve proporre un'azione di accertamento negativo dei presupposti dell'attività segnalata. In caso di accoglimento l'Amministrazione deve ottemperare ai contenuti della pronuncia giudiziale nel successivo esercizio dei poteri repressivi (Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2009, n. 717; Con. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; Cons. Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161). il controinteressato ha onere di attivare un procedimento di verifica dei presupposti della SCIA separato ed autonomo rispetto a quello ufficioso disciplinato dal comma 3 dell'art. 19 (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 23 ottobre 2015, n. 4998).

Il comma 6 ter dell'art. 19, riservando al terzo la possibilità di sollecitare l'amministrazione ad effettuare le verifiche di sua competenza e contemplando altresì la possibilità che avverso il silenzio mantenuto su tale istanza il terzo possa tutelarsi mediante l'azione ex art. 31 c.p.a., ha evidentemente presupposto che in esito alla presentazione della SCIA e della D.i.a. non si formi alcun provvedimento espresso o tacito e che pertanto le istanze sollecitatorie del terzo non hanno la finalità di eccitare dei poteri di autotutela amministrativa di secondo grado (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 1° luglio 2015, n. 1114; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274; id., 15 aprile 2016, n. 735; id., 21 gennaio 2014, n. 2799; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 5 marzo 2015, n. 1410; T.A.R. Veneto, Sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1038 e n. 1039).

Secondo la diversa posizione lo strumento per assicurare protezione giuridica al terzo è data dall'azione avverso il silenzio serbato dall'amministrazione nel procedimento di verifica ufficiosa dei presupposti della SCIA. In caso di accoglimento della domanda,

dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 19 comma 3, segue la condanna dell'Amministrazione ad esercitare il potere inibitorio avente carattere doveroso e vincolato (Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948); ovvero, secondo altra interpretazione, l'ordine all'amministrazione stessa di attivare l'autotutela decisoria (avente invece contenuto discrezionale: Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453).

L'Adunanza Plenaria ha in parte risolto i contrasti, affermando che la scadenza dei termini di cui all'art. 19, commi 3 e 6 bis, senza che l'amministrazione abbia esercitato i poteri inibitori di cui alle medesime norme, dà luogo alla formazione di una determinazione tacita di conclusione negativa dell'accertamento in ordine ad eventuali vizi della segnalazione nonché di diniego di esercizio delle suddette potestà repressive; con conseguente onere per il terzo controinteressato di proporre avverso tale provvedimento l'azione di annullamento entro l'ordinario termine decadenziale, termine che, decorre dalla data di acquisita conoscenza, da parte del terzo medesimo, dell'iniziativa per lui pregiudizievole.

Il controinteressato che ha impugnato il silenzio negativo, benché siano scaduti i termini per l'adozione dei suddetti provvedimenti inibitori, ha comunque diritto "ad ottenere una pronuncia che impedisca lo svolgimento di un'attività illegittima mediante un precetto giudiziario puntuale e vincolante che non subisca l'intermediazione aleatoria dell'esercizio di un potere discrezionale"; perciò egli può sempre proporre, congiuntamente all'azione di annullamento del diniego tacito, la c.d. azione di adempimento, tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990.

Nelle more della formazione del titolo tacito, il terzo che abbia avuto conoscenza dell'iniziativa segnalata può proporre un'azione di accertamento autonoma in ordine alla legittimità o meno della SCIA (azione suscettibile di conversione automatica in mezzo impugnatorio in caso di emanazione dell'atto conclusivo del procedimento di verifica) nonché, congiuntamente a tale azione, chiedere la tutela interinale di cui agli artt. 55 e 61 c.p.a.

Con l'introduzione del comma 6 ter dell'art. 19, L. n. 241/1990, vengono disciplinati espressamente gli strumenti di tutela del terzo a fronte della segnalazione di un'attività privata per esso lesiva.

La citata previsione supera il quadro indicato a suo tempo dalla sentenza n. 15/2011 dell'Adunanza Plenaria al terzo.

L'art. 19, comma 6 ter, consente al terzo che si reputa leso dalla presentazione della DIA/SCIA una sola modalità di tutela (il comma 6 ter, secondo periodo, contiene a tale proposito la parola "esclusivamente", introdotta in sede di conversione dal decreto

legge), vale a dire la sollecitazione all'esercizio delle verifiche spettanti all'Amministrazione e, in caso di inerzia di quest'ultima, al proposizione dell'azione prevista dall'art. 31 del D.Lgs. n. 104/2010, cioè l'azione contro il silenzio della P.A. (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez II, 12 aprile 2012, n. 1075, T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 1° agosto 2013, n. 1202). Il comma 6 ter cit. ha di fatto determinato il superamento, quanto meno parziale, delle conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria del Cons. Stato n. 15 del 2011: detta ultima disciplina legislativa ha previsto che la tutela della posizione giuridica soggettiva del terzo, a seguito del deposito di una DIA (ora SCIA) ritenuta lesiva, debba comportare l'esperimento "in via esclusiva", dell'azione in materia di silenzio e di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, determinando il venir meno del dibattito giurisprudenziale e dottrinario diretto a rilevare se, a seguito del decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio si produceva un atto tacito o, al contrario, se risultava in essere un titolo idoneo a legittimare l'esercizio di un'attività privata e determinando, nel concreto, il superamento delle conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria sopra citata e, ciò, per quanto attiene l'ammissibilità, rispettivamente, sia dell'azione di annullamento (nell'ipotesi in cui fosse spirato il termine per l'esercizio del potere inibitorio) sia, nel contempo dell'azione di accertamento nell'eventualità in cui il termine di cui sopra non sia ancora spirato (T.A.R. Lecce, Sez. III, 18 settembre 2013, n. 1937 e T.A.R. Veneto 11 aprile 2013, n. 535).

L'istanza di esercizio del potere inibitorio riguardante una denuncia di inizio attività deve essere inoltrata all'amministrazione - pena la tardività del giudizio istaurato avverso il provvedimento che dà ad essa riscontro - non oltre il termine di sessanta giorni decorrente dalla conoscenza della denuncia stessa (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161).

Secondo differente orientamento non vi è infatti alcuna norma che ponga un termine entro il quale il terzo deve formulare la predetta istanza, non contenendo l'art. 19 della L. n. 241 del 1990 alcuna prescrizione in proposito (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 1° luglio 2015, n. 1114, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 aprile 2016, n. 735).

Secondo quest'ultimo orientamento, con specifico riferimento alla DIA/SCIA in materia edilizia, la Sezione, in alcune recenti pronunce, ha avuto modo di affermare i seguenti principi: a) il terzo può sollecitare in qualsiasi momento l'esercizio del potere inibitorio; b) se la relativa istanza viene inoltrata entro il termine di sessanta giorni decorrente dalla piena conoscenza della DIA/SCIA, l'amministrazione deve esercitare il suddetto potere paralizzando l'attività del denunciante sulla base del mero riscontro dell'illegittimità di quest'ultima (potere inibitorio puro); c) se invece l'istanza del terzo viene depositata dopo il decorso del suddetto termine, l'amministrazione può intervenire unicamente qualora sussistano i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela; d) il terzo può sempre impugnare l'atto con cui l'amministrazione si pronuncia sulla sua istanza (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274).

Il termine di un anno stabilito dall'art. 31 c.p.a., nel caso di ricorso proposto per una segnalazione certificata di inizio attività, decorre da quando il terzo ha avuto piena conoscenza dei fatti idonei a determinare un pregiudizio nella sua sfera giuridica. (Cons. Stato, Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610).

Partendo dall'assunto che il potere sollecitato con l'azione avverso il silenzio (proposta dopo il decorso dei termini di cui all'art. 19, commi 3 e 6 bis) sia quello inibitorio e non quello di autotutela, caratterizzato invece da alto tasso di discrezionalità, e che il legislatore - laddove ha richiamato il comma 3 dell'art. 31 c.p.a. - ha implicitamente riconosciuto che gli strumenti di reazione del privato, di cui al comma 6 ter dell'art. 19, sono volti a stimolare la (sola) potestà inibitoria dell'Ente pubblico e non anche il suo intervento in autotutela, Il T.A.R. Toscana ha rimesso alla Corte Costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 11, 97, 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU ed all'art. 6, par. 3, del Trattato UE, e 117, comma 2, lett. m), Cost., la questione di legittimità dell'art. 19, comma 6 ter, L. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui omette di prevedere il termine entro il cui il terzo può avanzare l'istanza di sollecitazione delle verifiche sulla SCIA ha infatti osservato che "il meccanismo di tutela del terzo congegnato dall'art. 19, comma 6 ter, L. n. 241/1990 richiede, per la sua concreta operatività, l'individuazione di tre distinti termini: il primo è il termine entro il quale il terzo deve sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione, presentando la relativa istanza; il secondo è il termine concesso all'amministrazione per pronunciarsi su tale istanza, ovvero quel lasso temporale decorso il quale, come dice la norma, essa deve considerarsi inerte; l'ultimo è il termine entro il quale il terzo deve esperire l'azione avverso il silenzio mantenuto dall'amministrazione sulla sua richiesta di provvedere. Il secondo e terzo termine siano agevolmente rinvenibili; il termine concesso all'amministrazione per pronunciarsi sull'istanza sollecitatoria del privato, ancorché non fissato espressamente dalla norma in considerazione, è tuttavia agevolmente rinvenibile dal sistema con richiamo alla disciplina generale codificata dall'art. 2, L. n. 241/1990, secondo cui, in mancanza di una diversa previsione normativa espressa, i procedimenti amministrativi ad istanza di parte devono tutti concludersi entro trenta giorni dal ricevimento della domanda da parte dell'amministrazione competente; il termine per la proposizione dell'azione sul silenzio è invece fissato espressamente dall'art. 31 c.p.a., il cui secondo comma precisa che quest'ultima può proporsi fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Non risulta invece fissato dall'art. 19, comma 6 ter, L. n. 241/1990, né ricavabile dal sistema, il termine entro il quale il terzo deve presentare la propria istanza di sollecitazione delle verifiche amministrative, con apertura della possibilità interpretativa in base alla quale il terzo resterebbe sempre libero di presentare l'istanza sollecitatoria dei poteri amministrativi inibitori nonché di agire ex art. 31 c.p.a avverso il silenzio eventualmente serbato dall'Amministrazione (T.A.R. Firenze, (Toscana), Sez. III, 11 maggio 2017, n. 667).

Profili sulla giurisdizione

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 3, del codice del processo amministrativo, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di dichiarazione di inizio attività in tutti i casi in cui l'iniziativa proposta da parte del terzo miri a far valere l'interesse legittimo leso dal non corretto esercizio del potere amministrativo di verifica della conformità dell'attività dichiarata rispetto al paradigma normativo.

Sussiste la giurisdizione del GA nell'ipotesi di impugnazione del provvedimento con il quale l'Amministrazione intimata ha deciso di non esercitare i poteri inibitori sollecitati dalla ricorrente Si tratta infatti di controversia che non riguarda esclusivamente le posizioni dei privati, ma che si rivolge innanzitutto avverso un atto dell'autorità amministrativa, anche se poi tale atto viene, fra l'altro, censurato deducendo proprio la violazione delle norme dettate in materia di distanze. Le questioni dedotte non attengono quindi a posizioni di diritto soggettivo ma, proprio perché collegate all'esercizio del potere pubblico, si riferiscono a posizioni di interesse legittimo, di cui non può che conoscere il giudice amministrativo (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 aprile 2016, n. 735).

Ai sensi dell'art. 133, lett. f), c.p.a. sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia avente ad oggetto, in concreto, la valutazione della legittimità dell'omissione, da parte della Pubblica amministrazione intimata, dei poteri repressivi contemplati dall'ordinamento in materia di segnalazioni certificate d'inizio d'attività, che riguardino interventi difformi dal quadro normativo di riferimento T.A.R. Potenza, (Basilicata), Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1101.

(Altalex, 17 gennaio 2018)

Invalidità dell'atto amministrativo

L'atto amministrativo è invalido quando è difforme dalla norma che lo disciplina. In base alla gravità della violazione si configurano due concetti: nullità e annullabilità.

Nullità atto amministrativo

L'atto amministrativo può essere nullo, quando manca di uno degli elementi essenziali che ne condizionano l'esistenza.

L'art.21-septies della l.241/1990, (l.15 del 2005), ha introdotto alcune cause di nullità. È infatti nullo il provvedimento viziato da difetto assoluto di attribuzione, quello adottato in violazione o elusione del giudicato e in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge. Altre ipotesi di nullità sono costituite da difetto di qualità di ordine pubblico del soggetto, incompetenza assoluta dell' organo, volontà viziata da

violenza fisica, oggetto impossibile, illecito e indeterminato, mancanza di forma essenziale e mancanza del destinatario. Il provvedimento nullo è inesistente ed in esecutorio, non può essere annullato in quanto l'annullamento si può avere solo per atti che esistono ma che sono viziati. Infine non può essere ne sanato e ne convalidato ma può essere convertito in un altro atto valido.

La legge n. 15 del 2005 palesa un favor nei confronti degli istituti ciclistici dal momento che un intero corpo + dedicato alla "efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso" ed in particolare l'art. 21 – septies della L. 241/90 che si occupa della nullità, tipizzando alcuni casi in cui ricorre, stabilendo che è nullo il provvedimento amministrativo che:

- manca degli elementi essenziali;
- che è viziato da difetto assoluto di attribuzione;
- che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato;
- nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge."

Pertanto, la nullità degli atti amministrativi ha assunto tre forme:

- nullità strutturali, per carenza di un elemento essenziale;
- nullità derivanti da un difetto di attribuzione. In passato considerato quale indicatore di "inesistenza" dell'atto amministrativo (e ciò a prescindere dalla condivisibilità o meno di tale categoria) è ora positivamente indicato quale causa di nullità del medesimo;
- nullità testuali, nei casi espressamente previsti dalla legge.

Le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso, hanno carattere tassativo, in contrapposizione al carattere virtuale di quella civilistica. Per cui qualunque illegalità non rientrate nell'art. 21-septies – salvo i residui casi di inesistenza da una parte di irregolarità dall'altre – comporta annullabilità dell'atto ai sensi dell'art. 21 octies c.1 della L. 241/90.

Tra le cause di nullità dell'atto amministrativo non è contemplato il contrasto con norme imperative; e ciò, come sottolineato dalla giurisprudenza, costituisce una soluzione di compromesso in considerazione del fatto che le norme riguardanti l'azione amministrativa, avendo carattere pubblicistico, sono sempre imperative (a differenza del diritto civile le cui norme sono di regola dispositive) e la comminazione della nullità per la loro violazione risulterebbe particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa. Simili violazioni, pertanto, si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza a tutela della stabilità del provvedimento

amministrativo e di certezza dei rapporti giuridici.´´(Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498)

Resta priva di definizione normativa la categoria dell'inesistenza, che costituisce esclusivamente il frutto di quell'elaborazione dottrinale, secondo cui l'atto inesistente è un quid facti, giuridicamente irrilevante.

Mentre il provvedimento nullo è un provvedimento potenzialmente capace di produrre effetti e come tale rischia di essere erroneamente tradotto in realtà materiale, donde l'interesse ad agire per la dichiarazione di nullità; il provvedimento inesistente è invece un'entità giuridicamente irrilevante, incapace in radice di produrre alcun effetto materiale e relativamente al quale non è possibile neanche immaginare un interesse ad agire.

Va detto che in passato dottrina e giurisprudenza hanno a volte considerato le due forme di invalidità assoluta della nullità e dell'inesistenza come un fenomeno unitario, utilizzando la generale e onnicomprensiva definizione di "nullità-inesistenza" dell'atto amministrativo.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 21-septies della legge n. 241/90 alcune delle ipotesi, che parte della dottrina aveva in passato inquadrato nella categorie dell'inesistenza sono state ricomprese dal legislatore nel concetto di nullità del provvedimento amministrativo (difetto assoluto di attribuzione, mancanza degli elementi essenziali dell'atto) e deve quindi ritenersi che la categoria dell'inesistenza sia oggi limitata a quei casi in cui la c.d. "inqualificazione giuridica" dell'atto sia evidente, quali ad esempio quello dell'usurpatore di pubbliche funzioni (art. 347 c.p.) o dell'atto ioci causa o docendi causa.

Annullabilità atto amministrativo

L'atto amministrativo che presenti un vizio di legittimità e annullabile in quanto illegittimo. L'atto illegittimo è giuridicamente esistente, efficace ed esecutorio finché non venga annullato. L'annullamento può avvenire a seguito di un apposito provvedimento dell'autorità amministrativa o di una sentenza del giudice amministrativo. L'atto annullabile può essere sanato, ratificato o convertito in un atto valido.

Incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge

La competenza indica la misura della sfera di attribuzione di un dato organo. La violazione delle norme che la disciplinano dà luogo:

- incompetenza assoluta;

- incompetenza relativa

Quando si fa riferimento all'incompetenza quale causa di annullabilità dell'atto, ci si riferisce all'incompetenza relativa che si ha quando un organo amministrativo invade la sfera di competenza di un altro organo appartenente allo stesso settore amministrativo o, comunque, allo stesso ente.

All'incompetenza sono normalmente ricondotti i vizi relativi al soggetto.

Vi rientra, in primo luogo, il caso in cui il provvedimento sia stato emanato da un organo diverso da quello competente nell'ambito della stessa amministrazione: per esempio, dal sindaco invece che dal consiglio comunale, dall'assessore invece che dalla giunta regionale.

A seguito dell'introduzione nell'ordinamento del principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione, nell'incompetenza rientrano anche le violazioni delle competenze degli organi politici (come il ministro e il sindaco) e i dirigenti.

Rientra nell'incompetenza anche il difetto di attribuzione, se il provvedimento sia stato emanato da un organo che, oltre a non essere competente, appartenga ad amministrazione diversa da quella titolare del potere. Ciò avviene nei casi meno gravi, nei quali il difetto di attribuzione determina l'incompetenza relativa, che è una forma di illegittimità. Nei casi più gravi, invece, il provvedimento emanato in difetto di attribuzione è affetto da incompetenza assoluta, la quale determina carenza di potere e, quindi, inesistenza del provvedimento. La distinzione tra le due ipotesi è alquanto difficile: il criterio posto dalla giurisprudenza è quello della titolarità, in capo all'amministrazione che ha emanato l'atto, di funzioni nella relativa materia: se essa opera in settori del tutto diversi, si ha incompetenza assoluta; se, viceversa, i compiti in quella materia sono ripartiti tra più amministrazioni, tra le quali quella che ha emanato il provvedimento, si ha incompetenza relativa. Così, se l'occupazione di urgenza di competenza del prefetto è disposta dal presidente della giunta regionale, si avrà incompetenza relativa, e non assoluta, se si tratta di materia nella quale vi sono competenze regionali.

Infine, nell'incompetenza viene spesso incluso il difetto di legittimazione, quindi vizi come quelli derivanti dall'incompatibilità, dalla violazione dell'obbligo di astensione, dall'irregolare composizione o convocazione degli organi collegiali.

L'eccesso di potere (di Paolo Franceschetti)

Per aversi eccesso di potere occorre un potere discrezionale della P.A. (negli atti vincolati non è ravvisabile questo tipo di vizio), uno sviamento di potere e cioè un esercizio del potere per fini diversi da quelli stabiliti dalla legge, e la prova dello sviamento. Tra le figure cd. "sintomatiche" dell'eccesso di potere abbiamo la contraddittorietà tra più atti, inosservanza di circolari, disparità di trattamento,

ingiustizia manifesta, travisamento o erronea valutazione dei fatti, illogicità o contraddittorietà della motivazione. Eccesso di potere

L'eccesso di potere è un vizio di legittimità dell'atto amministrativo che si manifesta nel cattivo uso del potere da parte della Pubblica amministrazione o nella deviazione del potere da quei principi generali stabiliti dal legislatore, come la correttezza, la buona fede o la diligenza.

1. Generalità

Quella dell'eccesso di potere è la figura più importante tra i vizi di legittimità. Lo dimostrano la casistica giurisprudenziale ed il posto che essa occupa nelle trattazioni dottrinali. Il motivo si può intuire prestando attenzione al nome stesso dell'istituto: l'eccesso di potere è un vizio relativo al potere esercitato dall'amministrazione. Ora, dal momento che la funzione di amministrare consiste essenzialmente nell'esercitare un potere, quello dell'eccesso di potere risulta essere, più che un vizio riferito all'atto in sé, un vizio riferito all'attività dell'amministrazione.

Si capisce, allora, perché questa figura riveste un ruolo essenziale nella storia del diritto amministrativo; perché è grazie all'introduzione di questo istituto che l'attività della Pubblica Amministrazione può essere controllata da parte del giudice.

Allo stesso tempo, però, si comprende anche perché questa figura sia incerta, nebulosa, dai contorni sfumati e, almeno per lo studente alle prime armi, neanche troppo semplice da capire; perché le altre figure di invalidità hanno dei contorni chiari e netti, mentre l'eccesso di potere è una figura la cui individuazione è stata effettuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tanto che qualcuno l'ha definita "un mistero" (PIRAS).

2. Nozione

L'eccesso di potere può definirsi come il cattivo uso del potere da parte della Pubblica amministrazione.

Altri lo hanno definito come la scorrettezza in una scelta discrezionale.

Altri ancora lo hanno definito il vizio dell'atto che viene adottato per un fine diverso da quello prefissato dalla norma attributiva del potere. (CARINGELLA-DELPINO-DEL GIUDICE)

Secondo BASSI, l'eccesso di potere è «l'uso del potere in modo non conforme al precetto legislativo».

Per VIRGA, invece, l'eccesso di potere non ha un definizione precisa. «Sotto lo schema dell'eccesso di potere si raggruppano tutte le violazioni di quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa che, pur non essendo consacrati in norme positive, sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato». Tali limiti sono:

1) l'interesse pubblico;

2) la causa del potere esercitato;

3) i precetti di logica e imparzialità.

Secondo D'ALBERTI, invece, l'eccesso di potere ricorre quando la Pubblica amministrazione compie una deviazione da principi generali, come la correttezza, la buona fede, la diligenza.

Alcuni esempi:

- il Governo scioglie un Consiglio Comunale adducendo ripetute violazioni di legge, quando invece il reale motivo è di tipo politico;

- il Comune vieta ai venditori ambulanti di commerciare lungo una determinata via, sostenendo che il divieto ha lo scopo di impedire intralci alla circolazione; ma la strada in realtà è larghissima e il reale motivo è favorire i negozianti.

C'è quindi uno stretto collegamento tra il concetto di eccesso di potere e quello di discrezionalità, sì che l'uno non può essere inteso senza l'altro. La discrezionalità è la caratteristica fondamentale del potere esercitato dall'amministrazione e consiste in una scelta. L'eccesso di potere è un vizio che concerne l'uso di questo potere discrezionale, cioè concerne la correttezza della scelta.

«La figura va analizzata come quella attraverso la quale la giurisprudenza ha costruito la discrezionalità amministrativa: quanto si è detto a proposito della discrezionalità amministrativa può essere tradotto nel definire l'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi. Le regole dell'agire amministrativo che la giurisprudenza ha applicato in concreto al fine di stabilire se determinati atti, pur conformi alla legge, fossero viziati per eccesso di potere sono le regole che, tradotte in termini positivi, abbiamo indicate come proprie della discrezionalità, come posizione tipica dell'agire amministrativo.» (CERULLI-IRELLI)

3. Natura giuridica

La teoria del vizio del provvedimento. La legge inquadra l'eccesso di potere tra i vizi del provvedimento amministrativo e, precisamente, tra i vizi di legittimità.

La dottrina tradizionale, infatti, specie quella passata, cercando di giustificare la scelta del legislatore, riteneva che l'eccesso di potere andasse inquadrato nei vizi del provvedimento. È vero - si diceva - che l'eccesso di potere ricorre quando l'amministrazione, nella sua attività, straripa dai limiti imposti dalla legge; tuttavia, tale straripamento va pur sempre desunto dall'esame dell'atto, ed è per questo che può parlarsi di un vizio del provvedimento.

A questo punto, però, la dottrina tradizionale incontrava un ostacolo difficilmente superabile, perché, se si accetta l'idea che il vizio sta nel provvedimento, occorre poi individuare quale sia l'elemento che risulta viziato, ed allora nascono difficoltà insormontabili: tale elemento viene ravvisato ora nella causa (ma abbiamo visto che parlare di causa del provvedimento è fuori luogo), ora nei motivi (che però, essendo riferiti alla volontà, sono pur sempre qualcosa di esterno al provvedimento); (D'AMELIO-AZZARA, ZANOBINI) altri parlano di un vizio della volontà. Insomma, il vizio viene sempre riferito a qualcosa di esterno, ricadendosi, alla fine, nella stessa contraddizione che si voleva evitare rigettando la teoria del vizio della funzione.

La teoria del vizio della funzione. La dottrina più recente, evidenziato l'errore di fondo della prospettiva tradizionale, ha accolto una teoria diversa: se il vizio è riferito al potere, allora non è riferito a un elemento interno del provvedimento, ma esterno ad esso. Più correttamente, allora, l'eccesso di potere sarebbe da qualificare come un vizio della funzione. (GIANNINI, D'ALBERTI, GALLI, GALATERIA-STIPO: «la vera essenza del vizio di eccesso di potere...» sta «in un vizio della funzione inteso come il potere nel suo farsi atto».)

Il motivo per cui il legislatore ha inquadrato l'eccesso di potere tra i vizi del provvedimento, quando invece esso risulta essere un vizio della funzione, è prevalentemente di carattere storico, perché all'epoca in cui fu emanata la legge sul Consiglio di Stato l'istituto doveva avere un'accezione molto più ristretta di quella che ha oggi. È stata la giurisprudenza del Consiglio di Stato, col supporto della dottrina, ad usare la nozione di eccesso di potere in un'accezione più ampia di quella che doveva avere, trovando in quest'istituto un mezzo - il più potente tra quelli a disposizione dei giudici - per controllare la funzione amministrativa e quindi per correggere l'operato dell'amministrazione in funzione del rispetto della legalità.

4. L'evoluzione storica del vizio di eccesso di potere

La figura dell'eccesso di potere compare per la prima volta nella L. 5992/1889 sul Consiglio di Stato.

Il legislatore del 1889, introducendo il vizio di eccesso di potere come vizio dell'atto, aveva in mente un'idea diversa da quella che è poi stata accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza. L'idea era, in realtà, che l'eccesso di potere dovesse essere un vizio dell'atto, e precisamente un vizio simile all'incompetenza assoluta e più o meno corrispondente alla carenza di potere (all'epoca si diceva straripamento); cioè un vizio particolarmente grave, ma pur sempre un vizio dell'atto, trattandosi di un vizio di competenza.

Il concetto di eccesso di potere, infatti, trae la sua origine storica nell'istituto dell'"éxcés de pouvoir", nato in Francia all'epoca della rivoluzione; espressione con cui si indicava il vizio di una sentenza con la quale si esercitavano funzioni

amministrative; cioè una sentenza che avesse invaso il campo della Pubblica amministrazione, rompendo il muro che divideva i tre poteri dello Stato.

Applicato all'amministrazione, il vizio dell'eccesso di potere doveva ravvisarsi solo nei casi in cui l'amministrazione invadesse il campo di un altro potere dello Stato, oppure nel caso in cui esercitasse un'attribuzione che era riservata ad un'amministrazione diversa (ad esempio un prefetto che emette un provvedimento di competenza del sindaco). (CERULLI-IRELLI, BASSI)

Se la dottrina e la giurisprudenza si fossero adagiate su tale interpretazione, «la storia del diritto amministrativo italiano sarebbe risultata diversa, perché l'eccesso di potere avrebbe assunto un rilievo del tutto marginale, se non proprio inesistente in concreto, e l'illegittimità censurabile davanti al giudice amministrativo sarebbe rimasta limitata all'incompetenza e alla violazione di legge» (VILLATA).

Nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che seguirono, invece, l'istituto venne completamente trasfigurato; e così l'espressione "eccesso di potere" diventa sinonimo di "uso scorretto del potere discrezionale". In tal modo, da vizio dell'atto, interno ad esso, la figura diviene un vizio della funzione; così questo istituto diventa uno dei capisaldi su cui si fonda la scienza del diritto amministrativo, perché diventa lo strumento per sindacare l'uso del potere discrezionale della Pubblica amministrazione.

In tutta l'evoluzione storica del diritto amministrativo, infatti, si registra sempre una costante, che è poi la chiave di lettura di tutta la materia: la lotta tra la posizione di supremazia dell'amministrazione, che ha sempre cercato di mantenere stabile la sua posizione, e la lotta della dottrina e, talvolta (anche se più raramente) della giurisprudenza, che hanno cercato di mitigare questa posizione di potere, magari facendo uso di strumenti non del tutto corretti e limpidi dal punto di vista tecnico-giuridico.

L'eccesso di potere è appunto uno di questi strumenti; anzi, può dirsi che di questa lotta è lo strumento per eccellenza.

5. Presupposti dell'eccesso di potere

Perché ricorra la figura dell'eccesso di potere occorrono i seguenti presupposti:

- deve trattarsi di un atto discrezionale e non vincolato; in pratica, l'eccesso di potere è ravvisabile solo se la Pubblica amministrazione agisce munita delle sue potestà discrezionali e non quando la sua attività è vincolata; il che è logico, perché, quando l'atto è vincolato, la P.A. non esercita alcun potere, ma deve limitarsi ad applicare meccanicamente la legge; di conseguenza, l'unico vizio rilevabile potrebbe essere quello della violazione di legge (VIRGA, CERULLI-IRELLI);

- l'atto deve essere conforme alla legge; ciò a prima vista può sembrare una contraddizione, ma non lo è; se dall'atto risulta la violazione di una norma, il vizio sarà quello della violazione di legge; al contrario, è proprio quando l'atto è conforme (apparentemente) alla legge che può ricorrere l'eccesso di potere, perché è in tal caso che deve verificarsi se la Pubblica amministrazione abbia usato correttamente le sue potestà discrezionali (CERULLI-IRELLI).

6. Figure sintomatiche dell'eccesso di potere: generalità

Se presenta qualche difficoltà, in linea teorica, capire cosa sia l'eccesso di potere, accertare nella pratica in quali casi ricorra questo vizio è ancora più difficile. Infatti, l'eccesso di potere non consiste nella violazione di una norma ben precisa, ma nella violazione di tutto quel complesso di norme da cui è possibile ricavare i limiti del potere dell'amministrazione, sì che «occorre un occhio clinico per riconoscerlo» (D'AMELIO-AZZARA).

«Sotto lo schema dell'eccesso di potere si raggruppano tutte le violazioni di quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa, che, pur non essendo consacrati in norme positive, sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato». (VIRGA)

Si deve dunque stabilire:

a) se l'atto è conforme all'interesse pubblico;

b) se l'organo aveva il potere di emanare quel determinato atto;

c) se l'atto è esente da difetti logici ed è conforme ai precetti di imparzialità.

Per individuare il vizio dell'eccesso di potere la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato una serie di cosiddette "figure sintomatiche". Si tratta di indizi o sintomi, la cui presenza rivela in genere un cattivo uso del potere da parte dell'amministrazione. In pratica, il ragionamento seguito dalla giurisprudenza e dalla dottrina è il seguente: l'eccesso di potere non è un vizio che può risultare in modo evidente dall'esame dell'atto; se, però, si riesce a dimostrare che il ragionamento seguito dall'amministrazione è illogico, incoerente o irragionevole, allora vuol dire che c'è eccesso di potere.

Alcune di queste figure hanno raggiunto oggi un sufficiente grado di certezza e di elaborazione; altre presentano contorni più incerti. Di alcune è dubbio se vadano inquadrate nell'eccesso di potere. Altre sono ignorate o chiamate con nomi diversi dai vari autori. Si tratta, infatti, di figure non previste dal legislatore, che possono individuarsi nella casistica giurisprudenziale o nelle riflessioni dottrinali e che, di conseguenza, non devono considerarsi un numero chiuso, ma aperto a successive evoluzioni (CASSESE, CARDI-COGNETTI).

6.1. Segue: lo sviamento di potere

Lo sviamento di potere ricorre in due casi:

1) quando l'atto non persegue un interesse pubblico ma un interesse diverso (di un privato, del funzionario responsabile, ecc.);

2) quando l'amministrazione ha agito per perseguire un fine (pur sempre pubblico ma) diverso rispetto a quello stabilito dalla legge; ad esempio, se l'autorità sanitaria ordina l'abbattimento di alcuni capi di bestiame sul presupposto che possano portare infezioni, quando invece il motivo reale è che essi inquinano il suolo; qui il fine perseguito non è quello di tutelare la salute dei cittadini, ma un fine di tipo ambientalistico, pur sempre pubblico, ma estraneo ai fini tipici dell'ente sanitario (l'esempio è fatto da CERULLI-IRELLI).

Quella dello sviamento di potere è la forma più genuina dell'eccesso di potere: «una volta dimostrato che il fine di una determinata azione amministrativa non è quello di legge, ma altro e diverso, o addirittura illecito, evidentemente il potere discrezionale, come potere in principio vincolato nel fine, si appalesa illegittimo» (CERULLI-IRELLI).

Lo sviamento di potere è il più difficile da rilevare, tra le figure sintomatiche, perché si tratta di controllare il reale fine per cui il provvedimento è stato emesso; ma tale fine è sempre nascosto dietro ad altre apparenti motivazioni, che in genere è assai complicato smascherare.

6.2. L'irragionevolezza, l'illogicità e la contraddittorietà dell'atto

Quando le premesse dell'atto sono in palese contraddizione con le conclusioni o con le motivazioni, se ne deduce l'irragionevolezza o l'illogicità dell'atto stesso (o, meglio, della scelta effettuata dall'amministrazione nell'emanare l'atto).

Sappiamo, in relazione al principio di ragionevolezza, che questa figura, intesa come vizio del provvedimento, assume una grandissima importanza, perché in genere è grazie ad essa che il giudice riesce a sindacare le scelte discrezionali dell'amministrazione. In pratica, dal momento che spesso è impossibile per il giudice ripetere lo stesso iter logico che ha portato l'amministrazione ad emettere un certo provvedimento e poter giudicare se tale iter è scorretto, si cerca di dimostrare l'illogicità e l'irragionevolezza del provvedimento, e da ciò si presume l'inopportunità della scelta operata dall'amministrazione (BASSI).

La figura rappresenta quindi una specie di cavallo di Troia con cui si è cercato di penetrare quel fortino costituito dalla discrezionalità che circonda tutto l'operato della Pubblica Amministrazione.

Certo, la violazione del principio di ragionevolezza e logicità costituisce solo una presunzione dell'operato scorretto dell'amministrazione e non garantisce una certezza in tal senso; come è stato detto, esso è solo un sintomo dell'invalidità e, come avviene

anche per le patologie mediche, la presenza del sintomo non dimostra con certezza la presenza della malattia, anche se poi la cura viene somministrata. Cioè, per capirci meglio, può capitare che un provvedimento sia annullato per illogicità o irragionevolezza, ma che in realtà esso fosse perfettamente legittimo e opportuno dal punto di vista sia teorico che pratico.

Applicando il principio di ragionevolezza sono state poi enucleate altre figure, che possono essere considerate delle sottocategorie di esso. Vediamole.

6.3. Segue: figure secondarie di eccesso di potere

- Travisamento ed erronea valutazione dei fatti; quando il provvedimento si basa sul presupposto di fatti palesemente erronei o falsi.

- Contraddittorietà tra più atti; ricorre quando l'amministrazione emette un atto che è incompatibile con uno emesso precedentemente (si può fare l'esempio di un impiegato licenziato per scarso rendimento quando poco tempo prima aveva ricevuto un encomio).

- Contraddittorietà tra più parti dello stesso provvedimento.

- Inosservanza di circolari; quando l'amministrazione si discosta dalla direttiva impartita in via generale dalla stessa autorità o da un'autorità superiore. In relazione alle circolari, non è vietato discostarsi da quanto disposto da una circolare, purché però tale fatto sia motivato adeguatamente.

- Disparità di trattamento; quando in presenza di situazioni identiche, o analoghe, l'amministrazione applica trattamenti diversi, o, viceversa, quando in presenza di situazioni diverse opera uguale trattamento. In considerazione del fatto che un provvedimento del genere viola il principio di uguaglianza posto dall'articolo 3 della Costituzione, qualcuno si è domandato se tale figura non debba farsi rientrare tra le violazioni di legge (BASSI).

- Ingiustizia manifesta. Si tratta di una figura un po' controversa, di cui la giurisprudenza ha fatto scarsa applicazione. Il provvedimento sarebbe viziato per ingiustizia manifesta «quando l'atto sia talmente iniquo da risolversi in un insanabile contrasto con i principi dell'equità e del diritto, ovvero, come pure si è detto, nella mancanza di causa dell'atto». Curiosamente, c'è chi lamenta l'uso eccessivo dell'ingiustizia manifesta da parte della giurisprudenza (BASSI) e chi, al contrario dice che si tratta di una figura rarissima (CERULLI-IRELLI).

Una fattispecie di ingiustizia manifesta è stata ravvisata, ad esempio, nella dispensa dal servizio per scarso rendimento di un impiegato che aveva subito un grave infortunio in servizio: «è viziata da eccesso di potere, soprattutto per la manifesta sproporzione tra illecito commesso e sanzione inflitta, l'irrogazione di una sanzione disciplinare allorché sussistevano particolari circostanze discriminanti o almeno

attenuanti che - qualora correttamente valutate dall'organo disciplinare - avrebbero probabilmente ispirato lo stesso ad una maggiore clemenza» (TAR Emilia Romagna, sentenza 19 luglio 1982, n. 182).

Attraverso la pronuncia di ingiustizia manifesta si viene a sindacare in modo molto profondo l'azione amministrativa; verificare se la scelta dell'amministrazione sia giusta o ingiusta, infatti, è un'operazione che si pone ai confini del giudizio di merito (VILLATA).

Da notare che anche la disparità di trattamento costituisce un caso di manifesta ingiustizia, tant'è che alcuni autori non distinguono le due figure (anche perché sul piano pratico la distinzione non produce alcun effetto).

Il giudizio di accertamento dell'eccesso di potere rimane nei limiti del giudizio di legittimità, in quanto chi lo compie non verifica la valutazione dei vari interessi fatta dall'autore dell'atto, ma verifica che essi esistano in fatto, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti, che vi sia una coerenza logica nella valutazione complessiva e che siano osservati i principi istituzionali della giustizia e dell'uguaglianza. Esso arriva al confine del giudizio di opportunità, ed in ciò sta la sua delicatezza, perché talora accade di superarlo. Tuttavia, costituisce lo strumento più sottile elaborato nel mondo contemporaneo per vincolare l'amministrazione pubblica al rispetto non formalistico del principio di legalità.

Del resto continuamente accade che la dottrina creda di poter individuare "nuove tendenze" nello sviluppo dell'eccesso di potere, emergenti dalla giurisprudenza. È difficile poter dire però quanto di siffatte riflessioni abbia una base reale, dato il punto a cui la nozione di eccesso di potere è ormai pervenuta; se essa infatti è vizio della funzione, riconoscibile dall'analisi degli atti, ma anche delle omissioni dell'intero procedimento, nonché da altri procedimenti (per esempio disparità di trattamento), essa si concreta in un controllo della razionalità del comportamento amministrativo, con il solo limite del divieto di procedere a valutazioni di opportunità. Ma se tale è divenuto nella prassi, l'eccesso di potere non può non avere un campo illimitato; in ciò la sua forza, ma anche la sua debolezza, in quanto, maneggiato da giudici impreparati o peggio, può dar luogo ad autentici dinieghi di giustizia (GIANNINI).

Violazione di legge

L'ultimo vizio di illegittimità è la violazione di legge. È una figura residuale che comprende tutti gli altri vizi di legittimità che non comportino né incompetenza relativa ne eccesso di potere.

una figura residuale comprensiva di tutti gli altri vizi di legittimità che non con figurano né incompetenza relativa né eccesso di potere.

I casi di violazione di legge possono così raggrupparsi:

- vizio di forma: e cioè inosservanza delle regole prescritte per la manifestazione di volontà (la mancanza assoluta di forma è, invece, causa di nullità);
- difetto di motivazione o motivazione insufficiente;
- inosservanza delle disposizioni relative alla valida costituzione dei collegi: quali le norme per la convocazione, le votazioni, i quorum, la verbalizzazione etc.;
- contenuto illegittimo;
- difetto di presupposti legali necessari per l'adozione del provvedimento o dalla loro errata valutazione,
- violazione di norme procedimentali (comprese, ovviamente, quelle della legge n. 241/1990),
- violazione dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 L. 241/1990 (come novellato nel 2005 e nel 2009).

L'espressione «legge» è da intendere in senso ampio.

La legittimità del provvedimento amministrativo va valutato anche alla stregua delle norme comunitarie applicabili: il provvedimento dell'autorità amministrativa nazionale, che violi simili norme, è illegittimo. Ciò vale anche nel caso in cui la violazione del diritto comunitario dipende dal rispetto di quello interno, cioè se il provvedimento rispetta le norme nazionali ma viola quelle comunitarie.

Per la diretta applicabilità del diritto comunitario, infatti, in presenza di un contrasto tra diritto comunitario e diritto interno le amministrazioni pubbliche devono applicare il primo e non il secondo: se ciò non avviene, il provvedimento è illegittimo.

Il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo

di Roberto Chieppa

(tratto da R. Chieppa – R. Giovagnoli,

Manuale breve di diritto amministrativo, Milano, 2009)

1. La patologia dell'atto amministrativo 2. L'invalidità degli atti nella riforma della legge n. 241/90 3. La nullità del provvedimento amministrativo 3.1. Il vizio della nullità nel diritto amministrativo 3.2. L'inesistenza 3.3. Le nullità testuali 3.4. La mancanza dei requisiti essenziali del provvedimento 3.5. Il difetto assoluto di attribuzione 3.6. Gli atti adottati in violazione o elusione del giudicato 3.7. Nullità, riparto di giurisdizione e tutela 4. L'annullabilità del provvedimento amministrativo 5. I vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo 5.1. L'art. 21-octies, l. n.

241/90 5.2. Le varie tesi sull'inquadramento dell'art. 21-octies 5.3. I dubbi di costituzionalità e la tesi prevalsa in giurisprudenza 5.4. L'art. 21-octies e l'espansione del ruolo del giudice amministrativo.

■ 1. La patologia dell'atto amministrativo.

La patologia dell'atto amministrativo ha da sempre costituito una delle tematiche di maggiore interesse del diritto amministrativo e tuttavia fino all'entrata in vigore della riforma della legge n. 241/90 (legge n. 15/2005) è mancata una codificazione delle varie tipologie di invalidità del provvedimento. La invalidità di un atto è, in via generale, la difformità di tale atto dal diritto e determina la sanzione della inefficacia definitiva dello stesso; tale sanzione può essere automatica, come nel caso della nullità, che opera di diritto o può necessitare di una apposita applicazione giudiziale, come nel caso dell'annullabilità, che non si determina automaticamente ma deriva da una decisione del giudice su sollecitazione del ricorrente.

Le due forme di invalidità costituiscono entrambe una qualificazione negativa dell'atto, determinata dall'inosservanza delle norme giuridiche, con la differenza che l'atto nullo è, in quanto invalido, inefficace di diritto, e viene considerato tamquam non esset, mentre l'atto annullabile è comunque idoneo a produrre i suoi effetti che permangono nell'ordinamento giuridico fino a quando e solo se, su istanza di parte, non venga dichiarata, in via giudiziale, l'illegittimità dell'atto stesso.

Con riguardo al regime delle invalidità nel diritto amministrativo, il legislatore si era limitato a prevedere che il giudice amministrativo decidesse sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa (art. 26, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato ed art. 2 legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tar). La codificazione aveva così riguardato solo i tre tradizionali vizi di legittimità, che determinano l'annullabilità dell'atto amministrativo: l'atto illegittimo è idoneo a produrre effetti fino a che non intervenga una pronuncia giurisdizionale che ne determina la caducazione retroattiva o fino a che sono sia annullato d'ufficio dalla stessa amministrazione nell'esercizio dei propri poteri di autotutela.

■ 2. L'invalidità degli atti nella riforma della legge n. 241/90.

Mentre in passato era stata la giurisprudenza a delineare i contenuti di altre tipologie di vizi, compreso quello della nullità, con la riforma della legge n. 241/90 avvenuta ad opera della legge n. 15/2005 sono state introdotte importanti novità, tra cui la codificazione dell'istituto della nullità del provvedimento amministrativo (art. 21-septies) e l'introduzione dei c.d. vizi non invalidanti del provvedimento: alcune illegittimità formali o procedimentali, che possono non condurre all'annullamento

dell'atto ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/90 (v. il successivo par. 5.1).

Tali disposizioni sono state inserite nel nuovo capo IV-bis della legge n. 241/90, intitolato: « Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso », che costituisce certamente una delle maggiori novità della riforma.

Il legislatore, nell'introdurre il predetto capo, ha inteso effettuare una sorta di codificazione generale di alcuni istituti e di alcune categorie fondamentali del diritto amministrativo sostanziale; in alcuni casi la codificazione ha riguardato istituti già delineati dalla giurisprudenza, mentre altre disposizioni devono essere considerate del tutto innovative.

■ 3. La nullità del provvedimento amministrativo.

3.1. Il vizio della nullità nel diritto amministrativo.

Prima della riforma della legge n. 241/90, dottrina e giurisprudenza avevano optato per un'impostazione del regime di invalidità del provvedimento amministrativo, autonoma rispetto al diritto civile: la categoria della nullità assume un rilievo assolutamente residuale, limitato alle ipotesi di nullità testuale (espressamente comminata da una norma di legge) e ad altri casi di gravi difetti strutturali del provvedimento. Non avevano quindi spazio nel diritto amministrativo le c.d. le nullità virtuali, derivanti dalla violazione di norme imperative che, pur in assenza della espressa sanzione della nullità, non siano assistite da altra sanzione, con la conseguente applicabilità della regola generale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c. ("il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente"). Le norme che disciplinano l'azione amministrativa e, in particolare, il provvedimento amministrativo sono tutte norme imperative giacché trovano fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. e non sono disponibili per la Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, ogni violazione di legge (anche di disposizioni imperative) costituisce vizio di legittimità, e quindi causa di annullabilità, dell'atto amministrativo; pertanto, la violazione di norma imperativa che nel diritto civile provoca nullità, nel diritto amministrativo si qualifica come vizio di violazione di legge, che determina invece l'annullabilità dell'atto.

Nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza, come già detto, di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale è quella della nullità.

Una delle novità contenute introdotte dalla riforma della legge n. 241/90 (legge n. 15/2005) è costituita dalla codificazione dell'istituto della nullità del provvedimento amministrativo (art. 21-septies). La sanzione della nullità del provvedimento è stata fino a poco tempo fa prevista solo con riferimento ad ipotesi peculiari ed è stata inoltre utilizzata dalla giurisprudenza con riferimento ad alcune carenze particolarmente gravi dell'atto amministravo, tali da determinarne la nullità o addirittura l'inesistenza.

L'art. 21-septies della (rinnovata) legge 241/1990 prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando:

- manchi degli elementi essenziali,
- sia viziato da difetto assoluto di attribuzione,
- sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, ed infine
- in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge (c.d. nullità testuali).

La cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso, anche se come si vedrà oltre le nuove ipotesi di nullità vanno ricondotte a quei casi in cui la giurisprudenza era già pervenuta alla qualificazione dell'atto in termini di nullità.

3.2. L'inesistenza.

Resta quindi priva di definizione normativa la categoria dell'inesistenza, che costituisce esclusivamente il frutto di quell'elaborazione dottrinale, secondo cui l'atto inesistente è un quid facti, giuridicamente irrilevante. Mentre il provvedimento nullo è un provvedimento potenzialmente capace di produrre effetti e come tale rischia di essere erroneamente tradotto in realtà materiale, donde l'interesse ad agire per la dichiarazione di nullità; il provvedimento inesistente è invece un'entità giuridicamente irrilevante, incapace in radice di produrre alcun effetto materiale e relativamente al quale non è possibile neanche immaginare un interesse ad agire. Va detto che in passato dottrina e giurisprudenza hanno a volte considerato le due forme di invalidità assoluta della nullità e dell'inesistenza come un fenomeno unitario, utilizzando la generale e onnicomprensiva definizione di "nullità-inesistenza" dell'atto amministrativo.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 21-septies della legge n. 241/90 alcune delle ipotesi, che parte della dottrina aveva in passato inquadrato nella categoria dell'inesistenza sono state ricomprese dal legislatore nel concetto di nullità del provvedimento amministrativo (difetto assoluto di attribuzione, mancanza degli elementi essenziali dell'atto) e deve quindi ritenersi che la categoria dell'inesistenza

sia oggi limitata a quei casi in la c.d. "inqualificazione giuridica" dell'atto sia evidente, quali ad esempio quello dell'usurpatore di pubbliche funzioni (art. 347 c.p.) o dell'atto ioci causa o docendi causa.

3.3. Le nullità testuali.

Ancor prima dell'introduzione dell'art. 21-septies, anche il legislatore aveva riconosciuto l'inadeguatezza della sanzione dell'annullabilità come risposta ai vizi più gravi del provvedimento amministrativo. Era stata così prevista la sanzione della nullità del provvedimento in alcune specifiche ipotesi (le c.d. nullità testuali), tra cui: l'assunzione nel pubblico impiego senza il filtro preventivo della procedura concorsuale (art. 3, comma 6, d.P.R. 1957/3); gli atti emessi dopo il regime di prorogatio di quarantacinque giorni (l. 444/1994); l'assegnazione del dipendente pubblico a mansioni superiori al di fuori delle ristrette ipotesi consentite (art. 52 d.lgs. n. 165/2001); l'accertamento tributario difforme dalla risposta all'interpello (art. 11 l. 212/2002); gli accordi tra privati e P.A. privi del requisito della forma scritta (art. 11 l. 241/1990). La gravità di tali vizi dell'atto è stata ritenuta tale da non poter essere condizionata alla attivazione di un interesse di parte, come nel caso dell'azione di annullamento, né lasciata alla sola iniziativa dell'amministrazione di esercitare i propri poteri di autotutela, attivabili peraltro non in seguito al mero riscontro della sussistenza del vizio, ma previo accertamento dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto ed oggi anche della verifica del ragionevole tempo trascorso (v., infra, in questa parte, il cap. IX).

3.4. La mancanza dei requisiti essenziali del provvedimento.

Parallelamente a quanto previsto dall'art. 1418 c.c. (mancanza dei requisiti del contratto o illiceità di alcuni di essi quale causa di nullità del contratto), l'art. 21-septies stabilisce che è causa di nullità del provvedimento amministrativo la mancanza di requisiti essenziali, senza pero indicarli, come fa invece l'art. 1325 c.c.

Si tratta di una nullità strutturale, la cui codificazione smentisce quelle tesi pubblicistiche, secondo cui nel diritto amministrativo vi sarebbe poco spazio per il concetto di nullità strutturale (mancanza, impossibilità o illiceità di uno degli elementi o requisiti essenziali del provvedimento amministrativo), in quanto o la deficienza strutturale del provvedimento è tale da impedire di qualificarlo come esistente e si ricade quindi nella categoria dell'inesistenza dell'atto amministrativo oppure il vizio strutturale non incide sull'esistenza del provvedimento amministrativo, ma soltanto sulla legittimità dello stesso, comportandone la semplice annullabilità.

La nullità strutturale attiene quindi al difetto dei requisiti essenziali dell'atto (soggetto, oggetto, forma, causa) e riporta alla sempre contrastata costruzione negoziale del provvedimento.

Proprio seguendo l'ottica civilistica, sono riconducibili alla categoria della nullità strutturale le ipotesi di indeterminatezza, impossibilità ed illiceità del contenuto del provvedimento, cioè del regolamento di interessi ivi previsto; difetto o illiceità della causa dell'atto, interpretata qui come funzionalità dell'atto rispetto all'interesse pubblico. Vi rientrano pure le patologie relative al soggetto, quali l'inesistenza o il vizio relativo all'investitura o alla costituzione del soggetto che ha adottato il provvedimento amministrativo; la mancanza della volontà della Pubblica Amministrazione (il caso classico è quello della violenza fisica esercitata sul funzionario) o il vizio relativo alla sua formazione; il difetto della forma essenziale del provvedimento, che ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, nelle ipotesi del difetto di sottoscrizione del provvedimento e della mancata verbalizzazione delle deliberazioni degli organi collegiali; l'inesistenza dell'oggetto, inteso sia come res sia come persone su cui si concentrano le trasformazioni giuridiche causate dall'atto (si pensi ad un provvedimento di esproprio nei confronti di un soggetto deceduto o mai esistito).

3.5. Il difetto assoluto di attribuzione.

Causa di nullità del provvedimento amministrativo è anche il difetto assoluto di attribuzione.

L'espressione utilizzata dal legislatore non è chiara e, riecheggiando il difetto assoluto di giurisdizione, potrebbe condurre a ritenere che il legislatore abbia inteso fare riferimento a ipotesi in cui nessuna autorità amministrativa ha il potere di intervenire in una determinata materia; appare invece preferibile superare il dato letterale e ritenere che il legislatore abbia fatto riferimento all'incompetenza assoluta.

Il riferimento determina l'esigenza di evidenziare la differenza tra l'ipotesi di inesistenza dell'atto per usurpazione del potere e conseguente irrilevanza giuridica dell'atto e il vizio (di legittimità) dell'incompetenza relativa, sanzionato con l'annullabilità.

Nel caso dell'usurpazione manca proprio un soggetto qualificabile come P.A. e l'atto è quindi inesistente.

L'atto nullo è invece adottato da un soggetto, qualificabile formalmente come amministrazione, che ha invaso settori, attribuiti ad altri poteri dello Stato e del tutto estranei alle proprie attribuzioni (incompetenza assoluta).

Sussiste il vizio ordinario di illegittimità-annullabilità quando l'atto, proveniente da ente diverso, sia stato emanato nell'esercizio di una attività riferita ad un settore amministrativo ordinato unitariamente in seno al quale i due organi svolgono compiti ripartiti secondo il sistema proprio della divisione delle competenze.

Tale conclusione, che esclude l'incompetenza assoluta quando l'organo che ha adottato l'atto svolga comunque alcune funzioni nel settore in questione, determina

che l'intervento di un diverso livello territoriale di governo costituirà un vizio di incompetenza soltanto relativa, sanzionato con la semplice annullabilità del provvedimento.

Verrà così evitato che i numerosi problemi interpretativi, susseguenti alla riforma in senso federalista del titolo V della Costituzione, possano ampliare a dismisura la categoria della nullità del provvedimento amministrativo con il rischio di creare ulteriore incertezza a causa dell'assenza del termine decadenziale per la contestazione del vizio.

3.6. Gli atti adottati in violazione o elusione del giudicato.

Con riguardo agli atti adottati in violazione o elusione del giudicato, la giurisprudenza aveva da tempo ritenuto che gli stessi dovessero essere considerati tamquam non esset con ammissibilità del ricorso in ottemperanza in tutti i casi in cui il petitum sostanziale del ricorso attenga all'oggetto proprio del giudizio d'ottemperanza, miri cioè a far valere non già la difformità dell'atto sopravvenuto rispetto alla legge sostanziale (in tal caso occorrendo esperire l'ordinaria azione d'annullamento), bensì la difformità specifica dell'atto stesso rispetto all'obbligo (processuale) di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire.

Il nuovo art. 21-septies, oltre a prevedere la nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato, sancisce nel secondo comma che le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

È stato fatto notare che l'attrazione della violazione e dell'elusione del giudicato nell'area della giurisdizione esclusiva, senza l'ulteriore precisazione dell'estensione della cognizione anche al merito dell'azione amministrativa come prevede invece il terzo comma dell'art. 29 del T.U. Cons. St. 1054/24, rispetto a taluni casi rientranti nell'esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato, fa pensare che si sia voluto accentuare la natura cognitoria di questa fase processuale a scapito di quella tipicamente esecutiva che trova nel vaglio del merito dell'azione amministrativa uno strumento molto efficace per la tutela delle posizioni contrapposte.

Tuttavia, appare ragionevole ritenere che il legislatore non abbia determinato una deminutio per la tutela del cittadino e che quindi la disposizione, pur non coordinata con la disciplina del giudizio di ottemperanza, non abbia in alcun modo scalfito i poteri anche di merito che il giudice amministrativo ha in tale sede.

La giurisdizione esclusiva è in questi casi la prosecuzione di quella già attribuita allo stesso giudice in materia di giudicato, ragion per cui l'esplicita previsione della nullità del provvedimento serve solo a sottolineare che la sua adozione lascia inalterato il

potere del giudice amministrativo di potersi pronunziare anche nel merito, una volta riscontrata tale forma di invalidità che inficia il provvedimento dell'amministrazione.

3.7. Nullità, riparto di giurisdizione e tutela.

La previsione della giurisdizione esclusiva del G.A. solo per una ipotesi di nullità dell'atto amministrativo (elusione o violazione del giudicato) pone il problema del riparto di giurisdizione in presenza degli altri casi di nullità del provvedimento.

È stato sostenuto che la giurisdizione non può mutare a seconda della invalidità che viene denunziata, in quanto essa si determina sulla base della situazione soggettiva conformata dal provvedimento amministrativo; il baricentro è costituito dalla situazione soggettiva che viene in rilievo ai fini della individuazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

In presenza di interessi pretesivi e quindi di soli interessi legittimi non può che sussistere la generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto un determinato comportamento della amministrazione (viziato gravemente, perché l'atto è nullo) non è comunque in grado di produrre da solo, l'effetto ampliativo facendo sorgere ex novo una situazione di diritto prima inesistente.

Sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario, ad eccezione delle materie di giurisdizione esclusiva del g.a., in ipotesi di interessi oppositivi, aggrediti da un atto nullo e quindi inidoneo a produrre l'effetto degradatorio sul diritto soggettivo. La distinzione, ai fini del riparto di giurisdizione, tra atti nulli adottati in relazione a situazioni di interesse legittimo e atti nulli aventi la (sola) pretesa di incidere su diritti soggettivi comporta la necessità di alcune precisazioni in ordine alla questione delle modalità e dei termini per far valere la nullità dell'atto. Deve essere escluso che se il provvedimento nullo incide su un interesse legittimo, valga la regola generale per cui gli atti amministrativi vanno impugnati nel termine di decadenza, anche ove si intenda farne valere la nullità. Appare evidente come non sia ragionevole l'estensione del termine decadenziale ad un provvedimento che ab origine è improduttivo di effetti, non ponendosi in alcun il problema della stabilità dell'atto, per l'intrinseca ed originaria inefficacia dello stesso.

Non operando il termine breve di decadenza, dovrebbe quindi applicarsi la regola generale della imprescrittibilità, anche se va ricordato che la giurisprudenza amministrativa ha fino ad oggi ritenuto che l'actio iudicati non sia imprescrittibile, come potrebbe far ritenere la sussistenza di un vizio di nullità, ma che vada comunque proposta nel termine decennale di prescrizione ordinaria.

Non dovrebbero inoltre sussistere ostacoli alla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice del vizio di nullità dell'atto, a condizione che si tratti di questione di cui il giudice sia comunque investito per effetto della domanda di una parte.

Verificato che in diversi casi la nullità del provvedimento può essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, ci si deve chiedere se sia ammissibile, davanti al giudice amministrativo, un'azione dichiarativa della nullità.

È stato già evidenziato che l'atto nullo, pur essendo improduttivo di effetti, può essere in concreto stato portato ad esecuzione, sussistendo quindi l'interesse per gli interessati a farne dichiarare la nullità. Certamente la nullità dell'atto può, anzi deve, essere accertata dal giudice amministrativo nelle controversie devolute alla sua giurisdizione. La forma della pronuncia può essere quella sentenza di accertamento dichiarativa della nullità dell'atto o, seguendo l'impostazione più tradizionale del giudizio amministrativo, una pronuncia di inammissibilità per difetto di interesse ad impugnare un atto nullo.

■ 4. L'annullabilità del provvedimento amministrativo.

Come detto in precedenza, la tipica sanzione prevista per l'invalidità del provvedimento amministrativo è l'annullabilità, di applicazione giudiziale. Si ricordi però che in diritto civile, la regola per violazione a norme imperative è la nullità, mentre il rimedio dell'annullabilità è applicabile soltanto in presenza di una espressa previsione legislativa ovvero qualora la norma stessa è posta a presidio di interessi particolari e non generali, come in materia di delibere assembleari, di matrimonio, di testamento.

La ragione di fondo di tale divergenza di disciplina tra vizi dell'atto amministrativo e vizi del negozio sia chiara: nel diritto amministrativo l'esigenza prioritaria è quella di assicurare la stabilità del provvedimento amministrativo. Nel nostro ordinamento, come si evince chiaramente dal termine di decadenza, fissato per al contestazione dei provvedimenti amministrativi, è inconcepibile che il vizio di un provvedimento amministrativo, ancorché derivante da violazione di norma imperativa, possa essere rilevato senza limiti temporali ed addirittura d'ufficio da parte del giudice. Se così non fosse, l'azione amministrativa resterebbe perennemente precaria ed incerta e potrebbe in ogni tempo essere rimessa in discussione. Esigenze di rilievo pubblicistico impongono invece che, decorso il termine di decadenza, il provvedimento amministrativo, giusto o sbagliato che sia, pervenga ad una condizione di stabilità ed intangibilità giurisdizionale, salva naturalmente la possibilità per la Pubblica Amministrazione di esercitare l'autotutela nei limiti previsti anche per tale potere (v., in questa parte, il cap. IX). Mentre l'atto nullo è inefficace di diritto, il provvedimento annullabile è provvisoriamente efficace, salvo a perdere la sua efficacia al momento dell'annullamento.

Nel diritto amministrativo l'annullabilità costituisce, quindi, una figura generale, collegata ai tre tradizionali vizi di illegittimità dell'atto amministrativo (violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza).

È stato evidenziato che tale particolare annullabilità si differenzia da quella civilistica. perché non solo è previsto un breve termine di decadenza in luogo della prescrizione breve, ma il vizio non si può fare valere in via di eccezione, quando la prescrizione (o la decadenza) sia scaduta. Altra differenza con il diritto civile è costituita dai vizi che attengono al momento formativo dell'atto: nel diritto amministrativo tale fase è procedimentalizzata per legge e le figure sintomatiche dell'eccesso di potere attengono all'erronea rappresentazione della realtà fattuale ed anche i vizi formali o quelli procedimentali assumono maggiore rilievo perché privano il cittadino della possibilità di verificare se il contenuto precettivo del provvedimento si è formato correttamente. L'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo produce effetti diversi a seconda del vizio per il quale il provvedimento viene annullato: in presenza di un vizio procedimentale (assenza di una fase del procedimento, mancata partecipazione degli aventi titolo, ecc.) l'esito della pronuncia del giudice di annullamento sarà costituito dalla necessità di rinnovare in modo corretto il procedimento; il riscontro del vizio del difetto o dell'insufficienza della motivazione, determinerà l'esigenza che l'amministrazione motivi in modo adeguato il proprio atto; invece, quando, il provvedimento viene annullato per ragioni di ordine sostanziale (ad es., fondatezza della pretesa del privato negata con l'atto impugnato o insussistenza dei presupposti per l'adozione di un atto destinato ad incidere negativamente sul privato), l'esito dell'annullamento sarà maggiormente satisfattivo per il ricorrente, determinando nel primo caso l'obbligo di riesercitare il potere in senso a lui favorevole, salvo sopravvenienze e, nel secondo caso, l'eliminazione del provvedimento sfavorevole e la riespansione della sua posizione giuridica.

Per quanto riguarda il vizio che colpisce l'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, v., supra, parte I, cap. I, par. 4.

■ 5. I vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo.

5.1. L'art. 21-octies, l. n. 241/90.

L'art. 21-octies della l. n. 241/90, introdotto dalla legge n. 15/2005, detta la disciplina generale dell'annullabilità degli atti amministrativi, confermando, al comma 1, il tradizionale regime dei vizi di legittimità: « È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza ». Il secondo comma contiene viceversa una importante novità: i c.d. vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo e prevede 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 e che il provvedimento amministrativo 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. Si tratta di una disposizione che da un lato recupera un ruolo primario del provvedimento amministrativo rispetto al procedimento e dall'altro contiene il rischio di svalutare alcune norme fondamentali per la partecipazione del privato, quale quella relativa all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, prevedendo che la loro violazione possa non condurre ad annullare il provvedimento finale (c.d. vizio non invalidante), qualora sia accertato in giudizio che comunque il provvedimento non poteva essere diverso.

La disposizione si divide in 2 parti.

La prima parte dell'art. 21-octies, secondo comma, della l. 7 agosto 1990 n. 241 prevede che il provvedimento non sia annullabile quando ricorrano necessariamente tutti questi elementi:

- violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti;
- natura vincolata del provvedimento
- essere "palese" che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La seconda parte è relativa ad un tipico vizio procedimentali (art. 7 della l. n. 241/90: violazione dell'obbligo di avvio del procedimento) e prevede che il provvedimento non sia annullabile "qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Non c'è il limite per l'attività vincolata e la norma opera, quindi, anche in caso di attività discrezionale. L'onere della prova è addossato espressamente a carico della P.A.; inoltre, tale seconda parte della norma è riferita esclusivamente alla violazione dell'art. 7 e non anche del nuovo art. 10-bis (comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza; v. in questa parte, cap. IV, par. 4) che rientra invece tra i possibili vizi non invalidanti disciplinati dalla prima parte del comma 2.

5.2. Le varie tesi sull'inquadramento dell'art. 21-octies.

Descritte le due norme, più arduo è il loro inquadramento sistematico.

Una prima tesi ritiene l'atto, pur difforme dal paradigma normativo, legittimo fin dall'origine. Questa è l'impostazione che conduce immediatamente alla tematica della irregolarità.

La nozione di atto irregolare è stata da tempo elaborata dalla dottrina: così come per ogni atto giuridico, anche per il provvedimento amministrativo possono presentarsi fattispecie anormali, cioè aventi dei tratti difformi dallo schema (o fattispecie) normativo astratto e possono esservi delle anormalità minori che di regola non comportano vizio. L'irregolarità può attenere al procedimento o al provvedimento e

costituisce una sorta di inosservanza di legge, ma di minor conto e perciò innocua, per cui non porterebbe ad invalidità dell'atto. L'utilizzo della categoria della irregolarità è stato giustificato con il fine di evitare che vizi meramente formali potessero condurre all'annullamento di atti amministrativi in un'ottica eccessivamente formale della giustizia amministrativa. Tuttavia, è stato evidenziato come la stessa irregolarità sia un istituto di natura formale, in quanto l'irregolarità è collegata ad una classificazione, condotta a priori, dei requisiti di validità e di quelli di regolarità dell'atto giuridico. La qualificazione di un atto amministrativo alla stregua di irregolare è dunque scevra da qualsiasi componente sostanzialista.

Ad esempio, la mancata indicazione nell'atto impugnato del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere (art. 3 della l. n. 241/1990) costituisce irregolarità che non rende l'atto illegittimo, ma che consente al limite il ricorso del privato oltre i termini di decadenza avvalendosi dell'errore scusabile, determinato dall'omissione compiuta dall'amministrazione. Mentre l'irregolarità opera ex ante e in astratto (il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è « un atto ab origine meramente irregolare) l'idoneità del provvedimento, pur adottato in violazione di una norma sul procedimento o sulla forma, a conseguire un certo risultato, verrà evidenziata di volta in volta dal giudice nel processo.

La previsione dell'art. 21-octies, comma 2, non si può ricondurre alla nozione di irregolarità, in quanto alla luce della classificazione del vizio svolta ex ante non si è in presenza di una "anormalità minore", ma di un vizio di legittimità, che solo a seguito di valutazioni richieste dalla norma ed effettuate ex post dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso) non comporta l'annullabilità.

Il provvedimento è e resta affetto da un vizio di legittimità.

Il legislatore non ha inteso intervenire sulla qualificazione dei vizi procedimentali o formali e del vizio della violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, che restano tutti vizi di legittimità, ma ha voluto incidere sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento.

L'esclusione della configurabilità dell'atto non annullabile ex art. 21-octies in termini di irregolarità ha condotto parte della dottrina ad aderire alla tesi del raggiungimento dello scopo. La c.d. "regola del raggiungimento dello scopo" è mutuata dalla previsione ex art. 156, comma 3, c.p.c., che stabilisce che "La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato".

La regola del raggiungimento dello scopo presuppone, diversamente dall'irregolarità, che l'invalidità dell'atto sussista in astratto, ma che essa venga reputata in concreto irrilevante, in ragione del fatto che, da un'indagine operata ex post da parte del giudice, rispetto a quel singolo caso, emerge che lo scopo dell'atto è stato comunque

raggiunto, nonostante il vizio riscontrato. Il principio del raggiungimento dello scopo è da tempo applicato dal G.A., il quale difficilmente ha annullato gli atti amministrativi per il solo fatto che vi fosse stato il mancato rispetto di tali prescrizioni ma, individuandone la ratio, ha ritenuto rilevante il vizio quando la norma non sortisca l'effetto per il quale è stata posta.

Proprio, in tema di violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, più volte la giurisprudenza ha ritenuto che tale disposizione non può essere applicata meccanicamente e formalisticamente, dovendosi escludere il vizio nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato comunque raggiunto o vi sia comunque un atto equipollente alla formale comunicazione. Tuttavia, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno replicato a tale tesi, evidenziando che in caso di omessa comunicazione di avvio, lo scopo è raggiunto, non quando l'atto non poteva essere diverso, ma quando il privato ha ricevuto un atto equipollente, ha comunque partecipato o ha avuto la possibilità di partecipare al procedimento. In tali casi, i vizi procedimentali e formali non hanno determinato alcuna concreta lesione, in quanto la ratio sottesa alle regole formali o procedimentali è stata comunque conseguita e l'annullamento appare un rimedio non proporzionato.

L'art. 21-octies, invece, rende irrilevante la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell'atto, per una ragione diversa che non attiene al (sostanziale) rispetto della specifica disposizione sulla forma o sul procedimento, bensì al fatto che il contenuto dispositivo dell'atto "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Tenuto conto, quindi, che neanche il richiamo alla regola processualcivilistica del raggiungimento dello scopo è utile per inquadrare l'art. 21-octies, comma 2, in dottrina è stata proposta altra tesi secondo cui, l'atto è originariamente illegittimo, ma non più annullabile, perché sanato, dovendosi ricercare la chiave e la ratio della sua possibile convalida nel fatto che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (tesi del provvedimento sanante).

L'illegittimità viene « sanata » dal provvedimento finale che raggiunge lo scopo voluto dalla norma e, cioè, esibisce il contenuto che la norma aveva indicato.

La tesi è idonea a spiegare solo la portata non invalidante dei vizi procedimentali e quelli di forma non relativi al provvedimento finale, ma non spiega perché non sono annullabili i vizi di forma propri del provvedimento stesso, che per i motivi indicati in precedenza non costituiscono neanche mere irregolarità. La nuova norma è stata anche giustificata attraverso l'affermazione che analoga disposizione è vigente in altri ordinamenti; il riferimento non è tanto all'ordinamento spagnolo, dove esiste una disposizione in parte diversa, ma all'ordinamento tedesco.

Innanzitutto, dopo l'introduzione nel 1976 dell'art. 46 della legge tedesca sull'azione amministrativa (ad eccetto delle ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, è escluso l'annullamento per violazioni relative alla forma, al procedimento e alla competenza territoriale, nei casi in cui non sarebbe stato possibile adottare nessuna altra decisione), nel 1996 il legislatore tedesco ha sentito la necessità di restringere la portata applicativa della norma, introducendo quel "palese", presente anche nella disposizione introdotta in Italia. Inoltre, nell'ordinamento tedesco esistono soluzioni alternative per tutelare le violazioni procedimentali in modo diverso dall'annullamento del provvedimento finale. Non ci si riferisce tanto ai maggiori poteri sostitutivi del giudice amministrativo tedesco, quanto alla possibilità che le violazioni procedimentali siano sanate in sede di ricorso amministrativo (presupposto necessario per l'azione giurisdizionale) o dalla stessa amministrazione, anche su sollecitazione del giudice, il quale ha gli strumenti per disporre sanzioni di carattere specifico, finalizzate a rimuovere il vizio, anche ove sia soltanto formale, e a reintegrare ex post la violazione della regola sul procedimento, sulla forma e sulla competenza. Si può quindi affermare che le violazioni procedimentali, sopratutto quelle relative alla partecipazione del privato al procedimento, non sono svalutate in altri ordinamenti e comunque, anche dove esistano disposizioni simili a quella di cui al citato art. 21-octies, le stesse sono accompagnate dall'introduzione di altre forme di tutela per i vizi procedimentali.

5.3. I dubbi di costituzionalità e la tesi prevalsa in giurisprudenza.

Nel nostro ordinamento, l'entrata in vigore dell'art. 21-octies e la mancanza di altre forme di tutela ha condotto la dottrina a porsi dei dubbi di costituzionalità. Ci si è chiesti se possano esistere nel nostro ordinamento norme rispetto alla violazione delle quali la posizione giuridica vantata dal cittadino risulti priva di tutela o se questo costituisca invece un'inaccettabile limitazione del diritto d'azione, che pone seri problemi di contrasto con le previsioni contenute negli articoli 24 e 113 della nostra Costituzione. Soprattutto perché la rinuncia alla sanzione dell'annullabilità non è stata sostituita da altre sanzioni, parimenti idonee a riparare in modo specifico la lesione dell'interesse del ricorrente che derivi da una violazione procedimentale o formale. Una forma di tutela non può peraltro essere costituita dal risarcimento del danno. Infatti, il danno per la mancata attribuzione del bene della vita (quello che nella maggior parte dei casi viene chiesto al giudice amministrativo) non spetterà perché il provvedimento non poteva essere diverso e quindi il bene non spettava (o poteva essere tolto dalla P.A. in presenza di interessi legittimi oppositivi). Il risarcimento del danno sarà possibile solo in alcune limitate e residuali ipotesi: ad esempio, in caso di procedura espropriativa senza comunicazione di avvio, il soggetto espropriato potrà chiedere i danni derivanti dalle spese sostenute sul proprio fondo e che non avrebbe sostenuto se avesse saputo per tempo dell'avvio della procedura di esproprio.

Altri ancora, nell'esporre i dubbi di costituzionalità, hanno rappresentato i rischi che la riforma possa essere intesa dalla P.A., o possa comunque incentivare la P.A. a non

rispettare le regole procedimentali, scalfendo la stessa valenza precettiva delle disposizioni di cui alla legge n. 241/1990. L'amministrazione potrebbe ritenere di essere assolta dal rispetto del principio di legalità nelle ipotesi previste dal secondo comma dell'art. 21-octies della l. n. 241/90. Tali considerazioni hanno indotto parte della dottrina ad affermare che il legislatore dovrebbe introdurre forme di tutela alternative per le pretese partecipative esercitabili immediatamente, durante e non dopo il procedimento e che assicurino la soddisfazione dell'interesse specifico protetto dalla norma procedimentale (a prendere parte alla procedura amministrativa, a presentare contributi partecipativi, ad accedere agli atti procedurali, ecc.). Forme di tutela sommaria, simili a quelle previste per il ricorso avverso il silenzio o in materia di accesso, sembrano maggiormente utili per consentire già nel corso del procedimento di porre rimedio alla regola procedimentale violata.

Restando fermo che l'interprete deve tendere ad una interpretazione costituzionalmente orientata, il giudice amministrativo sembra, allo stato intenzionato a dare una interpretazione restrittiva della norma: in base all'art. 21-octies il provvedimento non è annullabile, quando è certo e provato che il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, conseguente all'annullamento, una decisione diversa da quella già adottata (carenza di interesse).

La valenza processuale della norma determina che il provvedimento non sia annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso, oggi accertabile dal giudice, priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2007 n. 4614; sez. VI, 16 maggio 2006 n. 2763).

Accolta tale tesi, oltre a dover ritenere la norma di immediata applicabilità a tutti i giudizi pendenti (norma di carattere processuale), può essere data una risposta al quesito della forma della decisione del giudice conseguente all'applicazione dell'art. 21-octies. Rispetto alla tesi del rigetto del ricorso (essendo infondata la pretesa sostanziale in ordine ad un risultato cui il privato aspira e che l'amministrazione gli ha negato) è stata prospettata anche la strada di una pronuncia di inammissibilità per carenza di interesse (poiché l'interesse del privato è di ottenere un determinato risultato, se il vizio dedotto è tale da non consentire, pur se accolto, quel determinato risultato, non resta che la declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità, a seconda dei casi, per difetto originario o sopravvenuto dell'interesse).

5.4. L'art. 21-octies e l'espansione del ruolo del giudice amministrativo.

È innegabile che la novella legislativa determina l'espansione del 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.

Al momento, il giudice amministrativo sembra utilizzare con estrema accortezza gli ampi spazi che la legge gli ha consegnato:

- per la prima parte dell'art. 21-octies, comma 2, premesso che la distinzione tra atti vincolati e discrezionali può essere a volte molto labile, vi è una tendenza a limitare il riscontro dell'evidenza ("palese") che il contenuto dei provvedimenti vincolati non poteva essere diverso a quelle ipotesi in cui non siano contestati i presupposti di fatto e in cui il raffronto tra la fattispecie concreta ed il precetto non sia particolarmente complesso (sola valutazione in punto di diritto);

- per la seconda parte della norma, in caso di violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, si richiede una prova particolarmente rigorosa che il provvedimento non poteva essere diverso, escludendo la sussistenza di tale prova quando gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento (e che ha indicato in giudizio) non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che appaiono precluse al G.A. (che peraltro si fonderebbero su una risposta alle osservazioni del privato resa in giudizio dalla P.A., o meglio dal suo difensore, sulla base di ulteriori elementi rispetto a quelli emersi in sede procedimentale, con l'effetto di squilibrare ancor più la posizione del cittadino rispetto all'amministrazione).

Ad esempio, se il privato espropriato lamenta la sua mancata partecipazione alla procedura espropriativa, nel corso della quale intendeva sostenere che sarebbe stato meglio che il tracciato della strada da realizzare passasse sul fondo del vicino o che comunque attraversasse il suo fondo in maniera diversa in modo da arrecare minor pregiudizio, sorgono seri problemi per valutare in giudizio che il provvedimento non poteva essere diverso, a meno di non voler attribuire al giudice amministrativo valutazioni di merito sostitutive dell'operato della P.A.

Ci si deve chiedere se sia meglio che sia il G.A. a valutare se la strada poteva avere un percorso diverso o che tale elemento emerga nel corso del procedimento e venga valutato dall'amministrazione con una decisione sindacabile in giudizio?

Nell'attuale sistema appare preferibile la seconda soluzione; altrimenti, rispondendo di sì (è meglio che ogni valutazione la faccia il giudice) si dovrebbe riformare tutto il

sistema, spostando definitivamente il giudizio amministrativo sul rapporto (dopo la presentazione del ricorso, è il g.a. che decide sostituendosi alla P.A. anche per la parte di attività non ancora svolta).

Giurisprudenza

Il Consiglio di Stato, proprio in un caso simile a quello descritto nell'esempio, ha ritenuto inapplicabile l'art. 21-octies, quando gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento (e che ha indicato in giudizio) non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che appaiono precluse al giudice amministrativo, che peraltro si fonderebbero su una risposta alle osservazioni del privato resa in giudizio dalla P.A., o meglio dal suo difensore, sulla base di ulteriori elementi rispetto a quelli emersi in sede procedimentale, col l'effetto di squilibrare ancor più la posizione del cittadino rispetto all'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2006 n. 4307, in cui viene accolta una interpretazione restrittiva dell'art. 21-octies, in una fattispecie in cui i ricorrenti lamentavano la loro mancata partecipazione ad una procedura espropriativa, nel corso della quale intendevano proporre osservazioni sul tracciato dell'elettrodotto da realizzare. Secondo il Consiglio di Stato, in tale ipotesi risulta difficile valutare in giudizio che il provvedimento non poteva essere diverso, a meno di non voler attribuire al giudice amministrativo valutazioni di merito sostitutive dell'operato della P.A.. Peraltro l'amministrazione non aveva fornetto alcuna prova che il provvedimento non poteva che essere quello adottato e tale prova sarebbe comunque stata estremamente difficile in presenza di osservazioni sul tracciato della strada, che i ricorrenti intendevano proporre e che implicavano valutazioni di merito, precluse al giudice amministrativo.

In altra fattispecie, invece, è stato negato che la mancata partecipazione al procedimento di proroga di una procedura espropriativa potesse avere avuto conseguenze sul contenuto del provvedimento finale, in quanto una volta autorizzata la realizzazione dell'opera, dichiarata la pubblica utilità e definito il tracciato (di un elettrodotto) con provvedimenti legittimi, prima dell'adozione dei quali era stata consentita la partecipazione, non poteva essere fornito dal privato in sede procedimentale alcun concreto apporto, idoneo a mutare il contenuto del provvedimento di proroga (Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, sempre relativa alla realizzazione di un elettrodotto, in cui viene evidenziata la differenza rispetto alla fattispecie descritta nella nota precedente e viene, quindi, fatta applicazione dell'art. 21-octies). È stato evidenziato che una diversa interpretazione rischierebbe di creare una asimmetria, qualora intesa in modo tale da consentire la sostituzione del giudice alla P.A.: tale sostituzione sarebbe possibile solo per accertare, a vantaggio della P.A., che il provvedimento non poteva essere diverso, mentre il privato continuerebbe ad avere ostacoli nell'accertamento che senza l'illegittimità

procedimentale il bene della vita gli sarebbe stato attribuito o non gli sarebbe stato tolto.

In conclusione, si può affermare che l'art. 21-octies della legge n. 241/1990 può contribuire a rendere meno formale il processo amministrativo, ma nello stesso tempo non deve essere inteso come un depotenziamento della funzione partecipativa del cittadino al procedimento amministrativo.

Peraltro, la partecipazione del privato al procedimento, lungi dal costituire un appesantimento dell'azione amministrativa, consente alla stessa P.A. di assumere con minori costi tutti i dati per arrivare alla migliore decisione nel pubblico interesse e rappresenta quindi uno strumento utile proprio nell'ottica dell'efficienza dell'amministrazione. l potere di autotutela

IL POTERE DI AUTOTUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE A SEGUITO DELLE MODIFICHE ALLA LEGGE 7 AGOSTO 1990 N. 241

di Francesco Salvatore De Siena e Elena Malerba

1. Nozione

L'autotutela amministrativa può essere definita come quel complesso di attività con cui ogni Pubblica Amministrazione risolve i conflitti potenziali o attuali, relativi ai suoi provvedimenti o alla sue pretese. In questi casi, la P.A.. interviene con i mezzi amministrativi a sua disposizione, tutelando autonomamente la propria sfera d'azione. Pertanto, il fondamento di tale potere si rinviene nella potestà generale che l'ordinamento riconosce ad ogni Pubblica Amministrazione di intervenire unilateralmente su ogni questione di propria competenza (ed è per questo che la si considera espressione del più generale concetto di autarchia). Più precisamente, il suddetto potere, si identifica nella "capacità di farsi giustizia da sé" senza necessità di ricorrere all'autorità giurisdizionale. Sposando l'autorevole dottrina – Benvenuti – che ha esaminato l'istituto, l'autotutela può essere anche definita anche come "la capacità riconosciuta dall'ordinamento all'amministrazione di riesaminare criticamente la propria attività, in vista dell'esigenza di assicurare il più efficace perseguimento dell'interesse pubblico". Lo stesso autore chiarisce che "il suo fine è quello di realizzare l'interesse pubblico e non di garantire al cittadino un ulteriore mezzo di difesa oltre a quelli assicurati dal sistema di tutela amministrativa".

2. Le tipologie di autotutela

Nel diritto amministrativo, si suole distinguere tra due tipi di autotutela:

a) L'autotutela esecutiva: la quale deve essere attribuita alla Pubblica Amministrazione da una disposizione di legge specifica, che le consenta di poter agire in via immediata e diretta per attuare i propri provvedimenti. Essa si sostanzia nel complesso di attività volte a porre in esecuzione ed attuare le decisioni già adottate dall'amministrazione. Si citi ad esempio, l'ordine di rilascio ai sensi dell'art. 823, comma 2, c.c., quale provvedimento di autotutela esecutiva che l'amministrazione è tenuta ad adottare per rientrare in possesso di un bene demaniale abusivamente detenuto da un privato. In tale ipotesi, la Pubblica Amministrazione pone in esecuzione, senza ed anzi in alternativa all'intervento del giudice dell'esecuzione, una propria decisione a cui non si è adempiuto spontaneamente. Esplicazione di tale tipo di autotutela è l'art. 21 ter l. n. 241/90, la c.d. "esecutorietà", secondo cui "nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti".

b) **L'Autotutela decisoria**: in teoria non avrebbe bisogno di una disposizione legislativa ad hoc per poter essere esercitata, essa si fonda sull'articolo 97, primo comma, Cost., secondo cui la Pubblica Amministrazione deve agire nel rispetto del principio di legalità, ovvero secondo imparzialità e buon andamento; ai sensi dell'art. 1, primo comma, della legge n. 241 del 1990 – legge generale sul procedimento amministrativo – essa deve inoltre conformarsi a criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza oltre che ai principi dell'ordinamento comunitario. L'autotutela amministrativa, pertanto, nella sua forma decisoria, assume una portata generale, a differenza di quella privata, proprio sulla base della considerazione del fatto che essa, quale manifestazione di attività amministrativa, attiva di II grado, è deputata al soddisfacimento dell'interesse pubblico. Per meglio dire, l'autotutela amministrativa decisoria – sia sotto la forma dell'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo che della revoca del provvedimento inopportuno – è uno strumento proprio dell'attività amministrativa, con il quale si interviene al fine di correggere la portata dell'azione amministrativa fino a quel momento posta in essere, onde consentirle il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, così come declinato dal principio di legalità (inteso in senso ampio). Pertanto, a differenza dei privati che perseguono interessi propri, la Pubblica Amministrazione esercita potestà pubbliche che devono poter essere rivalutate, dallo stesso soggetto detentore del potere, in via generale e senza il preventivo intervento del Giudice, salva la possibilità di un sindacato giurisdizionale anche sul corretto esercizio del potere di autotutela. L'esercizio di tale attività discrezionale, consiste nell'emanazione di una decisione amministrativa con cui la P.A. può riesaminare, annullare e rettificare (o anche solo sospendere) gli atti dalla stessa adottati, in virtù della legge n. 241/1990.

Trattasi dunque, di uno strumento funzionale ad assicurare la validità dell'azione amministrativa nel pubblico interesse. In tale tipo di autotutela rientrano: 1) la revoca; 2) l'annullamento; 3) la sospensione del provvedimento amministrativo; 4) le figure sintomatiche del potere di autotutela.

Per completezza argomentativa, tratteremo, seppur in maniera succinta, poiché non sono state oggetto di rilevanti modifiche, la sospensione del provvedimento amministrativo e le figure sintomatiche del potere di autotutela. In questa sede, è opportuno precisare che rientra nel potere di autotutela la possibilità per la P.A. di provvedere alla sospensione del provvedimento emanato ai sensi dell'art. 21 quater l. n. 241/90. L'articolo in questione, disciplina precisamente il c.d. "processo di sospensione", distinguendo tra la sospensione dell'efficacia (ossia gli effetti giuridici

del provvedimento) e la sospensione dell'esecuzione (consistente nell'attività esecutiva materiale).

Tale sospensione può essere disposta per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, ed essendo un provvedimento discrezionale, deve essere sempre motivato. Quanto invece alle figure sintomatiche del potere di autotutela, esse di concretizzano:

– nella convalescenza, mediante la quale l'amministrazione opera una sanatoria dei vizi contenuti nell'atto per mezzo della convalida, ratifica e sanatoria;

-nella conservazione, con cui la P.A. tende a rendere intaccabile un atto da ricorsi giurisdizionali mediante conferma e conversione.

3. Le modifiche alla legge 7 agosto 1990 n. 241

Gli artt. 21 quinquies e 21 nonies, l. n. 241/90, hanno conferito dignità positiva all'autotutela decisoria nella duplice forma della revoca e dell'annullamento d'ufficio. In particolar modo, in sede di conversione del decreto legge, 12 settembre 2014, n. 133 c.d. "Decreto Sblocca Italia", il Parlamento ha introdotto alcune importanti modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo. Le novità sulle quali occorre soffermarsi in tale sede sono quelle che riguardano gli articoli appena citati.

1) Art. 21 quinquies "Revoca del provvedimento amministrativo": il provvedimento di revoca costituisce, come noto, una delle maggiori espressioni della c.d. discrezionalità amministrativa.

Esso è attivabile a fronte di un generale ripensamento della scelta amministrativa cristallizzata in un precedente provvedimento, il quale, a distanza di tempo, pur continuando ad essere legittimo ha perso i requisiti dell'opportunità e dell'adeguatezza. Dunque la revoca è comunemente intesa come atto che incide su altro precedente provvedimento, caducandone con portata ex nunc l'efficacia. Nel momento in cui il Legislatore ha previsto per la prima volta l'introduzione della disciplina di revoca, tale provvedimento aveva una diametro esteso e dilatato a

ricomprendere, tra i presupposti di esercitabilità, sia un'ampia nozione di sopravvenienza (ricomprendente motivi di interesse pubblico e circostanze di fatto), sia il c.d. ius poenitendi. Ed invero, il "vecchio" dettato dell'art. 25 quinquies, l. n. 241/90, prevedeva testualmente che "per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero altro organo previsto dalla legge". A distanza di anni, il Legislatore ha ritenuto di restringere le maglie dell'esercitabilità dell'autotutela e, in particolare, dell'uso da parte dell'amministrazione del potere di revoca, modificando la disciplina di entrambi i presupposti enunciati dalla prima stesura dell'art. 21 quinquies, l. n. 241/90,: la sopravvenienza e lo ius poenitendi. Infatti, precedentemente, la locuzione di sopravvenienza si ramificava in due distinte ipotesi: una inclusiva di sopravvenuti motivi di interesse pubblico e l'altra comprendente i casi di mutamento della situazione di fatto. Il primo dei presupposti enunciati dalla norma è rimasto invariato, non essendo inciso dalla modifica apportata dalla l. n. 164/2014, per cui deve pacificamente ritenersi che l'amministrazione possa legittimamente revocare un proprio precedente atto, tutte le volte in cui ricorrano, in un momento successivo all'adozione dello stesso, motivi di pubblico interesse.

Il recente intervento normativo ha invece modificato l'altro presupposto, ossia quello relativo al mutamento della situazione di fatto. Rispetto a tale elemento, la norma ha limitato la portata di fatti e circostanze sopravvenute, come presupposto logico-giuridico della revoca. Infatti se precedentemente doveva considerarsi ammissibile la revoca a fronte del mutamento della situazione di fatto tout court, ora è ammessa solo nel caso in cui tale mutamento non sia da considerarsi come prevedibile già al momento dell'adozione dell'atto da sottoporre a revisione. Il Legislatore ha quindi delimitato fortemente l'ambito di operatività per sopravvenute circostanze di fatto, escludendo pedissequamente il ricorso alla revoca nel caso in cui l'amministrazione avrebbe potuto, e quindi dovuto, prevedere l'avveramento di nuove, modificative, circostanze di fatto al momento dell'adozione dell'atto originario e cioè del primo provvedimento. In questo quadro la posizione del privato appare indubbiamente rafforzata, ed invero il nuovo art. 21 quinquies, l. n. 241/90 lo garantisce dall'aleatorietà derivante dalla possibilità di una successiva revoca. Spetta dunque all'amministrazione farsi carico di valutare adeguatamente la situazione contingente anche in una prospettiva futura. Parte delle considerazioni svolte fino ad ora, valgono anche per l'ulteriore modifica apportata con la legge n. 164/2014 , relativa al requisito del c.d. ius poenitendi. Si tratta, in questo caso, della seconda parte del comma 1 dell'art. 21 quinquies, l. n. 241/90 concernente la revoca per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Infatti rimane invariato l'arco delle possibilità di rivalutazione dell'interesse originario, eccetto un'ipotesi specifica concernente i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Ai sensi del "nuovo" art. 21- quinquies, l. n. 241/90, l'amministrazione è sempre abilitata a

rivalutare l'interesse pubblico originario, ossia una rivalutazione da parte dell'amministrazione del medesimo interesse, definibile come ius poenitendi.

Esso va inteso come la possibilità per la P.A., di disporre un nuovo assetto di interessi a fronte non di circostanze di fatto nuove o per motivi di interesse pubblico sopravvenuti, bensì in caso di una rivalutazione del medesimo interesse pubblico originario. A tale ampiezza, vi è un'eccezione, costituita dall'impossibilità per l'amministrazione di procedere alla revoca di atti che siano di portata ampliativa per il destinatario, tra cui: i provvedimenti di autorizzazione e quelli di attribuzione di vantaggi economici. Da ciò è possibile ritenere che siano esclusi espressamente dal potere di revoca della P.A. per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, tutti gli atti con i quali l'amministrazione abbia apportato una modifica in senso ampliativo. Da tale riforma, risulta evidente l'interesse del Legislatore a delimitare con maggiore chiarezza l'ambito di esercitabilità della revoca, al fine di offrire un'ampia tutela del privato. Inoltre occorre precisare che la legge n. 164/2014 ha lasciato invariati gli artt. 1 bis e ter dell'art. 21 quinquies, l. n. 241/90, secondo cui a seguito dell'esercizio del potere di autotutela della P. A., mediante la revoca, qualora questa incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati, ossia i soggetti passivi del provvedimento di revoca, sarà parametrato al solo danno emergente, escludendo in tal modo il relativo lucro cessante e tenendo conto dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico.

2) Ulteriore esplicazione del potere di autotutela decisoria è l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21 nonies, l. n. 241/90. Esso consiste nel poter annullare il provvedimento amministrativo, ossia ritirarlo dall'ordinamento, con efficacia retroattiva, perché inficiato da vizi che lo rendono illegittimo. Tale annullamento costituisce una deviazione rispetto al normale regime di poteri giuridici, in quanto ogni soggetto ha la possibilità di far accertare l'illegittimità di un atto che leda i suoi interessi ma tale accertamento solitamente è opera del Giudice. Invece, l'amministrazione per mezzo di tale potere può dichiarare l'illegittimità dei propri provvedimenti senza adire l'autorità giurisdizionale. Il privilegio consiste sia nel fatto di poter far valere l'illegittimità dei propri atti, sostituendosi al Giudice, sia nella retroattività, che contraddistingue il potere di annullamento da quello di revoca. Pertanto l'annullamento d'ufficio deve essere esercitato entro un termine ragionevole, a condizione che sussista un interesse pubblico alla rimozione dell'atto dal mondo giuridico e che tale interesse sia prevalente sugli interessi dei destinatari dell'atto stesso e a quelli degli eventuali controinteressati. Tuttavia, nonostante le suesposte considerazioni, occorre soffermarsi sul fatto che anche tale articolo è stato notevolmente modificato, in termini di contrazione, dalla l. n. 164/2014. Infatti, se il testo originario dell'art. 21 nonies, l. n. 241/90, prevedeva espressamente la possibilità per l'amministrazione di annullare d'ufficio entro un termine ragionevole il provvedimento illegittimo, ai sensi dell'art. 21 octies, l. n. 241/90, la riforma dispone che l'amministrazione può annullare un proprio atto illegittimo solo nella misura in

cui l'illegittimità non rientri tra quelle enunciate dall'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/90. Pertanto, cosi come il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti o per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento nei casi di cui al citato art. 21 octies, l. n. 241/90, non è annullabile in sede giurisdizionale, analogamente non è suscettibile di essere annullato in via di autotutela. Dunque, con il nuovo inciso introdotto dalla legge n. 164/2014 all'art. 21 nonies, l. n. 241/90, si priva l'amministrazione della possibilità di eliminare ab initio un provvedimento assunto in modo illegittimo.

Minime considerazioni devono essere rivolte anche al provvedimento di convalida, benché non direttamente interessato dalla novella. La portata innovativa introdotta dalla legge n. 164/14 sull'art. 21 nonies, l. n. 241/90, sembra suscettibile di espandersi anche alla disciplina prevista dal comma 2, nella misura in cui si ritenga che l'esercizio del potere di convalida sia strettamente connesso al potere di annullamento d'ufficio. L'eliminazione dei casi di cui all'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/90, dal catalogo dei vizi che fondano il potere di annullamento d'ufficio, sembra quindi doversi applicare anche alla disciplina della convalida. Pertanto tutti i provvedimenti di cui al comma 2 dell'art. 21 octies, l. n. 241/90, non saranno suscettibili di convalida.

Dunque, in virtù dei principi esposti, nonché delle considerazioni finora svolte, appare, ictu oculi, come la modifica normativa, nel suo insieme, sembri tesa a rafforzare la posizione del privato nei rapporti con l'amministrazione, limitando rispetto al passato le ipotesi nelle quali il provvedimento possa essere sottoposto ad autotutela. È pur vero che la novella delimita, restringendola, la casistica dell'azionabilità dell'autotutela ma essa si rivela sempre il rimedio più utile ed efficace innanzi all'illegittimità ed inopportunità dell'azione amministrativa, consentendo alla stessa amministrazione di intervenire sugli effetti della propria attività provvedimentale, quando la stessa viene riconosciuta viziata, irregolare o comunque incoerente con l'interesse pubblico alla cui cura risulta preordinata la funzione esercitata. Non solo, la podestà in esame, oltre a permettere la tempestiva correzioni di errori ed a restituire correttezza e legalità all'attività amministrativa svolta precedentemente, consente di perseguire al contempo, gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica (evitando o quanto meno riducendo le pretese risarcitorie dei privati), della deflazione del contenzioso e una tutela più pregnante e satisfattiva degli interessi legittimi dei privati.

L'indennizzo nella revoca degli atti amministrativi

Avv. Ester Daina*

Sommario: 1. La revoca nella legge n.15/05.- 2. Revoca e pregiudizio: il ristoro degli interessati 3. L'indennizzo e la responsabilità da atto lecito. Indennizzo e risarcimento:un quid minus ? 4. Sui criteri di determinazione dell'indennizzo.

1. La revoca nella legge n. 15/2005

La disciplina della revoca del provvedimento amministrativo, introdotta all'art.21 quinquies della legge 11.02.2005, n. 15, che modifica ed integra la legge n. 7.08.1990 n. 241, stimola talune considerazioni in ordine alla previsione dell'indennizzo dovuto dall'amministrazione al privato pregiudicato dal provvedimento di autotutela, le quali implicano un sia pur breve richiamo dei peculiari caratteri dell'istituto della revoca, che emergono dalla normazione citata. Non può, infatti, non rilevarsi come la recente codificazione di un istituto classico del diritto amministrativo come la revoca, ha il merito di recepire, nell'ambito dei contenuti complessivi della disciplina introdotta, tanto le suggestioni derivanti dalle molteplici e autorevoli riflessioni dottrinali svoltesi nel tempo, quanto quelle emergenti dai più significativi orientamenti giurisprudenziali aventi ad oggetto i caratteri essenziali dell'istituto. Per quanto concerne il primo punto, va evidenziato - in termini di massima e al di là di tutte le opzioni dottrinali dipanatesi nel tempo - che le diversità di concezioni che hanno caratterizzato il progredire degli studi dedicati alla revoca, e la diversità dei punti di vista dei vari esponenti della dottrina, sono risultate, tuttavia, in parte superate nelle più recenti ricostruzioni, che hanno posto essenzialmente in risalto, la sua caratterizzazione inerente al fatto di operare, piuttosto che su atti e provvedimenti pregressi, sugli effetti prodotti da quelli, tra loro, ad efficacia durevole (ovvero da quelli ad efficacia istantanea non ancora portati a esecuzione).

In proposito, la giurisprudenza, invece, in linea di massima, sembra essersi orientata nel senso di una considerazione in fatto unificante, di revoca e annullamento. A parte, invero, la innegabile e oggettiva diversificazione in ordine alla decorrenza (che, come è noto, non può non essere diversa nell'annullamento, rispetto alla revoca), tutto sommato, tanto per quanto concerne l'obbligo di motivazione (particolarmente pregante in entrambi i casi, trattandosi di provvedimenti di secondo grado, che operano, cioè, su atti precedenti, per rimuovere i quali occorre allegare ragioni calzanti, da ostendere nella motivazione), quanto in relazione all'obbligo di attivare un apposito procedimento, il cui avvio va comunicato ai soggetti interessati a vario titolo, la giurisprudenza ha enunciato principi non dissimili nell'un caso e nell'altro.

Dopo anni di elaborazione pretoria, sembra che, l'implicita ed indubitabile valorizzazione dell'istituto della revoca, e la sua espressa e puntuale definizione normativa confermino la tesi [1] circa la rilevanza della revoca sul piano della teoria generale del potere amministrativo, atteso che la revocabilità costituisce carattere qualificatorio del provvedimento amministrativo discrezionale, garantendone la costante rispondenza alle ragioni di interesse pubblico.

Ed invero, così come codificata dall'art. 21 quinuies della legge n. 15/05, la revoca[2] amministrativa appare come un atto amministrativo di 2° grado (avente ad oggetto, cioè, un precedente atto amministrativo), con il quale viene ritirato, con efficacia non

retroattiva (ex nunc, cioè "da ora, da questo momento"), un atto amministrativo "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" (art. 21 quinquies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005). La pubblica amministrazione può dare luogo alla revoca di un atto affetto da vizi di merito, sempre in presenza del presupposto fondamentale del pubblico interesse.

A differenza dell'annullamento dell'atto amministrativo, che ha come presupposto vizi di legittimità (violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza relativa), la revoca può intervenire su atti viziati nel merito, cioè divenuti inopportuni rispetto alla tutela dell'interesse pubblico che quell'atto amministrativo deve perseguire, oppure valutati come inopportuni a seguito di una successiva valutazione dei vari interessi coinvolti dall'atto stesso. L'art. 21 quinquies , riferisce, dunque, come in passato, la figura della revoca ai provvedimenti ad efficacia durevole, e contestualmente enumera i presupposti che possono giustificare l'esercizio del potere di revoca, individuandoli come segue: a) sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) mutamento della situazione di fatto; c) nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Per quanto concerne la tipologia di atti e provvedimenti nei confronti dei quali sia esercitatile la revoca, non si fa menzione degli atti ad efficacia istantanea non ancora eseguiti, di tal che, al cospetto di una disciplina normativa con apparente pretesa di completezza, spontaneo sorge il dubbio se, ancora oggi, possano ritenersi revocabili detti tipi di atti e provvedimenti, poiché chiaramente la norma parla solo di atti ad efficacia durevole. L'omessa menzione di siffatta tipologia di atti non sembra, peraltro, una ragione sufficiente per concludere nel senso dell'esclusione della revocabilità degli stessi (anche se, forse più correttamente, potrebbe parlarsi al riguardo di mero ritiro). Ragioni di ordine squisitamente logico da un lato, e di opportunità dall'altro, sconsigliano una conclusione siffatta, che apparirebbe frettolosa.

Infatti, sotto il primo profilo è facile argomentare, invero, che, se la costruzione della revoca è orientata nel senso di arrestare la produzione degli effetti di determinazioni amministrative, a partire da un determinato momento (fermi restando gli effetti già prodotti, che rimangono intangibili), in un certo senso, a maggior ragione, se l'atto, sia pure ad efficacia non durevole, o addirittura istantaneo, non ha avuto ancora nemmeno un principio di esecuzione (e anche nell'ipotesi che l'esecuzione sia iniziata ma non portata a compimento, allorquando siano reversibili i limitati effetti prodotti dalla parziale esecuzione), deve ritenersi consentito bloccarne gli effetti ab origine ove sussistano i presupposti per un ripensamento dell'amministrazione che li aveva adottati. Sotto il profilo, poi, dell'opportunità di seguire un'interpretazione utilitaristica e ragionevole della norma, si ritiene che non consentire la revocabilità degli atti ad efficacia istantanea allorquando essi appaiono errati, ad un riesame compiuto nell'immediatezza della loro emissione (come nel caso di un ordine che

subito dopo essere stato impartito, ancor prima dell'esecuzione, appaia mal dato o inopportuno o intempestivo, o prematuro, ecc.), parrebbe controproducente e irragionevole.

2. Revoca e pregiudizio: il ristoro degli interessati

La più significativa innovazione, introdotta dalla novella di cui alla legge n. 15/05, rispetto al preesistente regime giurisprudenziale della revoca è senz'altro costituita dalla previsione dell'obbligo dell'amministrazione di indennizzare "i soggetti direttamente interessati" che abbiano eventualmente subito pregiudizi dall'intervenuta revoca. E' questa, senz'altro, l'autentica novità arrecata dalla disciplina legale in esame rispetto alla situazione pregressa, che non contemplava alcuna forma di ristoro, indennizzo o risarcimento dei pregiudizi arrecati dalla revoca. Ma, poiché l'intero sistema dell'ordinamento amministrativo si è mosso, per gradi, a partire dal 1992[3], nella direzione della risarcibilità anche di posizioni considerate deboli, quali gli interessi legittimi, ovvero i diritti affievoliti, o gli interessi giuridicamente rilevanti, evidentemente non poteva la riforma legislativa della revoca ignorare la produzione di danni o pregiudizi, derivanti dall'emissione di consimili provvedimenti di secondo grado. Per tale ragione è stata introdotta la previsione normativa dell'indennizzo dei medesimi.

L'art. 21 quinquies, sul punto stabilisce che "…….Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

La disposizione in parola indirettamente conferma che la revoca, specie nel caso in cui venga adottata dopo un lungo lasso di tempo, presuppone una adeguata valutazione dell'interesse pubblico, il quale va comparato con l'interesse del privato; non solo, ma laddove la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Proprio l'introduzione dell'obbligo di indennizzo costituisce- come già detto- l'aspetto più innovatore della disciplina così come normativizzata e, che, ha posto e pone una serie di problemi interpretativi che attengono alla struttura complessiva dell'istituto. Coevo, infatti, alla novella legislativa il dibattito sulla natura, sui presupposti e criteri dell'istituto da tempo presente nel nostro ordinamento in frangenti e fattispecie differenti e, ora, previsto nell'ambito dei poteri di autotutela della PA (il riferimento riguarda essenzialmente all'istituto dell'indennità in materia espropriativa.)

La formulazione della disposizione in discorso potrebbe indurre a ritenere che, previo pagamento di un "indennizzo", la P.A. possa in qualunque momento revocare i propri provvedimenti. Tuttavia, sembra più corretto ritenere che la previsione

dell'indennizzo, se attenua la considerazione dell'interesse del privato, non possa del tutto annullarla. Si pensi ad es. al caso della revoca di una concessione edilizia; se questa è disposta nel corso dell'esecuzione delle opere, l'indennizzo può attenuare la considerazione dell'interesse del privato; nel caso invece in cui avvenga dopo l'esecuzione integrale delle opere, non sembra che la previsione di un indennizzo possa esimere l'amministrazione dal valutare congruamente il grave sacrificio imposto al privato. E' evidente, del resto, che in termini sistematici il limite naturale tanto del potere di revoca quanto di quello di annullamento di ufficio è costituito dal legittimo affidamento formatosi in capo al destinatario del provvedimento oggetto di autotutela sulla presumibile stabilità del provvedimento medesimo. Non si può, anzi, escludere che proprio lo stretto collegamento che l'art. 21 quinquies introduce tra il pregiudizio subito dai soggetti direttamente interessati, in quanto evidentemente lesi nel loro legittimo affidamento, e, l'obbligo di indennizzo, costituisca proprio il punto di equilibrio tra il pubblico interesse sotteso alla revoca e l'interesse privato alla conservazione di un atto sulla cui stabilità era stato riposto un giustificato affidamento. Va subito rilevato che, quanto all'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali va disposto il ristoro dei pregiudizi arrecati dalla revoca, la legge fa riferimento ai (soli) soggetti direttamente interessati. L'espressione è relativamente generica, poiché, se può immaginarsi che il legislatore pensasse esclusivamente al destinatario del provvedimento revocato, l'espressione usata sembra tale da non escludere dall'ambito dei soggetti indennizzabili soggetti che non siano sicuramente definibili come destinatari. La ragione può ravvisarsi innanzi tutto nel fatto che, se ordinariamente il provvedimento prevede soggetti ben definiti (come nel caso di una concessione o autorizzazione) in non pochi altri casi sono vari i soggetti che risultano interessati, in maniera diretta o indiretta, a vario titolo, alla produzione di effetti duraturi nel tempo, di un determinato provvedimento. Tuttavia, nonostante la superiore notazione, e la dizione generica usata dal legislatore - soggetti interessati - sembra poco probabile (seppur non condivisibile) che nell'ipotesi in cui vengano a cessare detti effetti in conseguenza della revoca del provvedimento disposta dall'ente pubblico che lo aveva posto in essere, per legge questo sarà tenuto ad indennizzare soltanto, fra essi, gli interessati diretti . Invece non potranno beneficiare di alcuna forma di ristoro coloro che solo in via riflessa risentono delle conseguenze della revoca.[4]

Peraltro, non può del pari ignorarsi che la disposizione normativa testè citata, nel descrivere l'impianto funzionale della revoca non individua, né prevede alcun limite temporale all'esercizio dello jus poenitendi, nessuno sbarramento oltre il quale l'autotutela possa essere preclusa.

Ed è proprio la mancata previsione di un termine ragionevole entro cui necessariamente esercitare il potere di revoca che induce a ritenere che la previsione dell'indennizzo sia finalizzata, per così dire, a neutralizzare una più forte lesione dell'affidamento quale è quella costituita da una revoca senza limiti temporali, laddove

la tutela dell'affidamento trova proprio nel decorso del tempo uno dei suoi parametri più rilevanti.

Lo scrutinio dell'indennizzo, nel complesso degli elementi strutturali del provvedimento di autotutela che inibisce il perdurare degli effetti di un atto ad efficacia durevole, rispetto al quale, attesa la sua legittimità, il destinatario abbia una ragionevole aspettativa di stabilità, postula una disamina ben più complessa di quanto non comporti il mero accertamento di tutti gli altri presupposti indicati dall'art. 21 quinquies vale a dire delle ipotesi di sopravvenienza e rivalutazione dell'interesse pubblico. Appare in proposito, non contestabile la rilevanza di principi fondanti l'azione amministrativa quali la ragionevolezza, la proporzionalità e l'economicità In effetti, una ponderazione ragionevole, proporzionata e rispettosa del principio di economicità non può ignorare la trilateralità degli interessi coinvolti: difatti, accanto all'interesse pubblico che sorregge la revoca e l'interesse privato alla stabilità del provvedimento, sussiste un terzo interesse, anch'esso pubblico, che l'obbligo di indennizzo rende di immediata evidenza, vale a dire l'interesse connesso all'esborso del denaro pubblico. E non può non rilevarsi, che anche in tale frangente, l'incidenza dell'indennizzo sulle casse erariali è necessariamente correlata alla rilevanza ordinamentale da attribuirsi al principio di affidamento, rilevanza che non può non riflettersi sul valore economico riferibile alla sua lesione.

E' ben noto, infatti, che oggi anche il principio dell'affidamento in quanto principio comunitario è stato codificato come principio dell'azione amministrativa ex art. 1 della legge sul procedimento, ed esso assume nella disciplina positiva della novella revoca una rilevanza di non poco conto laddove viene in gioco non solo quale elemento di valutazione della legittimità della revoca stessa ma quale parametro di valutazione ai fini della quantificazione dell'indennizzo medesimo. In proposito non può sottacersi il rilievo assunto dalla tutela dell'affidamento, che appare ancor più marcato in una diretta prospettiva comunitaria. La giurisprudenza della Corte di giustizia, non distingue infatti, tra annullamento di ufficio e revoca , bensì tra revoca ex tunc di provvedimenti illegittimi e revoca ex nunc di provvedimenti (legittimi ma) inopportuni a causa di sopravvenienze fattuali e normative .

I giudici comunitari, ammettono, dunque, la sola revoca (di atto legittimo ma inopportuno) per sopravvenienza. e, soprattutto, la ammettono a condizione che sia frutto di una comparazione adeguata (e adeguatamente esternata) tra l'interesse generale e il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto revocando, a condizione cioè che la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento vengano sacrificate solo laddove ciò appaia strettamente conforme ai principi di ragionevolezza e, in particolare, di proporzionalità.[5] Pertanto, i principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di revoca vanno oggi necessariamente rivisitati nella loro incidenza rispetto al diritto nazionale alla luce dell'introduzione dell'obbligo

dell'indennizzo, onde la legittimità della revoca deve necessariamente essere valutata attraverso l'esame e la giusta considerazione dell'affidamento leso. In particolare, se l'indennizzo vale a compensare la mancata tutela dell'affidamento, è evidente che la previsione e la misura dell'indennizzo non possono non entrare nella ponderazione degli interessi che presiede all'esercizio del potere di revoca, senza tuttavia costituire elemento imprescindibile e predeterminato ai fini della legittimità dell'atto di revoca.[6] Difatti, pur ritenendosi, che la definizione dell'indennizzo quale pretium doloris concorra a determinare la legittimità dello stesso provvedimento di autotutela, nondimeno appare non aderente al dato letterale la elencazione di siffatto elemento quale elemento necessario per l'esercizio dello jus poenitendi, che deve essere anche valutato sulla scorta di altri elementi (mutata situazione di fatto, nuova valutazione di opportunità, non attuale corrispondenza all'interesse pubblico..etc.).

Sicchè un corretto esercizio del potere di revoca postula non solo la verifica della sussistenza in concreto di un pubblico interesse atteggiato nelle forme della sopravvenienza o dello jus poenitendi, ma anche della compiuta ponderazione degli interessi contrapposti alla luce dei principi di ragionevolezza, economicità e proporzionalità e tutela dell'affidamento, che si traduca in un motivato giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico, che sorregge la revoca, rispetto tanto all'interesse pubblico connesso alla misura dell'esborso quanto all'interesse privato che pretende che tale esborso sia proporzionato alla rilevanza giuridica accordata alla tutela dell'affidamento. [7]

2. L'indennizzo e la responsabilità da atto lecito. Indennizzo e risarcimento un quid minus?

Alla luce della disposizione normativa, secondo cui laddove l'amministrazione proceda alla revoca di un proprio provvedimento la stessa debba corrispondere al privato pregiudicato un indennizzo, si pone il problema della determinazione dei criteri in base ai quali debba essere computato il detto indennizzo, ovvero, ancor prima di quale sia la natura di siffatta "responsabilità" considerato che la pubblica amministrazione in tali frangenti esercita un potere espressamente attribuitole dalla legge , anzi, impostole dalla legge laddove la revoca si concretizzi in un atto dovuto in quanto opportuno e necessario. La problematica, di non poco conto, involge l'istituto della responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione, nonchè il rapporto tra tutela risarcitoria e indennitaria, che da sempre, con riferimento a fattispecie differenti dalla presente, occupa la dottrina e la giurisprudenza specie nella individuazione della differente (o no?) natura giuridica ovvero dei criteri di valutazione della stessa nonché dei criteri di quantificazione.[8]

Sembra potersi in proposito affermare, che i temi critici oggetto di infinite dispute e orientamenti restino sempre "tali", riproponendosi nel corso degli anni magari sotto diverse prospettive connesse alla mutata situazione socio culturale ma pur sempre riconducibile al medesimo tema di dibattito (di immediato riferimento la questione in

tema di espropriazione legittima o illecita con refluenze sulla natura dell'indennizzo o risarcimento..etc.) Peraltro, l'individuazione della natura dell' "indennizzo" quale conseguenza di un comportamento lecito della pubblica amministrazione, ma, soprattutto, il rapporto tra lo stesso ed il "risarcimento", refluisce in modo non indifferente nella qualificazione dello stesso petitum, che secondo l'accezione condivisa potrà determinare la "conversione" o meno della domanda proposta innanzi al Giudice.

In altri termini laddove, secondo una tesi minoritaria, tra indennizzo e risarcimento sussisterebbero solo differenze quantitative – dato che in entrambi i casi si chiederebbe di reintegrare, seppur in differente misura, la situazione patrimoniale di un soggetto a causa del decremento in essa prodotto dall'azione di un terzo- l'eventuale domanda di risarcimento potrebbe essere convertita in domanda indennittaria (sussistendone i presupposti) in quanto ques'ultima "domanda di minor spessore" rispetto a quella risarcitoria.[9]

Viceversa, laddove si ritenga che indennizzo e risarcimento del danno sarebbero fenomeni del tutto distinti ed irriducibili ad unità sotto il profilo sostanziale e processuale[10], non risulterebbe ammissibile una conversione della domanda risarcitoria in indennitaria se non espressamente richiesta seppur in subordine Ora, pur affermandosi la "validità" e "suggestività" di entrambe le tesi supportate da riferimenti logico giuridici [11] di particolare interesse, pare che, in realtà, anche in ragione forse della poco chiara dizione legislativa così come novellata (alcuni ritengono che il legislatore con la legge n. 15/05 abbia perso una buona occasione di apportare chiarimenti), una posizione assoluta non possa essere assunta.

Difatti, si reputa necessario, in via preliminare, sottolineare, prima ancora di asseverare una tesi piuttosto che un'altra, una circostanza che nel frangente non risulta di poco conto, e da cui discendono non poche conseguenze: tanto la responsabilità aquiliana, quanto il danno per culpa in contraendo conseguenti, per esempio, alla mancata conclusione del procedimento ad evidenza pubblica postulano, comunque, la sussistenza di un profilo di illegittimità/illiceità nella condotta della PA, secondo una diversificazione in ragione del suo riferirsi allo specifico atto revocato ovvero all'inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e buona fede, che si sono tradotti nell'ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nei soggetti destinatari dell'atto revocando; diversamente, attraverso una sorta di progressiva neutralizzazione di ogni profilo colposo e di tendenziale oggettivizzazione della rilevanza del danno, il modello indennitario tratteggiato dal novello art. 21 quinquies delinea una fattispecie (riconducibile al modello dogmatico della responsabilità da atto lecito dannoso) in cui l'atto di revoca rileva di per sé quale fattore cui conseguono risvolti patrimoniali a carico della PA in relazione agli eventuali pregiudizi che dovessero verificarsi a carico degli amministrati al di fuori, non solo, di qualsivoglia

profilo di illegittimità intrinseca del provvedimento, ma, anche, indipendentemente da ogni concreto profilo dei canoni comportamentali di correttezza e buona fede.

E tale circostanza non può essere ignorata quando si ritiene di potere assimilare negli elementi costitutivi l'istituto dell'indennizzo con quello del risarcimento, e, dunque, ipso iure, convertire la domanda risarcitoria in quella indennitaria sulla base di un rapporto di continenza. E ciò non perché, come sostenuto da giurisprudenza recente, [12]l' indennizzo va configurato quale un quid minus rispetto al risarcimento (in questo senso non può condividersi la definizione, contenuta nella citata sentenza n. 300/2006 del T.A.R. Trento, della richiesta dell'indennizzo come "domanda di minor spessore" rispetto a quella risarcitoria, se non nell'accezione puramente processuale, che sembra l'unica ad avere in effetti ispirato tale affermazione, di ritenere possibile la conversione della richiesta di risarcimento connessa alla domanda di annullamento del provvedimento lesivo, in richiesta di indennizzo per l'ipotesi di rigetto della domanda annullatoria, onde sul piano processuale sarebbe ravvisabile tra le due domande un rapporto di continenza tale da evitare il vizio di ultrapetizione), quanto per la circostanza innegabile che l'operatività dei due istituti è collegata a presupposti differenti (si pensi ai criteri di operatività del 2043 cc..) seppur riconducibili a quell'unico condiviso elemento del danno (rectiius nella revoca pregiudizio) provocato al privato. Il danno risarcibile/indennizzabile, tuttavia, mentre nel primo caso è indiscutibilmente connesso all'inverarsi – tra gli altri elementi - di un comportamento almeno colposo della PA, nel secondo caso è riconnesso al solo fatto oggettivo del pregiudizio determinato in capo al privato per effetto (appunto) di un comportamento esente da qualsiasi forma di colpa in capo alla PA.

Ciò peraltro non smentisce quella dottrina che ha indagato intorno al problema della responsabilità da atto lecito nel diritto pubblico, concludendo che, in merito alla quantificazione dell'indennizzo spettante alla parte che abbia subìto un pregiudizio per effetto della revoca di un provvedimento amministrativo, tanto il risarcimento che l'indennizzo hanno funzione compensativa di un pregiudizio cagionato dal soggetto (pubblico) che vi è tenuto (in questo senso, sulla comune funzione compensativa di indennizzo e risarcimento, T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sentenza n. 300/2006, cit.): con l'unica differenza che mentre il primo discende da un atto illecito, il secondo è la conseguenza del c.d. atto lecito dannoso.Tal chè come argomenta la richiamata dottrina, l'unica differenza risiede nella tecnica di compensazione del pregiudizio: il potere accordato all'amministrazione di sacrificare la posizione soggettiva del privato esclude che quest'ultimo possa essere risarcito in forma specifica (a causa della impossibilità della ricostituzione di tale posizione perché contrastante con l'interesse pubblico), ma non esclude, ed anzi impone, che esso venga soddisfatto attraverso la corresponsione del suo equivalente economico. La considerazione che l'elemento discretivo dell'indennizzo, rispetto al risarcimento, non sia l'ammontare (inferiore), ma una tecnica di tutela compensativa resa necessaria dalla natura della fattispecie e del pregiudizio (che lascia però impregiudicato il valore da riparare), lo si ricava, secondo l'orientamento in parola, in maniera incontestabile

dal disposto dell'art. 1017 cod. civ.: laddove, di fronte ad una chiara fattispecie di illecito che ha cagionato il danno, consistente nel perimento per colpa o dolo della cosa soggetta ad usufrutto, il legislatore prevede non un risarcimento, ma un'indennità, proprio per l'impossibilità di riparare il danno se non per equivalente monetario.[13]

4. Sui caratteri di determinazione dell'indennizzo.

Sui limiti dell'indennizzo il richiamato indirizzo, ormai ultraquarantennale, che poggia tra l'altro sulla contestazione della nota tesi civilistica secondo cui l'indennizzo coprirebbe il solo danno emergente e non anche il lucro cessante (tesi, quest'ultima, cui continua ad aderire, pur dopo l'entrata in vigore del decreto-legge 7/2007, la sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 giugno 2007, n. 744), ha trovato di recente una significativa conferma sul piano del diritto positivo nel testo del comma 1-bis, aggiunto (dal citato decreto-legge n. 7/2007) all'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990. La previsione dell'esclusione del danno emergente dalla quantificazione dell'indennizzo spettante per la revoca di provvedimenti da cui siano sorti rapporti negoziali sembrerebbe avere il significato sistematico della conferma, a contrario, della inclusione di tale componente di pregiudizio nella generale previsione della indennizzabilità della revoca dei provvedimenti amministrativi non collegati a negozi giuridici.

Ed invero, il "nuovo" comma 1 bis dell'art. 21 - quinquies della legge n. 241/1990 [14](comma aggiunto dall'articolo 11, comma 4, decreto-legge n. 7 del 2007, convertito dalla legge n. 40 del 2 aprile 2007) prescrive che "ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea di cui al comma 1 incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".

In ordine a tale disposto normativo, preliminarmente non si può fare a meno di osservare che, testualmente, quanto alla portata della revoca, si fa riferimento, ora, non soltanto agli atti ad efficacia durevole, bensì anche agli atti ad efficacia istantanea (quasi in risposta alle osservazioni di cui sopra relativamente, appunto, alla possibilità teorica che la revoca possa interessare anche siffatta categoria di atti amministrativi). Il legislatore prende atto, insomma, che, quanto meno teoricamente e, comunque, sotto il profilo applicativo può accadere che anche atti ad efficacia istantanea vengano ritirati mediante revoca, con la conseguente astratta insorgenza del diritto all'indennizzo da parte dei soggetti interessati. Infine, pur non ammettendo di rilevare come l'argomento suggerisca tanti altri profili di trattazione, si può considerare che l'istituto in esame, così come positivamente disciplinato dalla recente novella normativa, ha senz'altro avuto il pregio di disciplinare un materia ormai da

anni regolamentata dalla prassi e dalla esperienza giurisprudenziali, introducendo, peraltro, elementi di novità di non poco conto (l'indennizzo a favore dei soggetti pregiudicati), frutto e conseguenza dell'esperienza comunitaria nonché di maturazione civile coerente e coeva al graduale affermarsi del processo di coordinamento e armonizzazione nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini.

E' evidente che, come per tutte le innovazioni legislative, l'unico vero banco di prova – al di là delle varie dissertazioni teoriche e dottrinali- sulla efficacia e bontà o meno dell'istituto vedrà affidato l'esito di ogni valutazione solo dal tempo e dalla concreta applicazione che dello stesso sarà fatta dall'amministrazione così come pure concretamente interpretato dalla giurisprudenza di merito, la cui interpretazione non mancherà di definirne gli effettivi lineamenti.

* Università degli Studi di Palermo, Dipartimento DETA diritto Pubblico – Amministrativo.

[1] F.Benvenuti- Autotutela (Diritto Amministrativo), in Enc. Dir., IV, Milano, 1959, pagg.542 e ss.

[2] Alessandra Susca L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 15/80 e n. 80/05- in Collana diretta da Francesco Caringella e Giuseppe De Marzo- Giuffrè Editore 2006 pagg. 404 e ss.; Vedi anche contributi V. Cerulli Irelli Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa:Un primo commento alla legge n.15/05 , in www.astrid.it; A. Romano Tassone Prime osservazioni sulla legge di riforma l.241/90, in www.giustam.it

[3] Risale al 1992, come è noto, la prima previsione normativa del risarcimento del danno arrecato dalla violazione di norme comunitarie o nazionali di recepimento (mediante l'emissione di atti illegittimi), limitatamente alla materia dei pubblici appalti (art. 13 della legge n. 142 del 1992). È altrettanto noto che i passaggi successivi sono costituiti dagli artt. 33-35 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dalla nota sentenza delle S.U. n. 500 del 29 luglio 1999, dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205, e dalla giurisprudenza, anche costituzionale, successiva.

[4] In tal senso Italo Franco in Manuale di diritto Amministrativo – IPSOA- pag. 393 e ss.

[5] La giurisprudenza comunitaria in tema di revoca (di atti sia legittimi che illegittimi) è ricostruita (a far data dalla sentenza della C.Giustizia 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, Algera e altri c.Assemblea comune in Racc 1957, pag. 81) da A.Esposito, La revoca degli atti amministravi comunitari , in www.iussit.it - Del legittimo affidamento quale principale argine di revocabilità in sede comunitaria di provvedimenti illegittimi si occupa A. Damato, Revoca di decisione illegittima e

legittimo affidamento nel diritto comunitario, in Diritto dell'Unione Europea, 1999, pag. 299.

[6] Secondo illustre dottrina: il dato sistematico e nel senso che la previsione e la misura dell'indennizzo costituiscono parametri predeterminati per la legittimità della revoca. Ernesto Sticchi Damiani, in Foro Amministrativo, vol. V- aprile 2006- pagg.1555 e ss.

[7] . Ernesto Sticchi Damiani, in Foro Amministrativo, TAR vol. V- aprile 2006- pagg.1556 1557

[8] Fra i contributi generali vedi G. Torregrossa Il problema delle responsabilità da atto lecito, Milano 1964; R. Scognamiglio, Indennità (dir.privato), Enc.dir. XXI, 1971 Milano,, pagg,99 ss.; G. Manfredi , Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo, Torino 2003.

[9] G.Manfredi, Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo, Torino 2003 pagg. 117 e ss secondo il quale l'indennità sarebbe un'alternativa rimediale al risarcimento, trovando applicazione in luogo del risarcimento in tutti i casi in cui il legislatore ritenga di dover predisporre una qualche riparazione del pregiudizio, escludendo tuttavia il rimedio del risarcimento; di recente Cfr TAR Trentino Alto Adige, sez. trento, n. 300/06.

[10] R.Scognamiglio, voce Indennità (dir.privato), in Enc.dir. XXI, 1971, pagg,593 ss.;A. Pabusa voce Indennità ed indennizzo in Dig. Disc. Pubb., VIII,Torino 1983, pagg.223 e ss.

[11] Vedi bibliografia note 3 e 4

[12] TAR Trento sez. Trentino Alto Adige n. 300/06

[13] TAR Sicilia Palermo sez. II , n 1575/07

[14] Il testo del ddl recante "Modifiche e integrazioni della legge 7 agosto 1990, n. 241. Norme generali sull'azione amministrativa", è stato originariamente approvato dal Consiglio dei Ministri del 7 marzo 2002 su di esso v. V. Cerulli Irelli, Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione in http://www.lexitalia.it/articoli/cerulli-irelli_riformapa.htm Vedi anche il disegno di legge presentato nel corso della precedente legislatura (testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 novembre 1999), contenente norme in materia di semplificazione, in http://www.lexitalia.it/leggi/ddl_semplificazione99.htm; per un commento di questo primo ddl v. G. Virga, Prime considerazioni sulle modifiche che il d.d.l. approvato dal C.d.M. il 15.11.1999 intende apportare alla legge n. 241/90, pag. http://www.lexitalia.it/articoli/virgag_modifiche241.htm.

Anno di pubblicazione: 2008. **di Marzia De Donno**

Ricercatrice di Diritto amministrativo

Università degli studi di Ferrara

Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati

Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati *

di Marzia De Donno

Ricercatrice di Diritto amministrativo

Università degli studi di Ferrara

Sommario: 1. Premessa. Evoluzione dell'amministrazione per accordi e nuove prospettive per il principio di consensualità. – 2. Gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati: alla ricerca di una definizione. – 3. Gli accordi normativi negli altri ordinamenti. Uno sguardo comparato. – 4. Sulla possibilità giuridica degli accordi normativi: il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo – 5. Gli accordi normativi atipici. Ovvero sull'efficacia e sulla vincolatività degli accordi normativi in assenza di una norma-base. – 6. Gli accordi normativi tipici nella legislazione di settore. – 7. Sulla possibile disciplina degli accordi normativi. – 7.1. Forma, motivazione e causa. – 7.2. Effetti, validità ed esecuzione. L'oggetto, il rapporto e il procedimento. – 7.2.1. Mancata esecuzione delle clausole contrattuali. – 7.2.2. Clausole normative, poteri di modifica unilaterale dell'amministrazione e tutela del terzo. – 8. Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa. Evoluzione dell'amministrazione per accordi e nuove prospettive per il principio di consensualità

«Il diritto pubblico è la celebrazione della finzione che avvolge i rapporti e il gioco delle parti nello spazio», e le sue figure «sono il frutto di conciliazioni forzate tra elementi antinomici, i quali, secondo la loro natura e i loro originari significati, resterebbero volentieri l'uno di fronte all'altro, come esseri che non si comprendono perché appartengono ad ordini ed epoche differenti».

L'efficace rappresentazione delle "antinomie del diritto pubblico" di G. Berti ben si presta a descrivere anche l'evoluzione del principio di consensualità nell'azione amministrativa, principio, oggi, definitivamente scolpito nell'art. 11 della l. n. 241/1990. Riconoscere la negoziabilità del potere pubblico ha richiesto infatti di

soverchiare assiomi tradizionali e di abbandonare la concezione di una p.a. assoluta e monolitica, autoritaria ed imperativa: l'entrata in vigore della l. n. 241 e, con essa, dell'art. 11, è il frutto di una lunga e lenta evoluzione, da salutare con estremo favore2.

All'inizio, com'è noto, il diritto pubblico fu pensato e spiegato come un grande rapporto di subordinazione, come negazione di rapporti paritari tra lo Stato e i singoli, secondo una chiara, univoca ed ordinata immagine gerarchizzante, in cui l'imperium, infuso nella nuova entità sovrana, si diffondeva indistintamente e secondo una direzione verticistica su tutti i sudditi. Ciò corrispondeva alle esigenze dei tempi contro la vocazione profonda alla lotta politica ed all'atteggiamento diffuso di sopraffazione tra classi, che resero necessari nuovi strumenti di pacificazione, nei quali la volontà dello Stato assoluto e di polizia si propagava mediante atti iure imperii, slegati dal rispetto di regole giuridiche, a mantenimento di un ritrovato ed irrinunciabile ordine pubblico. Per ideare e consacrare il nuovo Stato di diritto, si dovette, poi, piegare la pervasiva autorità del soggetto pubblico alla proclamata libertà civile del singolo, e mentre il diritto pubblico, espresso ora in atti unilaterali, si faceva forma giuridica a garanzia dell'individuo e controllo del potere, la figura del contratto riemergeva progressivamente, presentandosi come lo strumento migliore per superare il conflitto nascente.

Chiusa, poi, definitivamente la fase storica delle grandi guerre, l'avvento della società pluriclasse, l'introduzione del suffragio universale e diretto e l'attuazione del principio democratico mutarono ancora una volta il quadro di riferimento per il diritto pubblico. La fusione nella Costituzione di elementi propri dello Stato di diritto e tratti del nuovo Stato sociale trasformò il singolo da mero utente dei servizi dell'amministrazione a cittadino, partecipe e corresponsabile del benessere della collettività, pronto a cooperare all'attività amministrativa. E il suo apporto diveniva essenziale per la stessa realizzazione dell'interesse pubblico.

Per cogliere, allora, l'esistenza di nuovi moduli consensuali nell'azione amministrativa, occorreva parlare anche dei caratteri propri del potere pubblico. In un'epoca di profonde trasformazioni sociali, non era più pensabile di «ritirare [l'amministrazione] in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo e dell'atto unilaterale»6. Proprio dalla trasformazione in senso democratico dell'amministrazione dipendeva, invero, la trasformazione dello stesso Stato in senso egualmente

democratico. Il problema di fondo era, dunque, un altro. Era quello della perdurante contrapposizione tra Stato e individuo, che si rifletteva nella gerarchizzazione del rapporto tra pubblica amministrazione e privato. Ed ecco, allora, che la questione della negoziabilità del potere pubblico si innestava più propriamente in quel processo di cambiamento che vede progredire la p.a. dal suo agire autoritativo classico verso pratiche di collaborazione, di concertazione e di consultazione con i cittadini.

E quasi si rovescia la prospettiva: non è più la deducibilità del potere in un'obbligazione ad essere posta in discussione, ma è lo stesso potere, rectius, l'esercizio che del potere era stato fatto fino a quel momento, a raccogliere le maggiori critiche.

Ma il processo di trasformazione del diritto pubblico non si è certamente arrestato e, con esso, neppure il rapporto tra pubblica amministrazione e privato. Oggi, a più di venticinque anni dall'entrata in vigore della Legge sul procedimento amministrativo, anche l'agire per accordi si trova, ancora una volta, al centro di nuovi mutamenti.

Da attuazione ed espressione dello Stato di diritto e dello Stato sociale gli accordi amministrativi sono divenuti, infatti, anche uno strumento che risente ed in un certo qual modo tenta di rispondere alla loro stessa crisi. Da espressione del principio di partecipazione, da istituto necessario per una lettura "costituzionale" dei rapporti tra Stato e cittadino, ricollocato finalmente su un piano di uguaglianza e di pari dignità giuridica, gli accordi amministrativi sono divenuti nel tempo, anzitutto, uno strumento a servizio della logica efficientista dell'amministrazione di risultato, un mezzo necessario per sopperire alle esigenze economiche imposte da una nuova crisi.

Peraltro, la ricerca del dialogo e dell'accordo con il privato viene posta ora anche come un preciso imperativo a tutte le amministrazioni. Ed è un imperativo che proviene, oramai, anche da parte delle organizzazioni internazionali e della stessa Unione europea9. L'attrazione dei capitali privati, unitamente agli sforzi di modernizzazione della pubblica amministrazione, da rendere sempre più "efficace", "semplice", "aperta" e "trasparente", "accountable", divengono ovunque il faro che deve illuminare il cammino delle riforme per contrastare la crisi, garantire la coesione sociale, la competitività delle imprese e la stessa ripresa delle economie nazionali, in Italia così come negli altri Stati europei. E gli strumenti impiegati nell'azione pubblica divengono, non a caso, sempre meno autoritativi e sempre più negoziali.

Già, del resto, nel 2008, il Conseil d'Etat nel suo Rapporto annuale, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, osservava come la pervasiva diffusione dello strumento negoziale, in Francia ma anche presso tutti gli altri partner europei, era il frutto di una crisi del metodo unilaterale che aveva caratterizzato sino a tempi recenti l'azione pubblica.

Non deve allora sorprendere il fatto che il principio di consensualità e l'agire per accordi siano stati ricondotti anche nell'alveo applicativo del principio di buona amministrazione dallo stesso Libro bianco sulla governance europea del 2001. D'altra parte, come pure è stato messo in evidenza, il concetto di buona amministrazione dal nucleo originario sancito nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha acquisito, nel tempo, ulteriori significati ed implicazioni anche di tipo programmatico, nelle quali non si cela una concezione dell'agire amministrativo basata proprio sullo scambio di informazioni, la negoziazione e la cooperazione.

Così, le trasformazioni del diritto pubblico degli ultimi decenni hanno prodotto un definitivo mutamento anche del macro-paradigma statuale corrente, che, non a caso, una parte della dottrina amministrativa europea preferisce ormai descrivere in termini di Stato cooperativo, nel quale attori pubblici e privati partecipano congiuntamente alla formulazione delle politiche pubbliche in ossequio ai principi della buona governance.

Non può dunque che confermare questo trend la recente tendenza delle amministrazioni a rendere disponibili per i privati, mediante la negoziazione, non più soltanto il contenuto puntuale dei provvedimenti amministrativi, ma anche il contenuto precettivo di regolamenti o di atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Com'è intuibile, sono questi mutamenti che, producendo delle alterazioni sulle stesse modalità con cui solitamente si manifesta l'azione pubblica, richiedono un rinnovamento epistemologico delle stesse categorie generali del diritto amministrativo (atto, regolamento, contratto, accordo amministrativo).

L'aspetto singolare di tali mutamenti si apprezza, del resto, nella stessa trasformazione delle modalità di elaborazione delle norme da parte del potere esecutivo. Dall'innesto della negoziazione pubblico-privata all'interno dell'iter regolativo classico gemmano infatti nuovi moduli consensuali, che consacrano definitivamente la compartecipazione dei portatori di interessi alla definizione delle regole giuridiche. Al contempo, va pure detto che tale attività di negoziazione si compendia spesso in prassi informali, svolte in assenza di alcuna disciplina giuridica. Ma – si badi bene – informalità non vuol dire illegalità; né possibilità giuridica coincide con previsione normativa.

Ecco, allora, che il principio di consensualità torna ad essere una parte di un problema più grande, che affligge, oggi, lo Stato di diritto e che conferma la stessa crisi del principio di legalità. Una crisi, questa, della quale in realtà taluni iniziano a dare anche una lettura positiva15, parallelamente all'emergere di un ulteriore e complesso fenomeno, sintetizzato nell'espressione "diritto delle città".

Dinanzi infatti all'incapacità della legge (statale o regionale) di accogliere le pulsioni innovative che emergono dalla società, affiora, per contro, la capacità delle città – delle amministrazioni locali – di saper interpretare i fenomeni e le manifestazioni sociali, attribuendo loro compiuta portata e senso giuridico.

Come scrive J.-B. Auby nell'introduzione alla seconda edizione della sua opera: «Le Droit de nos villes s'accommode d'ailleurs d'une part d'informalité, voire d'illégalité. La preuve en est que, parfois, il récupère en son sein, par une sorte de blanchiment, ce qui pendant un certain temps s'est posé à côté de lui, voire contre lui». Pur senza pretesa di esclusività, e rispetto alle torsioni conservative dell'ordinamento giuridico

dato, le città stanno dunque assumendo «soggettività di innovatori», rifuggendo, talvolta, anche da una conformazione ed una uniformità normative calate dall'alto.

In queste letture, riprende dunque vigore l'autonomia locale, intesa come potere ad ampio spettro degli enti locali di farsi direttamente interpreti degli interessi della comunità di riferimento. Così, ponendo in premessa gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, quasi per un moto di «interiorizzazione», le città sono state in grado di sviluppare e sperimentare anche forme di collaborazione, di partenariato e di negoziazione pubblico-privato avanzate e del tutto innovative.

Ciò detto, la preoccupazione maggiore torna comunque ad investire la crisi del principio di legalità.

Dinanzi infatti a delle prassi che si traducono in nuove fonti di produzione giuridica a carattere consensuale, e che dunque riguardano non solo il singolo rapporto tra p.a. e privato contraente, ma anche la sfera giuridica dei terzi destinatari di una disciplina frutto di una negoziazione tra due, l'esigenza avvertita è quella di tornare a ricondurre tali fattispecie sotto il cappello del diritto. Resta infatti ferma la convinzione che quale che sia la modalità di manifestazione del potere pubblico, essa comunque abbisogna dei saldi sostegni del principio di legalità: e ciò è tanto più vero per le occasioni di esercizio del potere secondo forme consensuali.

Ebbene, la necessaria presa d'atto delle trasformazioni che più di recente stanno caratterizzando il diritto pubblico e l'amministrazione per accordi spinge a chiedersi se il principio di consensualità abbia ormai esaurito le proprie potenzialità o se, al contrario, non si siano effettivamente dischiusi nuovi spazi di applicazione e di riflessione. In questo lavoro, ci proponiamo pertanto di riflettere sulla categoria dei c.d.

accordi normativi, il cui schema – ci sembra – consente di inquadrare più correttamente le forme di negoziazione pubblico-privata del contenuto degli atti normativi.

L'impressione del resto è che mentre nel nostro ordinamento sia stato ampiamente indagato in dottrina il tema degli accordi normativi tra soggetti di diritto pubblico19, manchi, per converso, una compiuta attenzione per questa stessa figura, quando parti siano un'amministrazione ed un privato.

D'altronde, l'abbandono di questa fattispecie andrebbe significativamente individuato nella sua stessa eliminazione dalla trama definitiva della l. n. 241/1990, ancorché essa fosse stata inizialmente prevista nello schema del disegno di legge redatto dalla Commissione Nigro20. Certamente il mancato recepimento potrebbe essere spiegato con argomenti di segno negativo, tesi a contestare la stessa possibilità giuridica di accordi normativi, se conclusi tra soggetti di natura giuridica diversa. Ma forse potrebbe anche essere letto come il semplice rifiuto di un legislatore non ancora

pronto ad ammettere e ad accogliere forme di negoziazione tra pubblica amministrazione e privato aventi ad oggetto il potere normativo.

Nelle pagine che seguono si offriranno pertanto alcune argomentazioni tese a spiegarne anzitutto la loro possibilità giuridica, al fine, in particolare, di verificare se tali moduli negoziali possano essere effettivamente annoverati tra le fonti di produzione del diritto (§§ 2; 3; 4). Passate, dunque, in rassegna alcune fattispecie astrattamente riconducibili alla figura qui proposta (§5; 6), si offrirà un possibile regime giuridico applicabile .

2. Gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati: alla ricerca di una definizione

In dottrina, i pochi riferimenti alla categoria degli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati sono rintracciabili quasi esclusivamente nei commenti ai lavori preparatori della Legge sul procedimento amministrativo. Come noto, con grande rimostranza dei membri della Commissione, questa fattispecie venne espunta dal testo definitivo del d.d.l. 1913/87 dal Consiglio dei Ministri, prima ancora che su di essa potesse pronunciarsi l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato21.

Sulla base delle interpretazioni e delle giustificazioni che di questa fattispecie sono comunque state offerte, è possibile qualificare gli accordi normativi come accordi pubblico-privato sull'esercizio del potere pubblico finalizzato all'emanazione di atti normativi o amministrativi generali.

Diversamente dagli accordi integrativi o sostitutivi, volti a definire il contenuto di un provvedimento amministrativo, gli accordi normativi costituirebbero pertanto una forma negoziata avente ad oggetto «una serie di enunciati normativi, sui quali deve decidere motivatamente l'autorità competente ad emettere la fonte di diritto, valida nell'ordinamento statale». Non si tratterebbe, dunque, tanto «di vincolare preventivamente l'esercizio di potestà amministrative mediante accordi…quanto…dell'esercizio stesso della funzione amministrativa che si realizza nella sua fase progettuale con l'accordo» stesso. Essi pertanto si configurano come «un atto contenente una disciplina generale che sarebbe poi…eseguita anche attraverso provvedimenti».

Può qui, dunque, farsi riferimento al caso tipico, nel quale si era soliti ravvisare un'ipotesi di accordo normativo durante il dibattito che porterà alla l. n. 241/1990: gli accordi sindacali previsti dalla Legge quadro sul pubblico impiego del 29 marzo 1983, n. 19326.

Gli accordi che, nella vigenza di quest'ultima legge, venivano conclusi tra la delegazione del Governo e le organizzazioni sindacali, erano intesi come un atto consensuale inserito in un complesso procedimento normativo, e finalizzato alla predisposizione della disciplina applicabile ai rapporti di pubblico impiego.

Gli accordi racchiudevano formalmente la fase della contrattazione sindacale, innestata nella sequenza procedimentale prevista dalla l. n. 193/1983. Tuttavia essi risultavano sforniti dell'autonoma capacità di produrre effetti innovativi per l'ordinamento. Perché infatti ciò potesse avvenire, occorreva che le norme convenzionalmente definite con l'accordo fossero recepite ed emanate da apposito decreto del Presidente della Repubblica (art. 6 u.c.).

Invero, sul rapporto tra accordo sindacale e decreto presidenziale vennero prospettate diverse tesi indottrina. Secondo una prima impostazione, l'accordo collettivo sarebbe di per sé vincolante e non modificabile, mentre il decreto presidenziale veniva a svolgere un ruolo meramente formale e passivo rispetto all'accordo stesso. Secondo un diverso orientamento, invece, l'accordo sindacale non poteva ipotecare il potere normativo del Governo. Esso costituiva sì il mezzo necessario per introdurre nel procedimento gli interessi coinvolti dalla disciplina pubblicistica del rapporto di lavoro, ma, al tempo stesso, stante l'autonomia del potere pubblico, quello non poteva che avere natura esclusivamente preparatoria ed essere del tutto sfornito di effetti vincolanti rispetto alla successiva determinazione regolamentare.

Alla base di tali argomentazioni vi era, con ogni evidenza, la difficoltà di spiegare la possibile esistenza di un regolamento negoziato. Il decreto non poteva assurgere a mera veste formale dell'accordo, mero guscio delle contrattazioni con le organizzazioni sindacali. Era quest'ultimo, invece, a chiudere il procedimento e ad assicurare valore normativo alla nuova disciplina, rendendola efficace erga omnes. Degli accordi sindacali, in definitiva, poteva perciò dirsi che essi erano accordi preparatori e non vincolanti; che erano accordi procedimentali, in quanto si atteggiavano a strumento di composizione negoziata nel procedimento di un peculiare assetto di interessi; e, infine, che erano accordi normativi, poiché pur non avendo «autonoma capacità di innovare l'ordinamento…concorrono in via mediata e procedimentale, alla produzione di nuove fonti normative, statali o regionali».

3. Gli accordi normativi negli altri ordinamenti. Uno sguardo comparato

Se così è, e prima di verificare se, oggi, l'accordo normativo possa essere validamente ammesso nel nostro ordinamento, sembra opportuno soffermarsi sull'esistenza di fattispecie analoghe anche in altri ordinamenti. L'analisi comparata dimostra, in effetti, che esiste anche in altri Paesi una pluralità differenziata di moduli negoziali di tale portata, ora diffusi semplicemente nella prassi ora frutto delle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza ora oggetto di alcune puntuali previsioni di legge.

Con riferimento, anzitutto, alla Francia, è proprio in questo Paese che si rinviene la maggiore produzione dottrinale in materia. Il riferimento va, in particolare, a quelle sistematizzazioni che hanno tentato di ravvisare forme consensuali unitarie a metà tra il contrat e il réglement, e sintetizzabili, da ultimo, nella figura della convention à effets réglementaires di A. de Laubadére, F. Moderne e P. Devolvé e in quella dell'acte mixte di Y. Madiot. L'idea alla base di queste ricostruzioni, la cui origine teorica si

rinviene nella classificazione materialista degli atti giuridici di L. Duguit e, in particolare, nel modello dell'union e della convention-loi, era che effets réglementaires potessero essere prodotti non soltanto da un atto amministrativo unilaterale, ma anche da un atto bilaterale o plurilaterale, frutto dell'incontro di due o più manifestazioni di volontà, provenienti da un soggetto pubblico e da un soggetto privato. Allo schema così delineato vennero ascritti gli accordi tra i syndicats de medecins e le Caisses de securité sociale, gli accordi conclusi tra lo Stato e gli établissements d'enseignement privé, le convenzioni di lottizzazione e le concessioni di servizio pubblico.

Benché, invero, simili teorie non abbiano mai riscosso ampio successo nell'ordinamento francese,prevalentemente restio ad ammette forme di negoziazione del potere pubblico, né esse sono state accolte nel recente Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) entrato in vigore alla fine del 2015, nondimeno lo schema della convention à effets réglementaires rimane il più accreditato, oggigiorno, proprio per la concession de service public (oggi, convention de délégation de service public). E, d'altronde, la parzialmente diversa teoria delle clauses réglementaires dei contrats administratifs, elaborata dal Conseil d'Etat, costituisce, oggi, una peculiarità tipica dell'ordinamento francese, su cui si stanno dischiudendo nuovi possibili scenari per la consensualità amministrativa. In tal caso, infatti, è lo stesso giudice amministrativo – notoriamente contrario alla negoziabilità della puissance publique34 – ad aver ravvisato e riconosciuto la compresenza di clausole di natura contrattuale (clauses contractuelles) e di clausole di natura regolamentare (clauses réglementaires) nel negozio frutto dell'incontro delle volontà di un soggetto pubblico e di un soggetto privato e contro cui possono essere azionate le pretese dei terzi.

Anche la Germania, del resto, ha conosciuto, a partire dalle peculiari riflessioni di G. Anshütz sulla Vereinbarung, forme contrattuali di produzione normativa, ancorché concluse tra soggetti di diritto pubblico. Alla diversa figura del Normensetzungsvertrag – negozio con cui l'amministrazione «si obbliga ad emanare o modificare norme giuridiche» – vengono invece ricondotti gli accordi in materia di prezzi e tariffe (Tarifverträge) e i contratti tra amministrazione e privati, di cui al § 11 del Baugesetzbuch (BauGB), aventi ad oggetto l'emanazione, la conservazione o la modificazione delle prescrizioni contenute in un piano regolatore (Planungsvereinbarungen).

Ma gli accordi normativi non sono sconosciuti neppure all'ordinamento spagnolo, ove si ammettono due distinte tipologie di convenio normativo: los acuerdos de naturaleza normativa e los acuerdos sustitutivos de actos administrativos generales. Si tratta, anche in Spagna, di una vía convencional de producción de normas, che, come in Italia, ha avuto principale applicazione nell'ambito della contrattazione collettiva nel pubblico impiego.

In tale settore, essi sono stati definiti come «acuerdos previos que se insertan en el procedimineto...de elaboración de normas,...que crean una situación objetivada, a la que habrán de atenerse las partes, bien al relacionarse entre si, bien al relacionarse con terceros». L'effetto vincolante dell'accordo discenderebbe tuttavia dalla «homologación ulterior de lo acordado, a través de la correspondiente autoridad administrativa. E' cioè necessario – anche secondo la giurisprudenza del Tribunal Supremo – un atto, qualificato alternativamente in dottrina in termini di atto di approvazione, di omologazione, oppure di ratifica dell'accordo, che lo renda vincolante e produttivo di effetti erga omnes.

Più di recente, è dato riscontrare l'esistenza di convenios normativos anche in altri settori dell'ordinamento spagnolo, come il diritto tributario, ove sono stati definiti normativi gli accordi di cui all'art. 91 de la Ley General Tributaria, 58/2003 de 17 de diciembre, conclusi tra l'amministrazione tributaria e le associazioni

rappresentative dei contribuenti, per la determinazione degli elementi utili per il calcolo della base imponibile. Non per ultimo, anche nell'ambito dell'urbanistica si è parlato di convenios normativos a proposito dei convenios urbanísticos de planeamiento previsti nella legislazione autonomica.

Anche in Spagna, tuttavia, il convenio normativo resta ancora una figura frutto dell'elaborazione dottrinale.

Ancorché non siano mancate, nel passato, le proposte volte ad inserire nella Legge sul procedimento amministrativo una specifica previsione atta a riconoscere l'esistenza di «pactos o convenios específicos, previos y no vinculantes…en los procedimientos instruidos para el dictado de disposiciones administrativas de caractér general»44, la nuova Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), che sostituisce integralmente la previgente Ley 30/1992 (LRJPAC), non ha accolto simili esortazioni.

Cionondimeno il rafforzamento della partecipazione dei cittadini nei procedimenti di formazione dei regolamenti della pubblica amministrazione, presente nella nuova legge, potrebbe lasciar ben sperare. Il principio di atipicità espresso dall'art. 83 a favore di «otras formas, medios y cauces de participación de las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas» nei procedimenti in questione, unitamente alle disposizioni sulla terminación convencional del procedimiento di cui al nuovo art. 86 potrebbero infatti dischiudere nuovi spazi applicativi per gli accordi normativi anche in questo Paese45.

Più di recente, invece, forme di negoziazione del contenuto dei regolamenti amministrativi sono state ammesse in Portogallo. In particolare, il nuovo Código do Procedimento Administrativo, adottato con il Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, prevede all'art. 98 che «Quando as circunstâncias o justifiquem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo

endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreasdas respetivas circunscrições».

La norma trova, come noto, un proprio antesignano nel Negotiated Rulemaking Act (1990) americano sul procedimento di negoziazione del contenuto dei regolamenti delle agencies. Più in concreto, infatti, la disciplina statunitense prevede una fase di Regulatory Negotiation tra gli interessati ed un apposito committee, da concludersi con una proposta di regolamento, che viene quindi trasmessa all'agenzia perché – secondo quanto previsto dall'art. 583 del APA (Administrative Proceedure Act del 1946) – possa riprendere corso il

normale iter di formazione dell'atto normativo con il consueto meccanismo del notice and comment. In tal caso, la negoziazione non ha comunque carattere vincolante per l'agenzia, mentre l'atto finale resta imputabile esclusivamente al soggetto pubblico.

Un cenno, infine, merita di essere compiuto anche all'ordinamento comunitario e ai c.d. accordi ambientali, forme di accordo volontario tra autorità pubbliche e soggetti privati, che sostituiscono tout court la fonte normativa. Essi, come noto, sono stati promossi con una serie di comunicazioni della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europei.

Con la prima comunicazione del 27 novembre 1996, la Commissione invitò il legislatore comunitario ad autorizzare l'impiego, da parte degli Stati membri, dello strumento dell'accordo come modalità di attuazione delle direttive comunitarie in materia di tutela ambientale, in alternativa alla via legislativa tradizionale. In tali casi, all'atto normativo si sostituisce perciò un modulo negoziale direttamente concluso tra le autorità pubbliche e i singoli operatori economici, anche in veste di rappresentanti della categoria, con cui sono pianificati e programmati gli obiettivi previsti dalle direttive comunitarie. Nella medesima comunicazione, la Commissione precisò che per esigenze di sicurezza giuridica, l'accordo poteva anche essere incorporato in un atto legislativo, al fine di garantire la più ampia diffusione dello stesso. Sul solco così tracciato, si pone il successivo Piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione" del 5 giugno 2002, con cui la Commissione europea ha sottolineato la possibilità di ricorrere a misure alternative alla legislazione, annoverando tra di esse anche gli accordi volontari settoriali. Fece immediatamente seguito la nuova comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 17 luglio 2002, con la quale si supera l'applicazione circoscritta degli accordi ambientali al solo livello nazionale, ammettendone il ricorso anche a livello comunitario. Si prevede quindi che la loro stipulazione possa avvenire per iniziativa della stessa Commissione, assumendo in tal caso l'accordo carattere formale e vincolante, fermo il diritto della Commissione medesima di ritornare alla via normativa ordinaria se lo strumento negoziale non raggiunge i risultati previsti.

Se si volesse compiere, perciò, una classificazione sommaria e di massima delle fattispecie qui passate in rassegna, si potrebbe ritenere che nel panorama comparato e comunitario ricorrano almeno due distinte tipologie di accordi normativi.

Da un lato, si possono ravvisare accordi normativi sostitutivi di atti amministrativi generali o di atti normativi, direttamente produttivi di effetti nell'ordinamento e con efficacia erga omnes. Possono essere considerati tali, per esempio, gli accordi ambientali di derivazione comunitaria, ma anche gli accordi in

materia di prezzi e tariffe presenti in Germania, gli acuerdos previos de valoración del diritto tributario spagnolo, e, infine, le conventions de délégation de service public francesi. In tutte queste ipotesi ricorre una specifica norma, che autorizza la diretta produzione di effetti da parte dell'atto bilaterale.

In altri casi, invece, il legislatore si è riservato di scegliere ed avallare forme consensuali a carattere normativo di tipo procedimentale, spesso non vincolanti per il soggetto pubblico e che necessitano di un atto-fonte per la produzione di effetti nei confronti dei terzi. Questo secondo tipo di accordo si spiegherebbe, in particolare, in ragione della scelta di attribuire unicamente agli atti di un soggetto pubblico, investito di legittimazione democratica, la capacità di produrre effetti innovativi per l'ordinamento. Vi rientrerebbero gli accordi sindacali previsti nell'ordinamento spagnolo, così come i convenios urbanísticos de planeamiento e le corrispondenti fattispecie dei Planungsvereinbarungen tedeschi, e, infine, i casi di negoziazione dei regolamenti amministrativi previsti dal Negotiated Rulemaking Act americano e dal più recente Código do Procedimento Administrativo portoghese.

4. Sulla possibilità giuridica degli accordi normativi: il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo

Tratteggiata così, anche alla luce del diritto comparato, la possibile fisionomia degli accordi normativi, resta da capire se essi, un volta espunti dal legislatore italiano dall'ordito definitivo della l. n. 241/1990, siano comunque giuridicamente possibili anche nel nostro ordinamento, o se, al contrario, la loroeliminazione sia valsa come definitiva cesura rispetto a questa figura.

In tal senso, va qui anzitutto precisato che gli accordi normativi non sarebbero accordi amministrativi nel senso specificato dall'art. 11 della l. n. 241/1990, e ad essi sarebbero giuridicamente irriducibili proprio per la fondamentale considerazione che, in tal caso, ricorre non un provvedimento ma un atto amministrativo generale ovvero un regolamento. Del resto, anche la recente dottrina che si è occupata in vario modo del principio di consensualità e dell'agire per accordi esprime una generale insoddisfazione nei confronti dell'art. 11, il cui schema sarebbe divenuto ormai inidoneo a spiegare le nuove forme di partenariato e di negoziazione pubblico-privato51. L'art. 11 costituirebbe pertanto una «norma-cornice», un «principio-

valvola», utile a giustificare anche le ipotesi di accordo non propriamente riconducibili al regime previsto dal legislatore del 1990.

Occorre allora chiedersi se il principio di consensualità, pur evocato dall'art. 11, possa giustificare ancheil ricorso agli accordi normativi.

Occorre, cioè, chiedersi se il principio di consensualità possa essere qualificato alla stregua di un principio generale dell'azione amministrativa, chiamato a svolgere quella precisa funzione assegnata a tali principi direttamente dall'art. 12 delle Preleggi. La norma autorizza infatti l'interprete a fare appello ai principi generali ogniqualvolta sussista la necessità di colmare una lacuna nell'ordinamento, e cioè non solo quando non vi sia una disposizione espressa ma anche quando non si possa risolvere la questione interpretativa ricorrendo al metodo dell'analogia iuris.

Ne discenderebbe che questo principio potrebbe realmente informare e conformare ogni occasione di esercizio del potere pubblico, incluso quello normativo.

Del resto, nel nostro ordinamento, non solo il potere di provvedere, ma anche il potere organizzativo e lo stesso potere sanzionatorio possono esprimersi, e si esprimono, attraverso modalità consensuali.

Inoltre, il ricorso a moduli consensuali è ormai stato ammesso per altre forme di manifestazione del potere anche non strettamente pertinenti al diritto amministrativo, come nel caso degli accordi tributari o del patteggiamento nel diritto penale.

Così, conformemente alla definizione che di principi generali ha fornito la stessa Corte costituzionale italiana, si potrebbe in effetti sostenere che al principio di consensualità possa riconoscersi tale natura. La Corte, come noto, ha affermato che con tale espressione si può fare riferimento proprio a «quegli orientamenti e [a] quelle direttive di carattere generale e fondamentale, che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a rmare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente». Inoltre, sostiene la Corte, «i principii generali che scaturiscono da questa coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo possono riflettere anche determinati settori per convergere poi in sempre più elevate direttive generali coerenti allo spirito informatore di tutto l'ordinamento»55.

Se così è, un'ulteriore conferma può giungere anche dall'analisi comparata e dal diritto europeo. Lo stesso ancoraggio del principio di consensualità all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE compiuto dal Libro bianco sulla governance del 200156 potrebbe in effetti autorizzare a parlarne anche in termini di principio generale del diritto amministrativo europeo e, conseguentemente, esso, veicolato dal principio di buona amministrazione, "ritornerebbe" nel nostro ordinamento in maniera rafforzata.

Come già dimostra la scienza del diritto internazionale, un principio può addivenire al rango di principio generale quando, tenuto conto delle diverse tradizioni giuridiche

e delle peculiarità di ciascun diritto tali moduli consensuali (Francia e Inghilterra)62, suggerirebbe di poter parlare concretamente del principio di consensualità anche in termini di principio generale del diritto amministrativo europeo.

E' noto, del resto, come proprio a tali principi la CGUE abbia affidato da sempre un duplice ruolo.

Anzitutto, quello di favorire una circolazione ed un'ibridazione spontanea dei modelli e degli istituti giuridici, sia in senso verticale che in senso orizzontale. In secondo luogo, quello di restituire all'ordinamento di origine quei medesimi principi, ma trasmutati nel loro volto, per effetto di una rielaborazione svolta in un'ambientazione comune ed europea.

La Corte di Giustizia, del resto, riconosce ormai da lungo tempo il carattere vincolante dei principi in questione, non solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma anche degli stessi Stati membri, quantomeno quando essi sono chiamati ad attuare il diritto dell'Unione63. Il registrato trend di una loro applicazione anche nel diritto interno si spiega, poi, almeno nel nostro ordinamento, anche in ragione del principio di uguaglianza e del divieto di disparità di trattamento, unitamente ad alcune scelte compiute dal nostro legislatore. Così, da un lato, l'esigenza di evitare discriminazioni in tutti i casi in cui dall'applicazione dei principi comunitari possa derivare un trattamento giuridico più favorevole di quello che potrebbe garantire la disciplina nazionale (principi di effettività ed equivalenza)64, e, dall'altro, la posizione di norme come l'art. 117 comma 1 Cost. e l'art. 1, comma 1 della l. n. 241/1990 fanno sì che anche i pubblici poteri nazionali possano essere chiamati ad ispirarsi, se non più propriamente ad uniformarsi, a tutti i principi dell'ordinamento comunitario65, incluso, a nostro giudizio, il principio generale di consensualità.

In conclusione, a noi pare che del principio di consensualità, anche per effetto dell'influsso europeo e per come esso si esprime e si atteggia nel nostro ordinamento, possa realmente predicarsi la natura di principio generale dell'azione amministrativa66. Pertanto, se tale principio può caratterizzare, senza deroga alcuna, l'attività della pubblica amministrazione, «va da sé che esso debba riguardare ogni occasione di esercizio del potere», potendo così costituire il titolo legittimante anche per le ipotesi di negoziazione normativa tra pubblico e privato.

Non ci sembra, del resto, possano ostare a tale lettura le previsioni di cui all'art. 13 della l. n. 241/1990 e il letterale divieto di applicazione degli istituti della partecipazione, ivi inclusi gli accordi amministrativi, nei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione. Secondo un'opzione ermeneutica che qui si preferisce68, andrebbe infatti valorizzata un'interpretazione positiva della norma, tale da ricondurre il limite applicativo ivi previsto all'unica spiegazione possibile, ossia quella di clausola di rinvio a favore della legge speciale, che riserva, appunto, ai procedimenti prodromici

all'emanazione di questi atti, le «particolari» forme di partecipazione ammesse dalla legislazione di settore.

Ferma, infatti, l'opportunità di una riformulazione della disposizione, una diversa lettura dell'art. 13 potrebbe anche essere intesa in contrasto con gli stessi principi comunitari di buona amministrazione e di consensualità, e, conseguentemente, si imporrebbe una disapplicazione della norma in sede di eventuale contenzioso, se non proprio una sua illegittimità costituzionale per violazione della fonte comunitaria interposta, ex art. 117 comma 1 Cost.

Se così è, una lettura della norma di questo tipo porta pianamente a ritenere che l'amministrazione possa legittimamente fare ricorso a moduli consensuali non solo nell'ambito dell'attività provvedimentale, ma anche in quella normativa, salva la precisazione che, conformemente a quanto previsto dall'art. 13, ccorrerebbe pur sempre una previsione espressa da parte della legislazione di settore.

L'art. 13 non può in definitiva essere inteso, in presenza di un principio di consensualità del quale può effettivamente cogliersi la natura di principio generale del diritto amministrativo, come un ostacolo ad ammettere gli accordi tra pubblica amministrazione e privati oltre che nell'ambito dell'attività provvedimentale anche in quella amministrativa generale e normativa. E vi sarebbe orami più di una ragione che autorizzerebbe a sostenerlo.

5. Gli accordi normativi atipici. Ovvero sull'efficacia e sulla vincolatività degli accordi normativi in assenza di una norma-base

Diversa ed ulteriore rispetto alla precedente è la questione dell'efficacia giuridica che si intenda o si debba riconoscere agli accordi normativi. Occorre qui dunque chiedersi se tali fattispecie possano assumere anche efficacia vincolante in forza del solo richiamo al principio generale di consensualità.
Volendo astrattamente accogliere le fattispecie di accordo normativo già incontrate nell'analisi comparata, ossia l'accordo normativo procedimentale e l'accordo normativo sostitutivo, bisognerà verificare se il principio di consensualità sia sufficiente a rendere giuridicamente vincolante questa figura, nel senso di
obbligare il soggetto pubblico a recepire nell'atto-fonte il contenuto di quanto pattuito, nel primo caso, ovvero nel senso che l'accordo possa direttamente produrre effetti innovativi per l'ordinamento, nel secondo.
L'aspetto problematico deriva, in particolare, dalla presenza, ancora una volta, dell'art. 13 della l. n. 241, che pure nell'interpretazione positiva qui accolta richiede comunque un'abilitazione legislativa espressa perché siano ammesse forme di partecipazione ampia, come quelle previste dagli artt. 7 e ss., nei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.
Si pone, pertanto, il problema di una norma-base che legittimi il ricorso all'accordo anche in questi settori dell'attività amministrativa.

In tal senso, l'art. 11 non è sufficiente. Esso sì, è bene ribadirlo, esprime attualmente il principio di consensualità, che è principio generale del diritto amministrativo. Tuttavia questa disposizione, pur sempre relativa all'attività provvedimentale, non può essere intesa anche come norma giustificatrice gli accordi normativi tra amministrazione e privati. Ne discende che, stante il tenore letterale dell'art. 11 e dell'art. 13 ed in assenza di una previsione generale specificamente dedicata all'istituto, in tanto possono ammettersi nel nostro ordinamento accordi normativi atipici, in quanto essi abbiano carattere preparatorio, procedimentale e non vincolante.
D'altra parte, anche la stessa giurisprudenza amministrativa tende a negare efficacia vincolante alle forme di negoziazione che già ricorrono in via di prassi nei procedimenti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti: in assenza di specifica previsione, la sola partecipazione dei privati a questi procedimenti non «obbligherebbe [l'Autorità] ad approvare uno schema di provvedimento concordato con gli operatori del settore».
Ciò non toglie, si badi bene, che in presenza di una norma che li ammetta e li disciplini non possano anche aversi accordi normativi integrativi vincolanti e financo sostitutivi dell'atto amministrativo generale o dell'atto normativo. Così come ciò non esclude che laddove una norma intervenga, questa possa optare per la soluzione minima degli accordi procedimentali e non vincolanti.
Pertanto, finché una norma-base non vi sia, e salve le ipotesi di accordi normativi già espressamente previste dalla legislazione di settore (su cui, v. infra), la lettura (positiva) dell'art. 13 ci porta a ritenere che, allo stato, le amministrazioni possano legittimamente fare ricorso soltanto ad accordi procedimentali, con carattere preparatorio e non vincolanti.
In altri termini, il combinato disposto dell'art. 11 e dell'art. 13 giustifica, in via generale, solo un accordo normativo che acquisti giuridica cogenza esclusivamente con l'emanazione della fonte di diritto in vista della quale esso viene stipulato tra le parti, divenendo dunque efficace se e solo se l'amministrazione, nella sua piena autonomia, intenda recepirlo nell'atto-fonte, il solo in grado di produrre effetti erga omnes.
In assenza di una norma di questo tipo, la p.a., pur addivenendo all'atto bilaterale, rimane dunque sempre libera di stabilire le modalità attraverso cui esercitare il proprio potere normativo, salvo l'obbligo di motivazione nel caso in cui non intenda più accedere al contenuto dell'accordo.
Ed in effetti, sembra si possa ritenere che, in tal caso, l'unico effetto che la conclusione dell'accordo normativo può produrre nei confronti dell'amministrazione sia quello di obbligarla a motivare in maniera puntuale sulla propria decisione di non accogliere quanto concordato nell'atto normativo. Ciò che, invero, ad altro non corrisponderebbe se non alla tradizionale regola che impone al soggetto pubblico di motivare i propri provvedimenti negativi, o di rigetto dell'istanza del privato, elaborata dalla giurisprudenza a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso.
Simili considerazioni apparirebbero, del resto, in linea con i principi di democraticità e di tipicità delle forme e dei procedimenti volti alla produzione di norme giuridiche73.

L'accordo in parola potrà avere natura vincolante e anche sostitutiva dell'atto normativo (o amministrativo generale) solo se sia lo stesso ordinamento a prevedere una norma sulla produzione giuridica che abiliti direttamente un atto bilaterale pubbico-privato a porre in essere – a seguito di apposito procedimento e con determinate formalità di esternazione – prescrizioni normative con efficacia erga omnes.
Anche sotto questo profilo si può comprendere pertanto come l'art. 11 non possa essere sufficiente per imputare all'accordo autonoma capacità di innovare l'ordinamento. Così come non basterebbe riferirsi ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti di cui al comma 2 dell'art. 11, e dunque al principio pacta sunt servanda, per riconoscere analoga vincolatività.
I principi sopra richiamati osterebbero ad una loro applicazione in via sussidiaria nell'ambito dell'attività normativa consensuale. Il che, del resto, sembrerebbe essere confermato anche dalle analoghe soluzioni approntate dalla costante giurisprudenza costituzionale a proposito degli stessi accordi normativi tra soggetti pubblici (c.d. accordi legislativi o prelegislativi), conclusi in Conferenza tra Stato e Regioni.
Come più volte ribadito dalla Corte, infatti, la costituzionalizzazione del principio di leale collaborazione
– nella sua dimensione procedimentale e consensuale – non basta a rendere questi accordi vincolanti.
Perché ciò accada, occorre infatti un'espressa previsione legislativa, una norma sulla produzione delle fonti primarie che attribuisca efficacia vincolante agli esiti del raccordo collaborativo.
Anche per questi motivi, si può ritenere perciò che gli accordi normativi tra p.a. e privati differiscano dagli strumenti consensuali impiegati nella c.d. programmazione negoziata.
Secondo quanto sostenuto dalla dottrina, tali strumenti costituiscono delle «fattispecie a collaborazione pubblico-privata necessaria»76, in cui l'amministrazione non può prescindere dal consenso del privato. La presenza di quest'ultimo sarebbe infatti essenziale ed indispensabile per il venire in essere dello stesso rapporto. Ciò è valso già ad escluderne la natura di accordi amministrativi, in quanto, in quest'ultimo caso, l'amministrazione sarebbe sempre libera di tornare su un esercizio unilaterale dei propri poteri quando l'accordo non risulti più congruo al perseguimento dell'interesse pubblico. Gli accordi amministrativi non sarebbero, cioè, «un modello contrattuale obbligatorio»77.
Tali ultime argomentazioni possono essere riportate a proposito degli accordi normativi. Benché infatti anche gli strumenti della programmazione negoziata necessitino di un atto dell'amministrazione – del CIPE o del Ministero del Tesoro – per produrre i propri effetti, negli accordi normativi, l'apporto del privato non si esprime in termini di collaborazione necessaria, mentre l'esercizio in senso tradizionale del potere si mantiene come valida alternativa.

Mutatis mutandis, la fattispecie in parola, ma solo ove divenisse l'oggetto di un'abilitazione legislativa espressa, potrebbe invece essere accostata all'analoga categoria ricorrente nel diritto privato.
Con il contratto (o accordo) normativo di diritto privato le parti determinano l'obbligo di inserire e osservare determinate clausole nella stipulazione di futuri contratti. Il carattere fondamentale di questa fattispecie risiederebbe nella sua funzione di fornire uno «schema di disciplina», una «predisposizione» e una «preparazione anticipata» di un futuro contratto, sì che le future parti «si trovino già in possesso dello schema normativo (o di singole clausole) e non abbiano se non da impiegarlo nel loro caso: cioè, riempirlo con i dati concreti (soggetti, scadenza, durata e simili), dei quali, in quanto schema astratto, esso manca»78.
Peraltro, secondo la dottrina civilistica più accreditata, l'accordo normativo di diritto privato non sarebbe riconducibile all'art. 1321 c.c., rappresentando «qualcosa di diverso, che si pone accanto e, in certa maniera, in antitesi al contratto»79. L'inosservanza dell'accordo normativo non darebbe perciò luogo all'applicabilità dell'art. 2932 c.c., poiché, mediante quell'inosservanza, «non si viene meno a un obbligo a contrarre, bensì all'obbligo a contrarre in un certo modo»80.
Ebbene, è proprio nella produzione degli effetti che l'accordo normativo di diritto privato e quello di diritto pubblico potrebbero trovare un punto di convergenza. Se infatti nel diritto privato dall'accordo discende sempre un obbligo per le parti, sia pure non coercibile, ma il cui inadempimento dà luogo a risarcimento del danno, anche nel diritto pubblico, l'amministrazione, ove espressamente abilitata a vincolarsi ad una precisa disciplina definita consensualmente con il privato, potrebbe esporsi a medesime conseguenze risarcitorie.

6. Gli accordi normativi tipici nella legislazione di settore

Per corroborare queste nostre tesi, sembra utile riportare alcuni istituti, già presenti nel nostro ordinamento, che potrebbero essere sussunti nello schema dell'accordo normativo tra pubblica amministrazione e privato. Ci sembra, infatti, che il proprio dei moduli consensuali, che qui di seguito proveremo ad elencare, consista esattamente nel disporre di una sorta di doppia natura giuridica – non rinvenibile certamente

negli accordi amministrativi previsti dall'art. 11 – a un tempo negoziale e regolamentare. La prima protesa alla disciplina del singolo rapporto tra amministrazione e privato; la seconda destinata ad implementare le stesse previsioni normative dell'atto amministrativo (regolamento, piano urbanistico, etc.) oggetto stesso della negoziazione.

In tal senso, tali moduli negoziali si connoterebbero per una finalità di tipo "ultraprocedimentale", proprio perché essi non sono destinati ad esaurirsi nel procedimento istituito per governare il rapporto tra p.a. e singolo privato, ma svolgono una funzione di composizione di un assetto regolativo di più interessi. Con il che essi finiscono inevitabilmente per avere un'incidenza diretta anche sulle

posizioni soggettive dei terzi, destinatari di una disciplina consensualmente definita tra due parti.

Parimenti a quanto riconosciuto nell'ordinamento tedesco e in quello spagnolo, potrebbero innanzitutto avere valenza di accordi normativi, e, in particolare di accordi endoprocedimentali, i c.d. accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche. Non ci sembra infatti del tutto azzardato cogliere una simile natura giuridica in accordi che, oltre a stabilire precisi impegni ed obblighi reciproci tra le parti, sono volti esattamente alla predeterminazione di alcune disposizioni dei piani urbanistici.

Diffusi nella prassi, tali accordi, come noto, sono stati espressamente disciplinati per la prima volta dall'art. 18 della l.r. Emilia-Romagna n. 20/2000 (oggi, art. 61 della nuova legge urbanistica n. 24/2017), e dall'art. 6 della l.r. Veneto n. 11/200481. In tali casi, peraltro, il legislatore regionale sembra aver optato per la soluzione minima degli accordi normativi endoprocedimentali e non vincolanti.

Volendo prendere come parametro di riferimento la disciplina emiliano-romagnola, che, al momento, pare essere quella più avanzata nel panorama legislativo regionale, essa dispone nell'attuale art. 61, comma 3 anzitutto che «l'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e trasparenza». In tal modo, l'art. 61 prevede l'incorporazione dell'accordo medesimo nel piano urbanistico, che avviene – prosegue la norma – in sede di adozione del piano, mediante «il recepimento dei suoi contenuti nella delibera con cui l'organo consiliare fa propria la proposta di piano» stessa. Il che non è ancora sufficiente perché l'accordo risulti efficace: viene posta l'ulteriore condizione della «conferma delle sue previsioni nel piano approvato». E' proprio quest'ultima disposizione che ci dà la misura della stessa mancanza di vincolatività dell'accordo, recepito nel piano adottato, ma non ancora confermato nel piano approvato.

Secondo infatti il nuovo procedimento di pianificazione dettato dalla l.r. 24/2017, tra il momento dell'adozione e quello dell'approvazione il piano viene rimesso al c.d. Comitato Urbanistico (CU) competente, che acquisisce e valuta tutta la documentazione presentata – comprensiva delle osservazioni formulate durante la fase partecipativa e la consultazione pubblica, preliminari, ora, alla stessa fase di adozione del piano – ed esprime entro un termine perentorio parere motivato sul piano medesimo.

Anche nella nuova struttura procedimentale, tra i due momenti dell'adozione e dell'approvazione si realizza quindi l'acquisizione di quegli ulteriori interessi pubblici, che dovranno essere tenuti in debito conto nelle definitive scelte discrezionali del Consiglio comunale. E' chiaro che, in sede di approvazione, l'assetto urbanistico consensualmente predeterminato potrebbe apparire non più adatto alla luce del nuovo interesse pubblico concreto, per cui l'amministrazione sarà altrettanto chiaramente libera di non recepire, da ultimo, l'accordo nel piano urbanistico, costituendo ciò un insopprimibile momento di autonomia nell'esercizio della potestà amministrativa

discrezionale. Ne deriva, appunto, che gli unici effetti che la stipula produce sono, da un lato, quello di impegnare la Giunta a promuovere l'accordo durante tutto il procedimento di formazione del piano urbanistico e, dall'altro, quello di obbligare il Consiglio comunale a motivare in maniera puntuale, qualora non intenda accogliere quanto concordato nelle previsioni di piano.

Proprio la delibera consiliare di approvazione assolve allora esattamente quel ruolo di omologazione del patto, che resta, in sua assenza, del tutto sfornito della capacità di vincolare l'amministrazione rispetto al suo contenuto. In altri termini, all'esito di un positivo riscontro di congruità dell'accordo rispetto all'interesse pubblico concreto, la delibera consiliare realizza quell'incorporazione di quanto convenuto nell'atto-fonte, il piano, che resta il solo a poter produrre effetti innovativi nella disciplina del territorio.

Sembra appena il caso di dire, del resto, che l'accordo non integra certamente il contenuto del provvedimento amministrativo di approvazione del piano, ma il piano stesso. La delibera consiliare svolge dunque la precisa funzione di autorizzare l'accordo, che, in tal modo, viene recepito nello strumento urbanistico acquisendo, con esso, efficacia.

Ma la nuova legge urbanistica dell'Emilia-Romagna sembra essersi spinta ben oltre. Ferma, infatti, la disciplina degli accordi "a monte" ora visti ed espressamente qualificati dall'art. 61 come «accordi integrativi del PUG», la l. n. 24 ha introdotto nell'art. 38 una nuova fattispecie consensuale, l'«accordo operativo», nel quale è possibile intravedere, questa volta, le fattezze dell'accordo normativo sostitutivo.

A superamento infatti della precedente bipartizione del piano regolatore in un Piano strutturale ed in uno operativo, la nuova legge prevede un nuovo Piano urbanistico generale (PUG), deputato a definire esclusivamente «le invarianze strutturali e le scelte strategiche di assetto e sviluppo urbano», cui si affiancano i c.d. accordi operativi, che, nelle intenzioni del legislatore emiliano-romagnolo, dovrebbero porsi in sostituzione degli attuali POC nonché di tutti i piani attuativi ad iniziativa pubblica e privata comunque denominati.

«Allo scopo di…valorizzare i processi negoziali», gli accordi operativi sarebbero dunque chiamati a definire integralmente la disciplina urbanistica di dettaglio. Conformemente a quanto previsto dall'art. 38 comma 2, essi hanno dunque «il valore e gli effetti» di un piano urbanistico; la loro sottoscrizione comporta, fra l'altro, anche l'apposizione dei vincoli preordinati all'esproprio e la dichiarazione di pubblica utilità per le opere pubbliche e di interesse pubblico ivi previste (comma 16).

Con l'accordo operativo, dunque, è il privato a proporre un «progetto urbano» relativo ad un preciso assetto urbanistico ed edilizio dell'ambito territoriale preso in considerazione, e comprensivo, assieme agli interventi di interesse privato, anche delle dotazioni territoriali, delle infrastrutture e dei servizi pubblici correlati. Al progetto

si affianca una apposita «convenzione urbanistica», nella quale sono definiti gli obblighi funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico assunti dal privato, il cronoprogramma degli interventi e le garanzie finanziarie che questi si impegna a prestare per assicurare la realizzazione e la cessione al Comune delle opere pubbliche previste dal progetto medesimo.

Il procedimento di approvazione e sottoscrizione dell'accordo operativo si articola, poi, in termini pressoché equivalenti ad un procedimento di pianificazione, essendo infatti prevista oltre ad una valutazioni di conformità della proposta urbanistica privata alla pianificazione territoriale e settoriale vigente (svolta sia dal Comune che dal CU), anche un'apposita fase di partecipazione della collettività locale, comprendente sia il momento delle osservazioni propriamente intese che le altre e nuove forme di partecipazione del pubblico introdotte dalla legge. Il procedimento si conclude con l'autorizzazione del Consiglio comunale alla stipula dell'accordo, previo adeguamento, ove necessario, da parte dello stesso organo consiliare, di alcune previsioni urbanistiche, e dunque con la sottoscrizione dello stesso accordo e conseguente pubblicazione sul sito web dell'amministrazione e sul Bollettino ufficiale della Regione.

Non sembra del tutto azzardato riconoscere in questa nuova fattispecie un vero e proprio accordo normativo sostitutivo di un piano urbanistico. Ci sembra, infatti, che al di là delle precise distinzioni compiute nell'art. 38, il progetto urbano e la convenzione urbanistica ben potrebbero essere concepiti anche come una figura unitaria. Essa, in particolare, comprenderebbe tanto clausole di natura contrattuale disciplinanti il rapporto tra amministrazione e privato operatore, quanto clausole normative atte a definire una disciplina urbanistica del territorio interessato, con effetti chiaramente erga omnes.

Fuori dallo stretto ambito della pianificazione urbanistica, ma in un settore dell'attività amministrativa in parte adiacente al governo del territorio, sembra possano intravedersi le sembianze dell'accordo normativo anche in un'altra recente formula negoziale, prevista dai nuovissimi regolamenti comunali sulla gestione condivisa dei beni comuni urbani.

Ci riferiamo, in particolare, ai c.d. patti di collaborazione tra cittadini e amministrazioni comunali per la cura, la rigenerazione e la gestione dei beni comuni. Sulla natura giuridica di tali patti si sono alternate già diverse teorie in dottrina, così come diverse sono anche le sistematizzazioni giuridiche offerte all'interno degli stessi regolamenti comunali. Il punto di convergenza sembra comunque dato dal fatto che nella maggior parte delle prospettazioni i patti costituiscono una nuova occasione di emersione del principio di consensualità, qui corroborato anche dai richiami al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

Escluso infatti che essi possano essere qualificati alla stregua di accordi meramente ricognitivi di intenzioni ovvero di atti di natura non autoritativa ex art. 1, comma 1-

bis della l. n. 241/1990, escluso altresì che essi possano essere ricondotti nell'ambito degli interventi di sussidiarietà orizzontale e del baratto amministrativo di cui agli artt. 189 e 190 del nuovo Codice dei contratti pubblici, una parte della dottrina ne riconosce la natura di accordi amministrativi ai sensi dell'art. 11 LPA.

Tuttavia, un'attenta lettura delle norme sui patti di collaborazione ci spinge ad intravedere, anche in questo caso, l'esistenza di un accordo normativo. Prendendo a riferimento i possibili contenuti del patto previsti dall'art. 5 del regolamento di Bologna, il primo ad essere stato adottato in Italia, è possibile infatti cogliere ancora una volta la compresenza di clausole contrattuali e di clausole normative all'interno dell'accordo.

Accanto infatti alle numerose previsioni atte a regolare il rapporto tra il comune e i "cittadini attivi", come gli obiettivi della collaborazione, la durata e le cause di sospensione o conclusione anticipata, le forme di garanzia e di copertura assicurativa, nonché i reciproci impegni dei soggetti coinvolti, incluse le modalità di azione dei privati e le forme di sostegno del comune, e financo le forme di pubblicità, vigilanza, monitoraggio e rendicontazione periodica, spicca in effetti anche la possibilità di prevedere nel patto «le modalità di fruizione collettiva dei beni comuni urbani».

Il patto ha quindi innegabilmente anche una vocazione a regolare i rapporti di soggetti terzi rispetto alle parti contraenti; esso si risolve, ancora una volta, in una fonte di disciplina consensualmente definita tra due parti ma che riverbera i propri effetti nei confronti di una platea potenzialmente indeterminata (almeno a priori) di destinatari. Il che, invero, corrisponde alla specifica vocazione dei patti di collaborazione, nei quali l'attivismo dei cittadini è strumentalmente orientato al benessere della collettività e dell'interesse generale, in aggiunta, chiaramente, alla cura di un bene suscettibile di fruizione condivisa.

Ma ne costituisce una prova evidente soprattutto il fatto che il patto, oltre a produrre possibili mutamenti nelle destinazioni d'uso degli immobili interessati, finisce con l'avere anche una vocazione urbanistica suppletoria, nella misura in cui con esso si tenta di rispondere a forme di incuria e di degrado urbano cui gli strumenti di pianificazione tradizionale non hanno saputo rispondere88.

Inoltre, il caso dei patti di collaborazione dimostrerebbe proprio quello che poc'anzi si affermava, e cioè che gli accordi normativi potranno avere natura vincolante solo se ricorra una norma sulla produzione giuridica – l'art. 5 del regolamento comunale nel nostro esempio – che abiliti direttamente un atto bilaterale pubblico-privato a produrre prescrizioni normative con efficacia erga omnes.

Possiamo concludere la rassegna degli accordi normativi già tipizzati dal nostro ordinamento riferendoci a due altre fattispecie: gli accordi ambientali di derivazione comunitaria previsti dall'art. 206 del nostro Codice dell'ambiente e di cui si è già detto, e il contratto di servizio pubblico di cui all'art. 113 del TUEL.

Con riferimento a quest'ultimo, si tratta, come noto, di uno strumento negoziale nel quale, da un lato, sono fissati i termini del rapporto tra l'amministrazione affidante e il soggetto affidatario del servizio pubblico, e, dall'altro, sono definite l'organizzazione, nonché le condizioni, le modalità e gli standard di erogazione del servizio stesso a favore degli utenti. Peraltro, un'esatta bipartizione del contenuto del contratto di servizio pubblico, suddiviso tra «previsioni dirette alla regolazione del servizio e del rapporto tra amministrazioni concedenti e soggetto erogatore del servizio», unitamente ad un preciso elenco delle disposizioni rientranti nell'una come nell'altra categoria, era presente nell'art. 21 dello Schema di decreto legislativo recante Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, predisposto sulla base della delega legislativa contenuta nell'art. 19 della l. n. 124/2015, ed oggetto, insieme ad altri, della ormai ben nota sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale.

Anche a proposito della natura giuridica del contratto di servizio pubblico89 sono stati proposti diversi inquadramenti, che oscillano tra la fattispecie dell'accordo amministrativo e quella di un vero e proprio contratto di diritto privato accessivo alla fonte pubblicistica di disciplina del servizio. A chi scrive sembra, invece, che esso possa essere qualificato esattamente come accordo normativo, e ciò non solo per la fondamentale coesistenza delle due tipologie di clausole fin qui descritte – contrattuali e regolative del servizio – ma anche per l'utile conseguenza che dal contratto di servizio scaturirebbero anche posizioni giuridicamente rilevanti in capo agli utenti e dunque immediatamente azionabili da parte degli stessi.

7. Sulla possibile disciplina degli accordi normativi

Posto dunque che, in assenza di una norma sulla produzione che abiliti fonti del diritto (secondario) di natura consensuale, nel nostro ordinamento possono ammettersi solo accordi preparatori, a carattere integrativo e non vincolante, è su questi ultimi che svolgeremo qualche ulteriore considerazione al fine di definire una disciplina generale e comune eventualmente applicabile alle varie forme di accordi normativi già ricorrenti nella prassi, ed almeno fintantoché non intervenga una norma-base che legittimi e disciplini definitivamente tali forme negoziali.

L'attività di ricognizione, che qui si mette a servizio anche per possibili ed auspicabili interventi del legislatore, non può che partire e prendere a riferimento le previsioni contenute nell'art. 11, salva l'avvertenza che un'applicazione in via analogica della disciplina degli accordi amministrativi agli accordi normativi può avvenire solo nei limiti di un previo giudizio di compatibilità90. Ad essa si affiancheranno anche le suggestioni provenienti dal diritto comparato attraverso, in particolare, l'analisi e l'interpretazione delle soluzioni normative e giurisprudenziali elaborate negli ordinamenti prima visti, in cui ricorrono fattispecie ragguagliabili alla categoria in parola.

Di seguito, quindi, verranno svolte alcune riflessioni a proposito degli accordi normativi procedimentali

a carattere meramente preparatorio e non vincolante. Resta inteso che, mutatis mutandis, tali argomentazioni potranno ugualmente essere estese anche ad altre possibili figure di accordo normativo (gli accordi sostitutivi e gli accordi procedimentali vincolanti), se e nella misura in cui esse vengano abilitate dal legislatore anche nel nostro ordinamento.

7.1. Forma, motivazione e causa

Con riferimento alla disciplina dell'atto, possono essere sicuramente riprodotte anzitutto le previsioni sull'obbligo della forma scritta a pena di nullità e sull'obbligo di motivazione dell'accordo

amministrativo91 di cui al comma 2 dell'art. 1192.

Una motivazione deve emergere dal testo dell'accordo anche secondo la legislazione autonomica spagnola sui convenios urbanísticos de planeamiento.

La necessità di evidenziare le finalità di interesse pubblico, sottese al rapporto consensuale, induce a ritenere inoltre che anche nell'accordo normativo possano poi valere le considerazioni già elaborate dalla dottrina italiana a proposito della causa del contratto di diritto pubblico93. Come, infatti, è stato giustamente osservato, in tal caso, l'interesse pubblico non rimane nella sfera soggettiva dell'amministrazione, alla stregua di un mero motivo presupposto del negozio, come accade normalmente nell'attività contrattuale di diritto privato, ma si presenta connaturato al negozio stesso al punto da costituirne la causa. E' dal riconoscimento della liceità della causa del negozio, della "causa lecita dell'obbligarsi", del resto, che l'ordinamento giuridico fa dipendere la propria protezione e la produzione degli effetti giuridici.

Anche nell'accordo normativo, pertanto, l'interesse pubblico dovrà giocare un ruolo preminente nell'incrocio delle dichiarazioni di volontà dell'amministrazione e del privato, indirizzando necessariamente verso finalità generali sia l'impegno della prima ad esercitare il potere normativo secondo il contenuto consensualmente stabilito con il privato, che quello del secondo, chiamato a un pati o a prestazioni di facere, non facere e di dare. E ciò in quanto, se attiene alle stesse fondamenta dello Stato di diritto il principio per cui l'attività amministrativa, inclusa quella a vocazione generale e con finalità di regolazione, deve essere rivolta alla soddisfazione del fine pubblico94, in mancanza essa sarà «contraria all'essenza stessa, alla ragione dell'essere dell'amministrazione, [e] può risolversi in un danno presso coloro che furono esclusi dalla sua considerazione».

Ed anzi, come già si predica a proposito dell'accordo amministrativo, anche all'accordo normativo l'amministrazione potrà addivenire solo se esso rappresenta la soluzione più confacente per la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico. Ciò che dovrà

emergere anche da apposita determina dell'organo competente ad adottare l'atto normativo, specularmente a quanto previsto dall'art. 11, comma 4-bis.

In tal modo, del resto, si accorda protezione non solo all'interesse pubblico, ma anche a quegli interessi dei terzi che potrebbero essere pregiudicati dalla scelta dell'amministrazione di stabilire un rapporto sinallagmatico per la cura di interessi generali con un privato. Ed allora la liceità della causa dell'accordo normativo, identicamente a quella di un accordo amministrativo, sarà garantita – come sostenevano, tra gli altri, P. Bodda e F. Pugliese – non solo se l'amministrazione persegue la finalità pubblica ad essa assegnata dalla legge, ma anche e soprattutto se «il singolo assume l'interesse pubblico e gli fa posto nella propria manifestazione di volontà, così come l'amministrazione che è la sola competente a valutarlo, lo ha determinato». Al tempo stesso la parte pubblica, nel mentre tende alla «soddisfazione dello scopo pubblico», deve garantire anche quella dell'interesse del privato della cui collaborazione abbisogna, sì da permettere al singolo di conseguire l'utilità cui aspira96.

E' in questo modo che si può spiegare la convergenza tra manifestazioni di volontà di natura giuridica diversa e protese in partenza al perseguimento di interessi contrapposti. In tanto l'accordo, sia esso amministrativo che normativo, può spiegarsi e soprattutto ammettersi, in quanto in esso e con esso si realizzi quella sintesi verso il perseguimento dell'interesse pubblico, che diviene la causa economico sociale dello stesso scambio negoziale.

Tutto ciò implica, anche nella prospettiva del principio di imparzialità, che l'accordo deve servire a contemperare al meglio l'interesse pubblico primario con l'interesse privato, ovviamente senza dimenticare, nel bilanciamento, gli interessi dei terzi, mentre non può mai determinare un accordo modulato unicamente sulla soddisfazione dell'interesse del singolo. Il che porta sicuramente a rigettare anche l'idea di un negozio a prestazioni corrispettive, che se già non vale per spiegare la natura dell'accordo amministrativo, poiché questo significherebbe la privatizzazione della funzione amministrativa, con maggiore fermezza va rigettata a proposito dell'accordo normativo.

7.2. Effetti, validità ed esecuzione. L'oggetto, il rapporto e il procedimento

Discorso ben più articolato va compiuto, invece, per la disciplina relativa al rapporto tra l'amministrazione ed il privato sorgente dall'accordo normativo98. Qui di seguito occorrerà verificare quale spazio possano

trovare le norme che regolano l'esecuzione degli accordi amministrativi, non senza uno sguardo ai risultati conseguibili attraverso l'indagine comparata. Si valuterà perciò se siano applicabili le disposizioni sul recesso e quelle relative all'inadempimento, distinguendo tra le due diverse clausole, contrattuali e normative, che compongono l'accordo. Un'attenzione verrà quindi prestata anche al regime di

invalidità, alla tutela del terzo e ai risvolti partecipativi da parte di altri soggetti durante il procedimento nel quale si svolge la negoziazione.

Come già detto, nel caso degli accordi procedimentali non vincolanti, l'accordo acquista efficacia tra le parti e rispetto ai terzi solo con il provvedimento che lo incorpora nell'atto amministrativo generale o nell'atto normativo. Fino a questo momento la controparte privata dispone dunque di un'aspettativa solo generica al recepimento di quanto pattuito. La ricezione della disciplina convenzionalmente definita non costituisce in tal caso – è bene ribadirlo – l'oggetto di una prestazione dedotta nell'accordo, ma è il prodotto di una ponderata scelta discrezionale dell'amministrazione. Unico obbligo giuridicamente configurabile in capo al soggetto pubblico, come conseguenza della stipula, sarà quello di motivare in maniera puntuale e precisa le ragioni dell'eventuale mancato recepimento nell'atto-fonte. Pertanto, le eventuali censure che, in tal caso, il privato proponente potrebbe muovere avverso il provvedimento di non recepimento, possono saggiarsi unicamente sotto il profilo del difetto di motivazione e dei conseguenti risvolti che tale vizio ha sull'eccesso di potere, non potendo, al contrario, questa determinazione amministrativa essere intesa alla stregua di un inadempimento dell'accordo da parte del soggetto pubblico.

Né del resto varrebbe richiamare, in questa fase, la possibilità di un indennizzo connesso all'istituto del recesso unilaterale di cui al comma 4 dell'art. 11 o ai poteri di autotutela, per il caso in cui l'amministrazione decida di interrompere il procedimento di approvazione dell'accordo, configurandosi, in tal caso, piuttosto un «atto di mero ritiro di un atto inidoneo a ingenerare affidamenti qualificati per la sua natura specificamente preliminare».

Ciò detto, non può trascurarsi l'eventualità, frequente per esempio nella prassi urbanistica, che sia la stessa amministrazione a vincolare nell'accordo la propria potestà normativa, formalizzando nel negozio un obbligo a recepire la disciplina concordata, eventualmente anche senza apportarvi modifiche.

Nell'ordinamento giuridico francese, ove in realtà qualsiasi accordo sull'esercizio del potere amministrativo è considerato nullo dalla giurisprudenza, il Conseil d'Etat esclude che il privato possa pretendere l'esecuzione di un accordo nullo ab origine per l'impossibilità dell'oggetto, e dunque che egli possa vedere condannata l'amministrazione ad eseguire la prestazione. Né l'inadempimento di un'obbligazione impossibile può dar luogo, secondo il giudice amministrativo, a responsabilità contrattuale; né una decisione amministrativa unilaterale contraria a precedenti pattuizioni invalide può essere valutata sotto il profilo dell'eccesso di potere. D'altro canto, in simili occasioni, il giudice francese ha riconosciuto un indennizzo al privato, per il legittimo affidamento che questi abbia maturato in conseguenza dell'impegno volontariamente assunto dal contraente pubblico, giustificandolo anche alla luce della responsabilità dell'amministrazione, che ha concorso a dar vita ad una causa di invalidità del patto, da quella conosciuta o comunque conoscibile.

Se si tiene ferma la differenza sussistente tra l'ordinamento giuridico francese ed il nostro a proposito dell'ammissibilità di accordi sul contenuto del provvedimento, a maggior ragione simili soluzioni potrebbero applicarsi al diverso caso qui in analisi, dove non è il "potere di provvedere", ma il "potere di disporre" ad essere al centro del meccanismo consensuale. E, d'altro canto, esse corrispondono a precisi principi validi anche nel nostro ordinamento, sulla scorta degli insegnamenti privatistici, a cominciare dal dovere di diligenza e dal principio di buona fede nella conduzione delle trattative.

Inoltre, se si condividono le considerazioni sin qui svolte circa la non vincolatività dell'accordo normativo in assenza di una norma-base, a ben vedere, un accordo che vincolasse ab initio la potestà normativa dell'amministrazione dovrebbe essere ritenuto nullo ai sensi dell'art. 21septies della l. n. 241/1990, per mancanza di un elemento essenziale, l'oggetto, ovvero per difetto assoluto di attribuzione. Ciò che del resto già avviene in Spagna a proposito dei convenios urbanísticos de planeamiento, dove in pressoché tutte le legislazioni autonomiche è stabilita la nulidad de pleno derecho dei convenios che «limiten el ejercicio de las competencias de las Administraciones públicas». Analoga soluzione ricorre anche in Germania, ove un simile contratto sarebbe nullo per violazione del § 1, comma 3 del BauGB, che vieta espressamente ogni pretesa giuridica da parte dei terzi alla predisposizione dei piani urbanistici ed esclude che un simile diritto possa essere istituito per contratto.

7.2.1. Mancata esecuzione delle clausole contrattuali

Diversamente si atteggia invece il rapporto tra amministrazione e privato, una volta che l'accordo, recepito nell'atto-fonte, abbia acquistato pregnanza giuridica. Anzitutto occorre qui soffermare l'attenzione sulle clausole contrattuali dell'accordo. In tal caso, com'è evidente, si tratta di considerazioni che ben potrebbero essere estese anche agli accordi integrativi vincolanti e agli accordi sostitutivi.

Ça va sans dire, le prestazioni cui il privato si obbliga saranno esigibili solo nel momento in cui l'accordo si perfeziona: con l'incorporazione nell'atto-fonte, nel caso dell'accordo integrativo non vincolante; già al momento della sua sottoscrizione, nel caso dell'accordo integrativo vincolante; infine, con la sottoscrizione dell'accordo e il rispetto delle apposite forme di pubblicazione, nel caso dell'accordo sostitutivo.

Quid iuris, allora, quando, per esempio, il privato non adempia a quanto promesso e l'amministrazione affermi che non avrebbe fatto propria la nuova disciplina consensualmente predefinita se non fosse stato per le prestazioni offerte dal privato? Non sembra si possa dire con assoluta certezza che il privato non abbia beneficiato comunque di un arricchimento ingiusto, in quanto la nuova disciplina deve essere di per sé corrispondente a finalità di interesse pubblico. Per cui l'amministrazione disporrà degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento per reagire all'inadempimento del privato.

Laddove l'interesse dell'amministrazione sia quello di conseguire la prestazione (di interesse pubblico) del singolo, troveranno quindi spazio l'ordinaria azione civilistica di condanna all'adempimento, e la stessa azione ex art. 2932 c.c., come ammesso anche dall'Adunanza Plenaria a proposito degli accordi amministrativi. Ove, viceversa, l'amministrazione non intenda proseguire nel rapporto, essa potrà fare affidamento anche sugli ordinari rimedi dell'autotutela. Non sarebbe esclusa, infine, la stessa azione risarcitoria.

Ciò detto, va ulteriormente specificato che l'amministrazione non potrebbe esigere l'esecuzione delle prestazioni prima del perfezionamento dell'accordo normativo.

Per la peculiarità con cui i convenios urbanísticos de planeamiento si sono sviluppati nella prassi delle amministrazioni spagnole, il legislatore ha dovuto inserire un'apposita sanzione di nullità delle convenzioni che permettano l'esecuzione anticipata da parte del singolo. Per le medesime finalità, invece, in Germania, il contratto viene sottoposto a condizione risolutiva espressa e il privato sarà pertanto tenuto all'adempimento solo se ed in quanto l'amministrazione pianifichi secondo quanto concordato.

Con il che, a nostro parere, possono anche essere fugati, almeno in parte, i dubbi di riproducibilità, con le condotte dell'amministrazione e del privato, di ben evidenti fattispecie criminose basate sulla dazione anticipata di «denaro o altre utilità», su «retribuzioni non dovute», o infine su «ingiusti vantaggi

patrimoniali».

7.2.2. Clausole normative, poteri di modifica unilaterale dell'amministrazione e tutela del terzo

Per quanto concerne le clausole normative dell'accordo, esse divengono efficaci con il loro preliminare ingresso nell'atto-fonte e dunque con la successiva pubblicazione di quest'ultimo, nel caso degli accordi integrativi; una volta completata la fase integrativa dell'efficacia (controlli102 e pubblicazione), nel caso dell'accordo sostitutivo.

Per le clausole normative dell'accordo, vanno segnalati almeno due aspetti problematici: la possibilità di una modifica unilaterale, da parte dell'amministrazione, della disciplina normativa consensualmente definita e la tutela del terzo avverso le stesse clausole normative.

Per quanto riguarda, anzitutto, gli accordi integrativi, poiché, come visto, le disposizioni normative vengono recepite con il provvedimento di omologazione nell'atto-fonte, è a quest'ultimo che occorrerà fare riferimento per tutte le vicende successive. Una volta avvenuto il recepimento, cioè, l'accordo esaurisce la sua funzione per la parte schiettamente normativa, mentre manterrà una propria identità esclusivamente per la parte contrattuale.

In tali ipotesi, ed ai fini di una corretto inquadramento del regime applicabile, occorrerà tornare a distinguere l'accordo integrativo non vincolante dalle diverse sorti dell'accordo endoprocedimentale vincolante e dell'accordo sostitutivo.

Ne deriva che, nel primo caso, la disciplina trasfusa nell'atto sarà certamente suscettibile di modifica unilaterale da parte dell'amministrazione, che mantiene sempre ferma, durante l'intera vicenda, pienezza di poteri normativi. Non sembra infatti che la successiva valutazione di non corrispondenza all'interesse pubblico delle diposizioni normative negoziate, che giustifica una modificazione delle stesse, possa costituire il presupposto per l'esercizio della facoltà di recesso dall'accordo ex art. 11 comma 4, con conseguente liquidazione di un indennizzo in favore del privato. Ferma la possibilità di addivenire ad un nuovo accordo e dunque di procedere ad una nuova negoziazione della disciplina normativa con i consueti caratteri della non vincolatività, sembra si possa ritenere che l'amministrazione resti sempre libera di ritornare sul contenuto di un proprio atto normativo o generale negoziato. Anche in questo caso, l'unico vincolo che può discendere dal pregresso rapporto bilaterale tra amministrazione e privato sarà pertanto quello di motivare in maniera precisa e puntuale circa le sopravvenute esigenze di interesse pubblico, che richiedono un mutamento della disciplina concordata.

Diversamente invece si atteggerà la questione nel caso degli accordi endoprocedimentali vincolanti e degli stessi accordi sostitutivi: trattandosi di un atto negoziale in cui l'esercizio del potere normativo è espressamente dedotto in un'obbligazione, varrà sì la consueta clausola rebus sic stantibus, ma nel più rigoroso rispetto delle posizioni del privato, che dunque andrà ristorato nel caso di recesso tramite un indennizzo.

Discorso ulteriore va fatto, poi, per il caso in cui la necessità di modificare il contenuto delle clausole normative sorga durante lo stesso iter procedimentale di conclusione dell'accordo normativo.

Ferma infatti l'opportunità che l'amministrazione non recepisca o non dia seguito ad un accordo che già nel corso del procedimento si riveli non più consono o congruo con le finalità di interesse pubblico perseguite, deve però ritenersi del tutto ammissibile una rinegoziazione del contenuto delle clausole normative. Del resto, la previsione di una simile facoltà – e, nel caso di accordi vincolanti, di un simile dovere – risulterebbe funzionale anche rispetto allo stesso equilibrio negoziale, in ossequio ai principi di buona fede precontrattuale, di proporzionalità e di buon andamento dell'azione amministrativa. Tra il momento della definizione dei contenuti dell'accordo e quello del suo perfezionamento o del suo formale recepimento nell'atto-fonte può intercorre infatti un lasso di tempo variabile. Ne deriva che nel segmento temporale e procedurale possano variare non solo le esigenze dell'amministrazione, ma anche le capacità del privato. Una rinegoziazione che risponda sempre a finalità di

interesse pubblico, risulterebbe perciò in linea anche con i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Con riferimento invece alla tutela del terzo, va anzitutto precisato che le clausole normative potranno essere impugnate solo una volta recepite nell'atto-fonte (ovvero, per gli accordi sostitutivi, una volta completata la consueta fase integrativa dell'efficacia). Nel caso dell'accordo integrativo, saranno poi le sole disposizioni dell'atto normativo o dell'atto amministrativo generale a poter essere eventualmente impugnate e non invece l'accordo, che, come detto, resta nel prosieguo quale fonte del solo rapporto tra amministrazione e privato contraente. Varranno, poi, in ogni caso, le consuete regole processuali relative agli atti in questione: le disposizioni normative potranno essere impugnate autonomamente se direttamente ed immediatamente lesive della sfera giuridica del terzo, altrimenti dovranno essere censurate insieme all'atto applicativo.

Alcune considerazioni meritano, infine, di essere compiute anche a proposito della partecipazione dei controinteressati alla stessa fase procedimentale in cui avviene la negoziazione normativa104. Sembra infatti che anche nella disciplina di questa diversa fattispecie possa trovare spazio la clausola di salvaguardia per i diritti dei terzi prevista dall'art. 11, comma 1.

E' noto come questa clausola sia indirizzata anzitutto all'amministrazione, chiamata, per tale via, a farsi carico di tutti gli interessi privati coinvolti dall'esercizio del potere pubblico e ad assumersene, di conseguenza, la tutela. In secondo luogo, la clausola ha cura di garantire ed estendere una protezione anche a tutti quegli altri interessi dei terzi pretermessi dall'amministrazione procedente.

In tal senso, si spiega anche il comma 1-bis dell'art. 11, relativo alla fissazione di un calendario di incontri, ai quali possano prendere parte, separatamente o congiuntamente, anche i controinteressati. La funzione di questi incontri sarebbe, del resto, proprio quella di permettere al terzo di opporre il proprio eventuale dissenso all'accordo.

Ai fini di un'applicazione analogica della clausola di salvaguardia anche agli accordi normativi basterebbe qui osservare, del resto, come la nozione di terzo prevista dall'art. 11 sia certamente diversa da quella di cui all'art. 1372 c.c. Mentre, infatti, per la regola civilistica il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi e ad essi è inopponibile, nel caso degli accordi amministrativi e, a fortiori, degli accordi normativi, la clausola di salvaguardia implica una nozione positiva di terzo. L'efficacia soggettiva del modulo consensuale è, in questo senso, analoga rispettivamente a quella del provvedimento, dell'atto normativo e di quello generale.

A maggior ragione pertanto tale clausola dovrà trovare applicazione nel procedimento volto alla conclusione degli accordi in questione, che, per l'avere come destinatari naturali una pluralità di individui, giustificherebbe anzitutto opportune

regole di massima accessibilità e trasparenza delle negoziazioni; ma soprattutto esigerebbe una fase partecipativa più ampia ed allargata, che superi gli stessi limiti (apparentemente) posti dall'art. 13 della l. n. 241/1990.

Esistono, del resto, già significativi esempi di apertura nella legislazione statale e in quella regionale, ove sono state legittimate forme più estese di partecipazione e di consultazione dei cittadini108. Resterebbe in ogni caso opportuna una modifica dell'art. 13, che ormai funge non solo da ostacolo ad impellenti esigenze e garanzie partecipative, ponendosi in contrasto con lo stesso principio comunitario di buona amministrazione, ma risulta addirittura anacronistico, dimostrando la generale sfiducia del nostro legislatore verso i procedimenti aperti al pubblico e verso forme di partecipazione più fluide, basate sul dibattito, il confronto e l'oralità, rintracciabili nel più ampio panorama europeo, a partire dall'emblematico modello francese.

8. Alcune considerazioni conclusive

Le evoluzioni che più di recente hanno investito il principio di consensualità nell'azione amministrativa, il ricorso alla volontà del privato nella definizione delle scelte pubbliche e l'innesto di nuovi moduli a carattere negoziale nella predeterminazione delle decisioni amministrative dimostrano, una volta di più, come l'ordinamento giuridico ed il principio di legalità siano ormai di fronte ad un guado.

La diffusione di accordi integrativi e persino sostitutivi dei tradizionali strumenti unilaterali di espressione del potere pubblico, siano essi a carattere puntuale che a valenza generale, rappresenta esattamente il punto di emersione di una crisi non solo dell'agire autoritativo classico ma, soprattutto, dell'attuale sistema delle fonti di produzione delle norme giuridiche.

La vicenda degli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privato prova l'inadeguatezza di una lettura tutta positivista delle regole che governano le società attuali. Se si vuole, essa aggiunge un tassello in più nella decostruzione dell'ordinamento giuridico dato; segna la staticità della legge dinanzi alla dinamicità dei fenomeni sociali.

Certo, il diritto pubblico è il frutto della conciliazione tra «elementi antinomici», ed è esattamente questa tensione a costituire il punto di innesto perché possano dischiudersi nuovi spazi interpretativi e nuovi processi creativi. Spazi che, a dispetto dell'immobilismo del legislatore statale, vengono progressivamente occupati dagli enti territoriali e dai Comuni, i veri sensori, infondo, del nostro ordinamento. Tra le altre, le forme di negoziazione pubblico-privato che le prassi amministrative locali ci stanno restituendo – gli accordi di pianificazione, ma anche i più recenti patti di collaborazione – segnano il progredire di un nuovo tessuto sociale e istituzionale che dissolve, e scardina, assetti normativi precostituiti.

Con il che non si vuole dare una lettura del tutto positiva o mistica della consensualità amministrativa.

Seppure, infatti, essa abbia la capacità di spostare la pubblica amministrazione verso più consapevoli posizioni democratiche, quando si colloca la cura degli interessi della collettività in una dimensione che non può prescindere dagli apporti del privato, le esigenze vanno inevitabilmente nel senso di una protezione rafforzata dell'interesse pubblico.

Ed invero, quando la vocazione egoistica ed individuale, insita per natura nel rapporto bilaterale, non è eliminabile, si fanno ancora più evidenti le necessità di circondare gli accordi tra pubblica amministrazione e privati di nuove cautele. E ciò è tanto più vero per i casi in cui il potere consensualmente conformato è tale da incidere su una pluralità di interessi pubblici e privati, e, soprattutto, quando è lo stesso potere normativo ad essere posto al centro del sinallagma.

Ecco dunque il punto di nuova, necessaria, emersione per il principio di legalità. D'altra parte, l'atipicità delle forme di partecipazione dei privati all'azione amministrativa non vale certo ad escluderne o a negarne l'esistenza, al più può indurre a discutere della loro vincolatività. Come del resto si è cercato di dimostrare in queste pagine, gli accordi normativi sono ampiamente possibili e ricorrenti non solo in Italia, ma anche in altri Paesi europei e non. Riaffermarli anche sul piano giuridico non solo ne può amplificare le potenzialità e l'efficacia, come già succede per gli accordi normativi tipici, ma, ci sembra, possa contribuire alla creazione e alla produzione di un "diritto sostenibile" in un'epoca di profonde trasformazioni.

Il diritto di accesso di Francesca Levato

Premessa

Il diritto di accesso agli atti amministrativi è un diritto riconosciuto al cittadino in funzione dei rapporti con lo Stato e la Pubblica amministrazione, al fine, in particolare di garantire la trasparenza di quest'ultima. Il diritto di accesso è sin dall'inizio, nell'esperienza italiana, legato al possesso di una situazione legittimante (che, nel testo originario è dato dal possesso di una "situazione giuridicamente rilevante"). Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, previsto dal Capo V della legge n. 241/90, si lega quindi sia ad esigenze di tutela del singolo (il "diritto" è riconosciuto per salvaguardare posizioni giuridicamente rilevanti che preesistono, quali "diritti soggettivi" ed "interessi legittimi", e che attraverso l'accesso vengono salvaguardati), che a finalità di interesse generale come è ben manifestato nella originaria dizione dell'art. 22 della legge che riconosceva il diritto di accesso al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa. Questo rapporto con la trasparenza, e quindi la cd. natura "bifronte" del diritto di accesso (legato a situazioni individuali, ma

funzionale anche alla cura di interessi pubblici), si è attenuato in seguito alla riforma operata dalla legge n. 15 del 2005, che ha modificato varie parti della legge n. 241.

Questo principio si è concretizzato nella possibilità per i cittadini di attuare un controllo democratico sull'attività dell'amministrazione e della sua conformità ai precetti costituzionali. La legge 15/2005 ha ridisegnato l'istituto dell'accesso elevandolo a principio fondamentale ed estendendolo a tutta la pubblica amministrazione. Titolari del diritto di accesso, ai sensi dell'art 22 della legge 241/1990, sono tutti i soggetti interessati, e cioè i privati, anche portatori di interessi diffusi che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridica tutelata e connessa al documento in relazione al quale si richiede l'accesso.

L'oggetto del diritto d'accesso è il documento amministrativo definito nell'art. 22 come "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa."Riguardo alla libertà di essere informati, nell'art. 11 della Carta di Nizza del 2000 si definisce la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Questa norma pone al centro dell'attenzione il problema dell'accesso alle fonti di informazione, e implica un dovere da parte delle autorità pubbliche di non porre ostacoli alla fruizione delle notizie.

Di qui nasce il diritto di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione, cui è dedicato il Capo V della legge n. 241/1990, Nuove sono le norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi:

Il requisito per l'accesso agli atti risiede in un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (art. 22).

Il diritto all'accesso è negato qualora dalla loro divulgazione possa derivare una lesione (...) alla sicurezza e alla difesa nazionale, quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche e persone giuridiche (art. 24).

Il successivo art. 25 stabilisce che il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti, peraltro avvalendosi di un rito processuale particolarmente con termini dimezzati.

Questo in sintesi è lo schema esplicativo del diritto di accesso che ora andremo ad approfondire nelle sue varie sfaccettature, soprattutto a seguito dell'intervento legislativo con la l. 15/05. La legge 11.2.2005 n. 15, innovando profondamente la legge generale sul procedimento amministrativo (n. 241/1990), ha dettato una disciplina più organica e completa in materia di accesso ai documenti, disciplinato dal

capo V agli artt. 22 e seg. L'art. 22 come novellato dalla legge n. 15/2005 alla lett. a) del comma 1 si preoccupa, a differenza della normativa precedente, di definire il diritto di accesso, inteso come il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi.

Il diritto di accesso in questione è il c.d. accesso conoscitivo (o informativo) e va distinto dal c.d. accesso partecipativo disciplinato dal precedente art. 10 della legge 241/90. Il fondamento giuridico del diritto di accesso conoscitivo va individuato nel principio di trasparenza dell'attività amministrativa e più a monte negli artt. 97 e 98 Cost., ove si enuncia il principio di buon andamento dei pubblici uffici (parte della dottrina ha invece collegato il diritto di accesso al diritto di informazione, garantito dall'art. 21 Cost.). La stessa legge n. 15/2005 contiene in proposito un'importante enunciazione di principio, laddove innovando l'art. 22 della legge n. 241/90, prevede che l'accesso ai documenti, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce un principio generale dell'attività amministrativa, finalizzato a favorire la partecipazione dei privati e ad assicurare l'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa. Poiché il diritto di accesso, prosegue la norma, attiene ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", il relativo fondamento può essere rinvenuto anche nell'art. 117 co. 2 lett. m) della Costituzione, espressamente richiamato dal nuovo art. 22.

Oggetto del diritto di accesso

L'oggetto del diritto di accesso è costituito dai documenti amministrativi definiti, dalla lett. d) dell'art. 22 (come novellato dalla legge n. 15/2005), come ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti relativi ad un determinato procedimento detenuti dalla P.A. La norma ha risolto espressamente ed in maniera positiva il problema se oggetto del diritto di accesso possano essere anche gli atti interni, cioè quegli atti endoprocedimentali che non hanno effetto immediato verso il privato ma costituiscono gli antecedenti del provvedimento finale (es. pareri tecnici e nulla osta).La norma ha risolto anche l'ulteriore problema se il diritto di accesso possa riguardare gli atti di diritto privato emessi dalla P.A.: secondo la nuova disciplina, che sul punto ha recepito le decisioni della giurisprudenza più recente, ciò che conta ai fini del diritto di accesso non è la natura pubblica o privata dell'attività posta in essere, bensì il fatto che l'attività di diritto privato, posta in essere dalla P.A. miri alla tutela del pubblico interesse e sia soggetta al canone di imparzialità .

I titolari del diritto di accesso

Il nuovo art. 22, come novellato dalla legge n. 15/2005, dopo aver puntualizzato (lett. a) che il diritto di accesso è il diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi, alla lettera b), individuando l'area dei soggetti interessati, ossia dei possibili titolari del diritto di accesso, afferma che l'interesse deve

essere diretto, concreto, attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.In particolare, l'interesse deve essere:

- attuale, non con riferimento all'interesse ad agire in giudizio per la tutela della posizione sostanziale vantata, bensì alla richiesta di accesso ai documenti;
- diretto, ossia personale, cioè deve appartenere alla sfera dell'interessato (e non ad altri soggetti);
- concreto, con riferimento alla necessità di un collegamento tra il soggetto ed un bene della vita coinvolto dall'atto o documento; non basta, ad esempio, il generico interesse alla trasparenza amministrativa, occorrendo un 'quid pluris', consistente nel collegamento tra il soggetto ed un concreto bene della vita;
- Secondo la dottrina prevalente, già consolidatasi sotto la vigenza del vecchio testo, l'interesse deve inoltre essere:
- serio, ossia meritevole e non emulativo (cioè fatto valere allo scopo di recare molestia o nocumento),
- adeguatamente motivato, con riferimento alle ragioni che vanno esposte nella domanda di accesso.

L'interesse all'accesso deve presentare, infine, un ulteriore requisito imprescindibile, ossia deve corrispondere ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Va in proposito rilevato che l'accesso è strumentale alla tutela di posizioni qualificate per le quali, già prima della legge n. 15/2005, si discuteva se dovessero avere la consistenza di diritto soggettivo, interesse legittimo o altro. La legge n. 15/2005, nel richiedere espressamente che l'interesse corrisponda ad una situazione giuridicamente tutelata dall'ordinamento, non ha fatto altro che avallare i risultati ai quali era pervenuta la giurisprudenza più recente.

Quest'ultima da un lato esclude il diritto di accesso per i titolari degli interessi di fatto ma dall'altro va oltre la sfera dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, purchè venga in rilievo una posizione tutelata dall'ordinamento, quale ad esempio, le aspettative di diritto, ma anche posizioni di interesse procedimentale (si pensi alla situazione del legittimato a determinare l'apertura di un procedimento amministrativo ad istanza di parte, nella fase anteriore alla presentazione della domanda), nonché di interessi allo stato diffuso sia pure a certe condizioni.

Altro problema, che si è posto ed è stato espressamente affrontato dalla legge n. 15/2005, ha riguardato le associazioni e comitati portatori di interessi diffusi. La legge 15/2005 all'art. 1 lett. b) ha espressamente esteso la qualifica di "interessati" (potenziali titolari del diritto di accesso) ai soggetti privati "portatori di interessi diffusi".

La giurisprudenza formatasi prima dell'intervento della nuova legge, al cospetto di istanze di accesso di enti esponenziali di interessi diffusi, si è limitata a verificare la sussistenza di un nesso pertinenziale tra l'oggetto dell'accesso ed i fini statutari dell'ente, anche considerando il tasso di rappresentatività dello stesso. Viceversa non ha consentito l'accesso quando riguarda elementi informativi estranei alla sfera giuridica dell'associazione o quando il fine statutario dell'ente è il generico interesse al controllo della trasparenza e legittimità dell'azione amministrativa, circostanza ritenuta insufficiente a giustificare il diritto di accesso; ciò risulta d'altronde confermato espressamente dalla legge n. 15/2005 che al nuovo art. 24 ha disposto che "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

Va tuttavia precisato che, per es in materia ambientale, il legislatore con il d. lgs. n.. 39/97 ha previsto un ampliamento sia del novero dei soggetti legittimati all'accesso sia dei documenti ostensibili; per quanto riguarda i soggetti, è stato previsto che legittimato alla richiesta è "chiunque, senza che occorra dimostrare il proprio interesse"; per quanto riguarda l'oggetto, viene adottata una nozione allargata rispetto all'originario dettato della legge n. 241/90, perché ricomprende "qualsiasi informazione in materia ambientale".

I soggetti passivi obbligati a consentire l'accesso

Il nuovo testo dell'art. 23, come introdotto dal comma 2 dell'art. 4 l. 265/1999, e non modificato dalla legge n. 15/2005, definisce in modo diverso e più onnicomprensivo l'ambito dei soggetti nei cui confronti è esercitabile il diritto di accesso ai documenti. Ora, infatti, tale diritto è esercitabile nei confronti di:

- tutte le pubbliche amministrazioni (non più solo statali);
- nei confronti delle aziende autonome e speciali (in tal modo ricomprendendo espressamente le aziende previste dall'art. 22 l. 142/1990);
- degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi.

L'elencazione di cui all'art. 23, nuovo testo, si chiude con la specifica menzione del diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza (cd. "autorità indipendenti"), che si esercita "nell'ambito dei rispettivi ordinamenti secondo quanto previsto dall'art. 24.Il problema più importante si è posto per i privati gestori di pubblici servizi. Fondamentali sul punto sono le due decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (nn. 4 e 5 del 1999), la quale ha rilevato che ciò che conta ai fini dell'operatività del diritto di accesso non è la natura pubblica o privata dell'attività posta in essere, bensì il fatto che l'attività, ancorché di diritto privato:

- miri alla tutela di un pubblico interesse
- e sia soggetta al canone di imparzialità.

In tal modo l'Ad. Plenaria ha distinto tra attività privatistica della PA ed attività dei privati concessionari di pubblici servizi. Per quanto concerne l'attività privatistica della PA, è stato ritenuto che il diritto di accesso operi in ogni caso, perché tutta l'attività della PA è sempre ispirata ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Per quanto concerne l'attività dei concessionari, la giurisprudenza ha distinto tra i vari momenti nei quali si esplica:

- nei procedimenti per la formazione delle determinazioni contrattuali, quali ad esempio la scelta del contraente, il dovere di imparzialità è 'in re ipsa' e l'accesso va garantito;
- analogamente per quanto concerne le scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio (scelte dirette ad offrire un servizio avente certi standards qualitativi), ove pure il dovere di imparzialità opera: anche qui l'accesso va garantito;
- per quanto concerne le cc.dd. attività residuali del concessionario, ossia le attività diverse dalla gestione del servizio, la giurisprudenza afferma che occorre operare un giudizio di bilanciamento degli interessi cui la stessa è preordinata, per cui se prevale l'interesse pubblico su quello puramente imprenditoriale, il diritto di accesso deve operare (in tal caso la valutazione comparativa deve tener conto di alcuni parametri, quali il grado di strumentalità dell'attività rispetto all'attività di gestione del servizio; il regime sostanziale dell'attività; l'adozione da parte del gestore di regole dirette a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza, buona fede e correttezza).

All'opposto deve trovare applicazione integralmente il diritto privato quando il soggetto, pur avendo natura pubblica, formalmente o sostanzialmente (proprietà pubblica di una società), non gestisce servizi pubblici e svolge un'attività comunque estranea alla sfera della rilevanza collettiva degli interessi. In tal caso il privato dovrà avvalersi degli ordinari strumenti previsti dal c.p.c. (art. 210 ordine di esibizione di atti alla parte o al terzo).La legge n. 15/2005, come si è detto, non è espressamente intervenuta sul punto (anzi il disposto dell'art. 23 è rimasto invariato), ma si è indirettamente occupata del problema a livello definitorio, laddove il nuovo testo dell'art. 22 alla lett. e) ha statuito che per pubblica amministrazione deve intendersi qualunque soggetto di diritto pubblico o di diritto privato "limitatamente" all'attività di pubblico interesse, confermando in tal modo le soluzioni interpretative sopra esposte e formulate dalla giurisprudenza più recente.

Diritto di accesso e suoi limiti

L'art. 24 è stato fortemente innovato dalla legge n. 15/2005 che, dettagliando e specificando in maniera più esaustiva la normativa precedente, ha previsto vari livelli

di limitazioni al diritto di accesso.Un primo livello di limiti è previsto dalla stessa legge stessa.

L'art. 24 al primo comma esclude il diritto per tutti i documenti coperti dal segreto di Stato ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge o dal regolamento governativo di attuazione. A tali materie, per le quali già il vecchio art. 24 prevedeva l'esclusione del diritto di accesso, la legge n. 15/2005 ha aggiunto nuove materie, onde l'accesso è stato ulteriormente escluso:

- nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;
- nei confronti delle attività della PA dirette all'emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, di programmazione e pianificazione, che restano soggette alla loro disciplina particolare;
- nei procedimenti selettivi, quando vengono in rilievo documenti contenenti informazioni di natura psico-attitudinale relativi a terzi.

Quando vengono in rilievo queste materie, le singole amministrazioni (Ministeri ed altri enti) debbono individuare, con uno o più regolamenti, le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di salvaguardia degli interessi indicati nel comma 1. Fuori da queste ipotesi (quelle cioè indicate dal nuovo art. 24 co. 1), il nuovo comma 6 dell'art. 24 enuncia la regola di principio secondo cui il diritto di accesso può essere escluso per l'esigenza di salvaguardare:

- la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali;
- la politica monetaria e valutaria;
- l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità;
- la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, giuridiche, gruppi, imprese ed associazioni con particolare riferimento agli interessi di natura epistolare, sanitaria, finanziaria, industriale e commerciale;
- l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

In tali casi, la disciplina concreta è rimessa ad un regolamento delegato al Governo, emanato nella forma del D.P.R. ai sensi del secondo comma dell' art. 17 l. 400/ 1988 (cd. delegificazione della materia), al quale è demandato di disciplinare non solo le modalità di esercizio del diritto ma soprattutto i casi di esclusione nel rispetto dei principi e criteri direttivi dettati dalla legge (cd. di delega).La legge attribuisce però alla PA anche uno specifico potere discrezionale, che le fonti secondarie possono disciplinare più dettagliatamente: il potere di differire l'accesso ai documenti richiesti, ossia di negare l'accesso solo per un periodo di tempo determinato (il nuovo comma 4

disciplina il potere di differimento più genericamente di quanto facesse in passato il vecchio comma 6 che condizionava l'esercizio del potere di differimento alle ipotesi in cui la conoscenza del documento poteva impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa).Non vi è dubbio che, anche alla luce della nuova disciplina, i regolamenti possono prevedere ipotesi specifiche di differimento, fissandone la durata (in tal caso non si configurerebbe un potere discrezionale in capo alla PA. procedente).E' poi previsto che la P.A. non può negare l'accesso ai documenti nelle ipotesi in cui sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento (art. 24 co. 4 come modificato dalla legge n. 15/2005).

L'accesso negli atti tributari

Prima dell'intervento della legge n. 15/2005, la giurisprudenza aveva risolto in senso affermativo il problema della compatibilità della normativa sul diritto di accesso con il settore tributario.La tesi positiva era stata da ultimo sostenuta dalle sezioni unite della Cassazione con la sentenza del 28.5.1998 n. 5292. La riforma della legge sul procedimento amministrativo (n. 15/2005), nel riscrivere i casi di esclusione del diritto di accesso -prevedendo una serie di limitazioni all'esercizio di tale diritto in relazione ad esigenze di segreto o di riservatezza concernenti determinati procedimento amministrativi, poste sia nell'interesse pubblico che nell'interesse di terzi- dispone espressamente, come già rilevato in precedenza, l'esclusione dell'accesso nei procedimenti tributari, affermano che per questi ultimi "restano ferme le particolari norme che li regolano" (art. 24 co. 1 lett. b).Tale espressione ricalca quella dell'art. 13 co. 2 della legge 241/90 a mente del quale le disposizioni concernenti la partecipazione al procedimento amministrativo non si applicano ai procedimenti tributari per i quali "restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano".

La riforma ha espressamente risolto, quindi, in senso, negativo il problema dell'ammissibilità del diritto di accesso nei procedimenti tributari, pervenendo a conclusioni opposte a quelle sostenute dalla giurisprudenza prevalente. La ratio di tale esclusione è da ricercare nella peculiarità dell'attività svolta dagli uffici tributari e nella conseguente impossibilità logico-giuridica di un'estensione a tali procedimenti della disciplina dettata in materia di partecipazione della legge n. 241/90 per la generalità dei procedimenti. In particolare, l'inapplicabilità deriva dalla struttura del procedimento tributario, in cui esiste un solo soggetto interessato, ossia il soggetto d'imposta, e di conseguenza non è neppure astrattamente configurabile la partecipazione di terzi. In conclusione, sia il diritto di accesso sia la partecipazione al procedimento seguono, nei procedimenti tributari, le particolari norme che li regolano. Il riferimento attiene in particolare alla legge 27.7.2000 n. 212 (c.d. statuto del contribuente), che, nell'intento di perseguire, tra l'altro, finalità analoghe alla legge 241, ha introdotto alcuni principi generali improntati alla collaborazione e alla buona fede reciproca tra fisco e contribuente, derogabili solo espressamente a mezzo di legge ordinaria.

Nel delimitare l'ambito soggettivo, l'art. 1 stabilisce che la legge si applica non solo all'amministrazione finanziaria, ma anche ai soggetti che rivestono la qualifica di concessionari nonché agli enti locali, che devono, entro sei mesi, adeguare gli statuti e gli atti normativi ai principi generali della nuova legge. Alcune disposizioni (art. 2, 5 e 10) sono rivolte al legislatore e sono finalizzate a rendere conoscibile la legge tributaria mediante la previsione di obblighi concernenti la collocazione delle disposizioni tributarie solo all'interno di testi legislativi di tale natura nonché la riproduzione nel testo delle disposizioni richiamate.

Negli art. 3 e 4 si prescrive:

- che la introduzione di nuovi tributi non può avvenire a mezzo decreto legge;
- che solo le norme interpretative possono avere efficacia retroattiva; che sono improrogabili i termini di prescrizione e decadenza.

Gli art. 6 e 7 riproducono specificatamente alcuni principi contenuti nella 1. n. 241. Si tratta di disposizioni rivolte all'amministrazione finanziaria, che, in caso di incertezza sul contenuto della dichiarazione dei redditi, deve invitare il contribuente a fornire i chiarimenti necessari e ad esibire i documenti, a pena di nullità dell'iscrizione a ruolo. Inoltre, si ribadisce l'obbligo di motivazione in fatto e diritto dei provvedimenti e di allegazione degli atti richiamati in caso di motivazione per relationem.

Completano il quadro delle garanzie introdotte, ex art., 8, 9, 12 e 13, l'espressa previsione:

- della compensazione tra debiti e crediti;
- la potestà del Ministro di concedere sospensioni e differimenti dei termini di adempimento;
- le prescrizioni che devono essere osservate nelle verifiche ed ispezioni fiscali (possono essere disposte solo in caso di effettive esigenze di indagine e previa comunicazione delle ragioni giustificatrici);
- la nomina in ogni Regione di cui un garante del contribuente, da nominare con le modalità di cui all' art. 13, che ne stabilisce anche i compiti e le funzioni.
- Una novità assoluta è l'istituto dell'interpello, che si pone in deroga al principio della irrilevanza dei pareri espressi dalla p.a. sull'interpretazione della legge; in caso di obiettiva incertezza interpretativa di una norma tributaria, il contribuente può interpellare l'amministrazione proponendo un' ipotesi di soluzione; la risposta dell'amministrazione ha effetto vincolante rispetto al caso specifico mentre la mancata risposta nel termine di 120 giorni assume il significato di un silenzio assenso alla proposta del contribuente.

L'iter procedurale per l'accesso ai documenti

Poiché è riconosciuto agli interessati un "diritto" all'accesso, il relativo procedimento è evidentemente ad istanza dell'interessato. Le modalità di esercizio del diritto di accesso sono disciplinate dai commi 1-4 dell'art. 25 L. 241/90 e dagli art. 3-7 d.P.R. 352/1992.

La richiesta

L'interessato, per esaminare o estrarre copia di documenti, deve formulare una richiesta, formale o informale, ma sempre "motivata", sicché sarebbe legittimo negare l'accesso nel caso di istanze generiche, defatigatorie, del tutto estranee alla sfera giuridica del richiedente.

La competenza

La richiesta deve essere presentata all'ufficio dell'amministrazione, centrale o periferico, competente a formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenere stabilmente il relativo documento, ma non rileva l'eventuale errore nella presentazione essendovi l'obbligo dell'ufficio ricevente di trasmettere la richiesta a quello competente, come pure il richiedente deve essere invitato a riparare all'irregolarità o incompletezza della richiesta, che non può, quindi, essere respinta senz'altro per questa ragione.

L'avvio del procedimento

Si discute se sia applicabile l'art. 7 della legge 241/90 che impone di dare comunicazione dell'avvio del procedimento. La soluzione negativa appare preferibile perché la legge regolamenta il particolare procedimento per l'accesso in ogni sua parte e non richiama l'art. 7; la legge, inoltre, privilegia il rapido svolgimento della procedura di accesso e tale finalità appare inconciliabile con l'obbligo di dare avviso dell'inizio del procedimento.

Il responsabile

Il d.P.R. 352/92 (art. 4, co. 7) provvede direttamente ad individuare il responsabile del procedimento nel dirigente, o altro dipendente da questi designato, dell'unità organizzativa competente a formare o detenere l'atto conclusivo di un procedimento, e ciò anche in caso di accesso ad atti infraprocedimentali.

La decisione

Entro trenta giorni dalla richiesta, la P.A. deve esprimere le sue determinazioni:

- se accoglie la richiesta, indica le modalità e fissa il termine (non inferiore a quindici giorni) per prendere visione dei documenti o ottenerne copia (l'accoglimento si estende di regola anche agli altri documenti richiamati e appartenenti allo stesso procedimento); il diritto all' accesso può anche essere realizzato mediante la pubblicazione degli atti nella Gazzetta Ufficiale o

secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, comprese le forme di pubblicità attuabili mediante strumenti informatici, elettronici e telematici;

- se rifiuta l'accesso, totalmente o parzialmente, o lo differisce, il responsabile del procedimento deve motivare il provvedimento con riferimento specifico alla normativa vigente, alle categorie di atti per i quali è stato escluso l'accesso dai regolamenti delle singole amministrazioni e alle circostanze di fatto che rendono non accoglibile la richiesta così come proposta (art. 25 co. 3 non modificato dalla legge n. 15/2005).

La motivazione

Soltanto il provvedimento in tutto o in parte negativo dell'amministrazione deve essere motivato, il che significa che la motivazione del provvedimento di accoglimento è fornita dalla domanda dell'interessato e dalla normativa concernente l'accesso; peraltro, i contenuti dell'obbligo di motivazione sono chiaramente indicativi dell'inesistenza di veri e propri poteri discrezionale in materia (eccettuato il potere di differimento).

Il silenzio

Trascorsi trenta giorni dalla richiesta senza che l'amministrazione si sia pronunciata, "questa si intende respinta" (ipotesi di silenzio rigetto), con la conseguenza che l'interessato può attivare il rimedio giurisdizionale del ricorso al Tar (senza bisogno di alcun atto di diffida e messa in mora dell' amministrazione).

La tutela giurisdizionale

Ai sensi dell'art. 25 co. 5, contro le determinazioni della P.A. (di rigetto; di accoglimento nei casi di ricorso da parte dei controinteressati all'accesso; circa la pronunzia sulle spese a carico del richiedente; nei casi di inerzia alla scadenza del trentesimo giorno), l'interessato può proporre (entro trenta giorni) ricorso al GA.

Il GA -uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta o le parti personalmente- decide in camera di consiglio, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso. La legge n. 15/2005, inserendo nell'art. 25 il comma 5 bis e recependo quanto già in precedenza affermato in via generale dall'art. 4 co. 3, l. 205/2000 (norma poi abrogata dalla legge n. 15/2005), eliminando l'obbligo della difesa tecnica, ha stabilito che in questi giudizi si può agire personalmente, senza l'assistenza del difensore; anche l'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purché in possesso della qualifica di dirigente e possegga l'autorizzazione del rappresentante legale dell'ente. In caso di accoglimento totale o parziale del ricorso, il giudice amministrativo ordina l'esibizione dei documenti richiesti (art. 25 comma 6).Per l'appello, proponibile entro trenta giorni dalla notifica della decisione del TAR, al Consiglio di Stato si osservano le stesse regole (art. 25 co. 5, ultima parte).

Si ritiene che il giudizio speciale, connotato da rito camerale di urgenza, sia incompatibile con la richiesta di misure cautelari (sospensione del procedimento di accesso, del rifiuto o dell'accoglimento).Per quanto concerne la forma della decisione, la previsione di una "decisione" adottata in camera di consiglio potrebbe legittimare anche la forma più agile dell'ordinanza, ma è certo comunque che si tratta di un procedimento speciale - al quale è estranea la natura propriamente cautelare - culminante in una pronunzia che statuisce, con effetti di giudicato sostanziale, in ordine al diritto di accesso.

Nei giudizi concernenti il diritto di accesso una posizione particolare ricoprono i c.d. controinteressati, che vengono in rilievo quando la richiesta di documenti riguarda soggetti terzi. In tal caso la PA deve effettuare un'operazione di delicato bilanciamento tra due contrapposti interessi giuridici privati: il diritto all'informazione del richiedente e il diritto alla riservatezza del terzo (es. trattamenti sanitari, attività professionali, finanziarie, industriali, commerciali). Pertanto, laddove gli atti amministrativi relativi a tali materie vengano richiesti da soggetti terzi, gli originari destinatari dei predetti atti i quali sarebbero legittimati ad impugnare il provvedimento di accoglimento della richiesta di accesso - assumono là posizione processuale di controinteressati nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 25 dal soggetto richiedente contro il diniego di accesso. Con riguardo, però, all' accesso ad atti di procedure concorsuali, è stato confermato il principio generale secondo il quale nella materia non sono rinvenibili soggetti controinteressati, dovendosi escludere l' esigenza di tutela della riservatezza.

Il diritto di accesso in pendenza di ricorso amministrativo

Può avvenire che l'interesse a conoscere determinati atti della PA sorga nel contesto di un giudizio amministrativo innanzi al GA ,ove si domanda l'annullamento di un certo atto lesivo della posizione sostanziale di base vantata dal privato. Si è posto pertanto il problema se, a seguito del rifiuto di accesso della PA, il privato possa ricorrere al GA ai sensi dell'art. 25 co. 5 e all'esito continuare il ricorso principale.

Il problema è stato successivamente affrontato e risolto dapprima con l'art. 1 della legge 205/2000 (che ha modificato l'art. 1 della legge 1034/1971) e da ultimo dalla legge n. 15/2005 (che ha inserito un nuovo periodo all'interno del comma 5 dell'art. 25) che ha stabilito che in pendenza di un ricorso, l'impugnativa di cui all'art. 25 co. 5

può essere proposta mediante istanza al Presidente del tribunale e depositata presso la segreteria della sezione cui il ricorso è assegnato, previa notifica alla PA ed ai controinteressati; la decisione viene presa in camera di consiglio attraverso un'ordinanza istruttoria.

Di conseguenza:

il legislatore ha ammesso il diritto di accesso in pendenza di un ricorso;

la norma prevede un sistema semplificato e facoltativo nel senso che, a fronte del diniego della PA che rifiuta il documento, il privato può:

- iniziare il procedimento ordinario di cui all'art. 25 co. 5 della legge 241.
- dare luogo al giudizio semplificato con istanza al presidente del tribunale: in tal caso il giudice, per decidere sulla richiesta di accesso, prescinderà, secondo la tesi prevalente, dalla sussistenza dei presupposti di cui alla legge 241 e deciderà semplicemente valutando se la documentazione richiesta è pertinente al giudizio principale (il giudice si limita cioè a verificare se il documento serve per consentire l'esercizio del diritto di difesa nel processo principale).

Tutela civilistica

Consiste nella possibilità di ottenere dal giudice civile il risarcimento del danno subito a seguito dell'illegittimo diniego del diritto di accesso. In ordine alla natura giuridica della responsabilità della P.A., nonostante una corrente minoritaria la abbia qualificata come contrattuale, partendo dall'assunto che la richiesta di accesso, instaurando una sorta di contatto sociale tra il privato e la P.A., obbligherebbe quest'ultima ad apprestare i mezzi idonei a soddisfare la richiesta (alla stregua di una prestazione di tipo contrattuale), la tesi prevalente è nel senso che trattasi di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., nel senso che, pur se venisse qualificato come interesse legittimo, l'accesso costituirebbe un bene della vita la cui lesione integra il danno ingiusto di cui alla norma richiamata.Il problema che si è posto concerne la prova del pregiudizio subito dal privato a seguito dell'illegittimo diniego di accesso opposto dalla P.A. Secondo la dottrina prevalente la soluzione dipenderebbe dalla situazione sostanziale cui l'accesso è preordinato:

- se l'accesso mira all'esercizio di un diritto soggettivo preesistente, il pregiudizio consiste nelle difficoltà incontrate nell'esercizio di quel diritto a causa del diniego dei documenti;
- se, invece, il privato domanda l'accesso allo scopo di ottenere tutela di un interesse pretensivo (es. mira ad ottenere un'autorizzazione o concessione), occorre ulteriormente distinguere a seconda del tasso di discrezionalità riservato alla P.A.:

- se si tratta di meri accertamenti, al privato sarà sufficiente dimostrare che esistevano i presupposti di fatto per ottenere quell'effetto favorevole che il mancato accesso ha vanificato;
- se si tratta di attività ad alto tasso di discrezionalità, occorrerà effettuare un c.d. giudizio prognostico al fine di verificare se il bene della vita, cui la domanda di accesso era preordinata, spettava o meno al privato richiedente.

Sotto il profilo della giurisdizione sulla domanda risarcitoria, entrambe le tesi sono state sostenute: quella secondo cui il privato potrebbe adire direttamente il G.O. al fine di ottenere il risarcimento del danno (in tal caso il giudice civile potrebbe conoscere in via incidentale dell'illegittimità del diniego dell'accesso); quella del c.d. doppio binario, secondo cui il privato dovrebbe adire prima il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento del diniego illegittimo e poi adire il G.O. onde ottenere il risarcimento del danno.

Tutela in sede penale

Com'è noto l'art. 328 co. 2 c.p. prevede il reato di omissione di atti di ufficio, punendo il pubblico ufficiale che entro 30 giorni dalla richiesta non compie l'atto e non risponde delle ragioni del ritardo.

Il reato si configura anche a fronte di una richiesta di accesso avanzata dal privato:

- domandato l'accesso ad un documento da parte del privato, infatti, il pubblico ufficiale ha il dovere di rispondere entro trenta giorni o rilasciando l'atto richiesto ovvero negandolo motivatamente;
- nell'ipotesi di mancata risposta espressa nel termine previsto, ai sensi del comma 4 dell'art. 25 della legge n. 241/90, la richiesta "si intende respinta";
- unitamente al meccanismo del silenzio rigetto, scatterà a carico del funzionario inadempiente anche la sanzione penale di cui all'art. 328 co. 2 c.p. Per parte della giurisprudenza il reato non sarebbe mai configurabile in materia di accesso: scattando infatti il meccanismo del silenzio rigetto, un provvedimento negativo sarebbe stato pur sempre emesso dalla P.A., onde scatterebbe la causa di giustificazione codificata dall'art. 51 c.p., costituendo un diritto della P.A. il potere di sostituire un provvedimento tacito a quello espresso.

E' stato tuttavia giustamente replicato che il richiamo alla scriminante di cui all'art. 51 c.p. appare fuori luogo, giacchè il meccanismo del silenzio rigetto costituisce soltanto una 'fictio iuris' e non manifestazione di un diritto attribuito dalla P.A. (che anzi ha pur sempre il dovere di concludere il procedimento mediante provvedimento espresso ex art. 2 co. 2 l. n. 241/90). La giurisprudenza prevalente, inoltre, non ha ritenuto di condividere nemmeno l'impostazione dottrinale secondo cui la consumazione del reato presupporrebbe che, a seguito della formazione del silenzio

rigetto per effetto del decorso dei trenta giorni dall'istanza, l'interessato invii un ulteriore atto di diffida.

La tesi, che sarebbe plausibile ove il termine per la conclusione del procedimento sia superiore a quello penale di trenta giorni, non appare esatta nel caso in cui il termine procedimentale e quello penale coincidano: in tal caso un atto sollecitatorio, volto a stigmatizzare un silenzio già intrinsecamente illecito, sarebbe sicuramente inutile

Natura giuridica del diritto di accesso

La tesi dominante è orientata nel senso che la pretesa all'accesso, conformemente alla qualificazione normativa, abbia la consistenza di un diritto soggettivo perfetto, affidato, pertanto, alla giurisdizione esclusiva del G.A., chiamato a dirimere una controversia avente ad oggetto diritti in conflitto e non l'esercizio di un potere dell'amministrazione.

La qualificazione dell'accesso come diritto soggettivo comporta le seguenti conseguenza:a) il decorso del termine per proporre il ricorso contro il diniego dell'accesso non impedisce all'interessato di far valere il diritto di accesso nell'ordinario termine di prescrizione;b) nel corso del giudizio dinanzi al GA deve ammettersi la possibilità della PA di addurre nuove ragioni che giustificano il diniego dell'accesso;c) la mancata notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati non rende inammissibile in ricorso stesso, ma obbliga il giudice ad integrare il contraddittorio per assicurare la partecipazione dei litisconsorti a norma dell'art. 102 c.p.c. Senonchè l'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 16/99) ha sostenuto la tesi dell'interesse legittimo, sulla base delle seguenti argomentazioni:

- l'uso del termine 'diritto' per qualificare l'accesso non è significativo, poichè sia nella Costituzione sia nelle leggi ordinarie si parla spesso di "diritti" per designare genericamente situazioni di vantaggio (es. diritto al lavoro, diritto di partecipare al procedimento, ecc.);
- alla PA è affidato il compito di risolvere i concreti conflitti di interesse, mediante l'esercizio del potere di limitare o differire l'accesso che quindi assume la consistenza di interesse legittimo proprio perché sottoposto al potere della PA; contro le sue determinazioni è accordato il rimedio giurisdizionale entro un termine di decadenza, secondo il modulo tipico del giudizio di impugnazione di atti di esercizio del potere.

Le conseguenze processuali sono naturalmente di segno opposto rispetto a quelle scaturenti dalla configurazione della controversia come vertente sopra un diritto soggettivo: il termine di decadenza per ricorrere è perentorio, divenendo inoppugnabile dopo la sua scadenza il provvedimento negativo (anche implicito) dell' amministrazione; il problema dei motivi aggiunti va risolto negativamente; la mancata notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati ne determina

l''inammissibilità.Tale ultima tesi non è andata esente da critiche almeno sotto due profili:

- in primo luogo qualche perplessità riguarda il tentativo di desumere la consistenza della posizione soggettiva del privato dal carattere impugnatorio del giudizio sulla base di un'equazione (modello impugnatorio=interesse legittimo) che subisce numerose deroghe e temperamenti;
- in secondo luogo nella prospettiva dell'interesse legittimo, peraltro, si avrebbe un giudizio impugnatorio del tutto atipico, in quanto caratterizzato dal potere del giudice di assicurare direttamente la soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente (mediante 1'ordine di esibizione di determinati documenti, in totale o parziale accoglimento del ricorso).

La giurisprudenza successiva si è in parte discostata da tale pronunzia: cfr. ad es. C.d.S. n. 4092/2000 ove si afferma che l'accesso ai documenti si configura come un diritto soggettivo perfetto la cui cognizione è devoluta alla giur. esclusiva del G.A. secondo le regole di accertamento proprie dei diritti soggettivi.

Le autorità di tutela e presidio del diritto di accesso

La Commissione per l'accesso

L'art. 27 della 241 (norma novellata dalla legge n. 15/2005) ha istituito la "Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi", cui sono state attribuite le funzioni di:

- vigilare sulla piena attuazione del principio di piena conoscibilità degli atti amministrativi;
- redigere una relazione annuale sulla trasparenza nell'attività della PA;
- proporre al Governo modifiche delle leggi e dei regolamenti onde realizzare la più piena tutela del diritto di accesso.

Per quanto concerne la natura giuridica, il compito della Commissione non è tanto di perseguire interessi pubblici amministrativi, quanto di tutelare imparzialmente l'interesse dei cittadini da una posizione di indipendenza dal Governo e quindi dal relativo indirizzo politico, nell' esercizio di una funzione per più versi assimilabile, dal punto di vista sostanziale, a quella giurisdizionale. La dottrina più recente ritiene quindi che trattasi di un'Autorità amministrativa indipendente.

Il Difensore civico

La figura è di origine scandinava (ombudsman) e non è previsto dalla Costituzione; sconosciuto al nostro ordinamento fino all'istituzione delle regioni, avendo poi queste provveduto alla sua istituzione e concreta disciplina, basandosi o su specifiche disposizioni statutarie oppure richiamando l'art. 117 della Costituzione. Per i comuni

e le province, invece, l'art. 8 della 1. 142/90 (sulle autonomie locali), ha consentito che gli statuti provinciali e comunali potessero prevederlo per svolgere il «ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento» dell'amministrazione, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell' amministrazione nei confronti dei cittadini.

Ora l'istituto è specificamente previsto dall'art. 11 t.u.e.l., con l'indicazione dei compiti e demandando agli statuti di disciplinare modalità di nomina e attribuzioni.L'istituto è stato potenziato con l'art. 16 della l. 127/1997, che ha affidato ai difensori civici delle regioni e province autonome, a tutela dei cittadini residenti nei comuni delle stesse regioni e province e fino all'istituzione del difensore civico nazionale, il compito di esercitare le funzioni di richiesta, proposta, sollecitazione e informazione anche nei confronti delle amministrazioni periferiche dello Stato. È

fatta eccezione per le amministrazioni competenti in materia di difesa, di sicurezza pubblica e di giustizia. L'intervento del difensore civico può essere di ufficio o ad istanza di parte; può avvalersi della collaborazione dell'amministrazione interessata al suo intervento; deve essergli garantito un agevole accesso alla documentazione connessa all' oggetto del suo intervento. Il nuovo comma 4 dell'art. 25 della legge 241/90 (come modificato dalla legge n. 15/2005), proseguendo sulla scia dell'art. 15 della legge 340/2000, ha previsto uno specifico compito del difensore civico nella tematica nell'accesso ai documenti. In particolare l'interessato, a fronte del diniego di accesso della PA, ha la possibilità, entro il termine di trenta giorni, di chiedere al difensore civico competente il riesame della determinazione della PA; se il difensore civico reputa illegittimo il diniego lo comunica alla PA procedente.

A questo punto la PA ha il dovere di rispondere entro il termine di trenta giorni; entro questo termine la PA:

- conferma motivatamente il precedente diniego e la partita si chiude qui;
- oppure non conferma e concede espressamente l'accesso;
- oppure non risponde ed allora dopo 30 giorni l'accesso si intende consentito (c.d. silenzio assenso legittimante).

Le conseguenze sono le seguenti:

- il ricorso al difensore è alternativo al ricorso giurisdizionale per il quale l'interessato può comunque in ogni momento optare;
- il difensore civico è privo di poteri decisori definitivi, ma stimola solo la PA a rivedere il proprio operato;
- il ricorso al difensore è possibile solo da parte dell'interessato all'accesso e non da parte dei controinteressati.

Rapporti tra diritto di accesso e tutela della riservatezza

Il tema di accesso si è prospettato il possibile conflitto di interessi tra la tutela accordata dall'ordinamento al relativo diritto e quella riconosciuta al diritto alla riservatezza, allorché la richiesta di accesso riguardi documenti contenenti notizie su soggetti estranei alla P.A. (individui o imprese) e vengano in rilievo notizie intime di terzi che, pur se conosciute dalla P.A., non dovrebbero essere accessibili ai terzi.

Partendo dall'esame della soluzione scelta dall'art. 24 della legge 241/90, la prevalenza del diritto di accesso era ancorata a due condizioni:

- l'accesso deve mirare alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti;
- il diritto di accesso deve inoltre limitarsi alla sola possibilità di prendere visione degli atti (restando escluso il rilascio di copia).

L'art. 8 del d.p.r. 352/92 ribadiva tale impostazione, aggiungendo che, fuori dai suddetti limiti, doveva prevalere il diritto alla riservatezza.Il sopravvento della legge n. 675/1996, in tema di trattamento dei dati personali, innescò una serie di problemi:

- l'art. 43 dispose che "restano ferme le norme vigenti in tema di accesso ai documenti";
- l'art. 22 sottopose il trattamento (e quindi la divulgazione) dei c.d. dati sensibili a speciali limitazioni, disponendo che il trattamento dei dati sensibili da parte degli enti pubblici è consentito solo nei casi stabiliti dalla legge che deve evidenziare le finalità di pubblico interesse", le operazioni eseguibili nonché i dati trattabili;
- infine l'art. 27 in base al quale la comunicazione e diffusione da soggetti pubblici a privati dei dati personali (non sensibili) è consentita nei casi previsti dalla legge o da regolamento.

La soluzione interpretativa proposta dal Consiglio di Stato con la decisione n. 59/99 prese il nome di doppio binario:

- quanto ai dati comuni (ossia non sensibili), l'accesso deve ritenersi consentito solo per la tutela di interessi rilevanti ed è limitato alla presa visione del documento (cfr. art. 27 che rinvia ai casi previsti dalla legge, ossia all'art. 24 della legge 241/90);
- quanto ai dati c.d. sensibili, l'art. 22 consente l'accesso solo se lo preveda una specifica disposizione di legge che evidenzi le finalità di pubblico interesse, le operazioni eseguibili ed i dati trattabili.

Il decreto legislativo n. 135/99 è tuttavia intervenuto a modificare l'impostazione della legge n. 675/99 circa il trattamento e l'accesso dei dati sensibili. In base al nuovo art. 22 co. 3 e 3 bis. della legge 675 (come modificati dal d. lgs. n. 135/99) il trattamento dei dati sensibili da parte della P.A. può avvenire nei seguenti casi ed attraverso le seguenti modalità:

- in caso di espressa previsione di legge che specifichi i dati trattabili, le operazioni eseguibili e le finalità di pubblico interesse ritenute prevalenti;
- in mancanza di legge e nelle more della sua adozione, la PA può domandare al Garante di individuare quali fra le attività debbono considerarsi di rilevante interesse pubblico e come tali consentire il trattamento dei dati sensibili;
- quando una legge determini le finalità di rilevante interesse pubblico ma non specifica il tipo di operazioni eseguibili o i dati trattabili, sarà la singola PA interessata al trattamento a compiere l'operazione integrativa, per poi passare a compiere il trattamento dei dati.

Ciò posto va rilevato, con specifico riferimento al diritto di accesso, che l'art. 16 del decreto in commento qualifica l'accesso quale attività di rilevante interesse pubblico, con la conseguenza che viene a cadere il primo limite al trattamento mediante "ostensione" dei dati sensibili essendovi una legge (appunto l'art. 16 cit.) che esprime le finalità di pubblico interesse sottese al diritto di accesso. Tale sistema appare confermato dal d. lgs. n. 196/2003 (codice della privacy) il cui art. 59 dispone che il diritto di accesso ai documenti contenenti dati personali o sensibili e le operazioni di trattamento eseguibili in conseguenza di una domanda di accesso restano disciplinati dalla legge n. 241/90 e dalle altre disposizioni in materia, riconfermando, inoltre, che le attività in oggetto (accesso e trattamento) si considerano di rilevante interesse pubblico. Ulteriore problema si è posto, infine, per i dati c.d. supersensibili, ossia idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale dell'individuo. L'art. 16 co. 2 del d. lgs. n. 135/99 ha stabilito che in tal caso il trattamento è consentito solo se il diritto contrapposto:

- dev'essere difeso in un giudizio civile o amministrativo (se, cioè, il trattamento è funzionale alla difesa di un diritto in un giudizio);
- è di rango almeno pari a quello (alla riservatezza) dell'interessato, in un'ottica di bilanciamento di interessi.

Tale impostazione è stata confermata e precisata dall'art. 60 del codice della privacy (196/2003) che:

- estende la previsione (oltre che al trattamento) anche al diritto di accesso;
- precisa che il diritto del controinteressato dev'essere o di pari rango, o consistere in un diritto della personalità ovvero in un altro diritto o libertà fondamentale ed inviolabile.

La legge n. 15/2005 costituisce il punto di arrivo del lungo percorso evolutivo sopra esaminato. L'art. 16, nel sostituire l'art. 24 della legge 241/90, dopo aver statuito che deve essere comunque garantito il diritto di accesso ai documenti la cui conoscenza è necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici, ha espressamente disposto che:

- nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito "nei limiti in cui sia strettamente indispensabile;
- nel caso di dati c.d. supersensibili l'accesso è consentito nei limiti previsti dall'art. 6° del nuovo codice della privacy, sopra esaminato.

Evoluzione successiva alla Legge 15/05

L'entrata in vigore del d.P.R. n. 184 del 12 aprile 2006, che ha abrogato – tranne la temporanea sopravvivenza dell'art. 8 – il vecchio d.P.R. n. 352 del 1992, recante la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi, nonché la pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 20 aprile 2006, costituiscono due importanti fatti. Essi inducono a qualche riflessione in ordine al nuovo sistema di tutela che si viene a delineare a fronte della decisione, espressa o silenziosa, da parte dell'amministrazione sull'istanza di accesso.

Ai nostri fini il primo fatto è importante, poiché la sua entrata in vigore consente che la Commissione per l'accesso inizi in concreto a funzionare, e in particolare cominci a decidere in ordine ai ricorsi amministrativi presentati dagli interessati che si sono visto negare l'accesso a documenti amministrativi. L'importanza del secondo fatto consiste in ciò, che la decisione affronta il problema della natura giuridica dell'accesso, e in particolare il tema della riproponibilità dell'istanza di accesso dopo il termine decadenziale e il valore da assegnare alla eventuale decisione tardiva dell'amministrazione, sollecitata nuovamente dall'interessato.Ma è bene procedere con ordine.

Gli esiti dell'istanza di accesso ai documenti amministrativi: accoglimento, diniego, accoglimento limitato, differimento

Il regolamento generale in materia di accesso (d.P.R. n. 184 del 2006) disciplina in maniera sostanzialmente identica al vecchio d.P.R. n.352 del 1992 i possibili esiti del procedimento di accesso (art. 7, 8 e 9).

Rinviando alle norme la disciplina di dettaglio, è utile ricordare che l'indicata disciplina si riferisce alle ipotesi di provvedimento amministrativo espresso, e non all'ipotesi di diniego tacito, la cui disciplina si rinviene nell'art. 25 della legge n. 241 del 1990, così come modificato dalla legge n. 15 del 2005, nonché nell'art. 12 del d.P.R. n. 184 del 2006. La risposta dell'amministrazione può essere, secondo lo schema del nuovo d.P.R. n. 184 del 2006, che è lo stesso dell'abrogato d.P.R. n. 352 del 1992, di accoglimento della richiesta (art. 7) oppure di non accoglimento della richiesta (art. 9). Il non accoglimento, sempre secondo la norma da ultimo indicata, si può concretizzare in un provvedimento espresso di "rifiuto", ovvero di accoglimento parziale (ossia "limitato" ad alcuni documenti soltanto), ovvero di "differimento", ove la conoscenza, al momento della richiesta, dei documenti possa impedire o ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa.

Lo stesso art. 9 stabilisce che in tutte le ipotesi di non accoglimento (integrale) della richiesta, e se vi è stato procedimento di accesso formale, il provvedimento va motivato da parte del responsabile del procedimento.

La stessa norma mostra di sapere in anticipo che i casi più frequenti di non accoglimento, almeno nelle prime due ipotesi indicate, saranno quelli in cui il documento di cui è stata chiesta l'ostensione rientri in una delle categorie di atti esclusi dall'art. 24 della legge n. 241 del 1990.

E' utile ricordare che l'elenco delle ipotesi in presenza delle quali i documenti amministrativi possono essere sottratti all'accesso è aumentato, per effetto del nuovo art. 24, comma 6, della legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge n. 15 del 2005, laddove viene aggiunta la lettera e), ossia che limiti all'ostensione debbono essere posti "alle attività connesse alla contrattazione collettiva nazionale in corso di svolgimento e agli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato". Parimenti utile può essere ricordare che il d.P.R. n.184 del 2006 non individua esso stesso i casi di esclusione dall'accesso, così come era accaduto con l'abrogato d.P.R. n. 352, limitandosi l'art. 10 a rimandare tale compito ad un diverso regolamento, da emanarsi ai sensi dell'art. 24, comma 6, della legge, nonché ai regolamenti delle singole amministrazioni, così come dispone l'art. 24, comma 2.

La mancata emanazione del regolamento suddetto ha comportato la necessità di far sopravvivere dall'abrogazione dell'intero d.P.R. n. 352 del 1992 l'art. 8 di quest'ultimo, onde evitare che nelle more la materia dell'esclusione rimanesse sprovvista di disciplina (art. 15). In realtà si sarebbe potuto procedere già con l'ora vigente regolamento alla disciplina dei casi di esclusione, poiché l'art. 23 della legge n. 15 del 2005, comma 2, contempla un regolamento "inteso a integrare o modificare" il regolamento n. 352 del 1992, in cui era ricompresa anche la disciplina in parola (art. 8). Tuttavia ciò non è avvenuto, e quindi si è stati costretti ad immaginare che il comma 6 del nuovo art. 24 della legge n. 15 del 2005 individui in un altro regolamento lo strumento di disciplina; disciplina che comunque, in virtù della sopravvivenza (come già riferito) dell'art. 8 del d.P.R. n. 352 del 1992, può rimanere immutata, nonostante l'elenco delle materie in cui si possono prevedere limiti all'accesso sia aumentato, come già visto. Si sorvola sulle tante critiche che il nuovo art. 24 della legge n. 241 ha suscitato, soprattutto laddove sembra rimettere alla discrezionalità delle amministrazioni individuare con propri regolamenti la segretezza di un documento o la possibilità di divulgarne i contenuti.

Ritornando all'ipotesi del non accoglimento della richiesta, l'art. 9 stabilisce che il provvedimento negativo espresso si può fondare anche sulle "circostanze di fatto per cui la richiesta non può essere accolta così come proposta". In questo rientra anzitutto l'ipotesi in cui dalla richiesta non risulti l'"interesse diretto concreto e attuale" del richiedente. Ma tante altre possono essere le ipotesi di diniego come l'inesistenza del documento richiesto, o la richiesta di un documento non formato ma che

l'amministrazione dovrebbe appositamente confezionare, oppure la mancanza di procura in capo al richiedente che non sia il diretto interessato e così via.

IV. Quanto alla decisione di differimento dell'accesso è sufficiente ricordare che il nuovo art. 24, comma 4, della legge n. 241 del 1990 ha conferito dignità di norma primaria a quanto statuito dall'ancora vigente art. 8, comma 3, del d.P.R. n. 352 del 1992, ossia che "in ogni caso i documenti non possono essere sottratti all'accesso ove sia sufficiente far ricorso al potere di differimento".Per effetto di tale norma l'amministrazione, prima di disporre l'esclusione definitiva dall'accesso, deve verificare la possibilità del differimento, e al tempo stesso deve disporlo ogni qual volta esso sia in grado di soddisfare comunque l'esigenza del richiedente senza compromettere esigenze di riservatezza, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti.

Con l'emanazione del nuovo d.P.R. n. 184 del 2006 è stato eliminato il pericolo, da più parti lamentato, di possibili abusi da parte dell'amministrazione, laddove è stato previsto che il differimento sia temporaneo e che nell'atto sia indicata anche la durata di esso (art. 9, commi 2 e 3, e 10, comma 2, del nuovo regolamento).

Il diniego tacito: nozione e natura

è utile premettere che l'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che, unitamente all'art. 12 del d.P.R. n. 184 del 2006, costituisce la base normativa di questo possibile esito del procedimento di accesso, ossia che l'amministrazione rimanga inerte, stabiliva, con la modifica apportata dalla legge n. 340 del 2000, che, trascorsi inutilmente trenta giorni dall'istanza di accesso, l'istanza si riteneva respinta, riconoscendo all'interessato la possibilità di adire l'autorità giurisdizionale. Ora la legge n. 15 del 2005 ha sostituito l'art. 25, commi 4, 5 e 6, della legge n. 241 del 1990, sulla tutela giurisdizionale, chiarendo ancora meglio che "decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta questa si intende respinta" e inoltre che "in caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento (…) il richiedente può presentare ricorso". Parimenti l'art. 12 del d.P.R. n. 184 del 2006 fa riferimento al "diniego espresso o tacito" e "alla formazione del silenzio-rigetto sulla richiesta di accesso", laddove disciplina il ricorso alla Commissione per l'accesso da parte dell'interessato o del controinteressato.

Sicché nessun dubbio sul fatto che ci si trovi di fronte ad un caso di silenzio-diniego, cosa che poteva rimanere dubbia dato che sin dall'originaria formulazione dell'art. 25, comma 4, ossia quella precedente la modifica apportata con la legge n. 340 del 2000, laddove stabiliva che "trascorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende rifiutata", si poteva dare adito all'interpretazione – soprattutto da parte di chi tendeva ad affermare che la natura dell'accesso fosse di diritto e non di interesse – che si trattasse di un semplice silenzio-rifiuto.

E' utile a questo punto precisare che, nonostante nell'art. 12 del regolamento richiamato compaia anche la locuzione "silenzio-rigetto", si preferisce qualificare l'ipotesi in esame "silenzio-diniego", dovendosi riservare – soprattutto a seguito dell'ulteriore sconvolgimento in materia di silenzio ad opera dell'art. 3, comma 6 bis, del d.l. n. 35 del 2005 (convertito nella legge n. 80 del 2005), che, riformulando l'art. 2 della legge n. 241 del 1990, ha stabilito che nei giudizi contro il silenzio-rifiuto il giudice "può conoscere della fondatezza dell'istanza" – la prima espressione al silenzio su ricorso amministrativo, dove vi è comunque un atto originario dell'amministrazione, mentre la seconda all'ipotesi in cui, pur non essendovi un atto originario dell'amministrazione (al pari del silenzio-inadempimento), la legge attribuisce comunque un significato all'inerzia dell'amministrazione, come nel silenzio-assenso o, appunto, nel silenzio-diniego. Orbene, al di la delle pur utili precisazioni terminologiche, è importante rilevare che l'aver attribuito un significato all'inerzia serbata dall'amministrazione, si inserisce in una tendenza oramai inarrestabile del legislatore tesa ad allargare al massimo l'"area della significanza"dei comportamenti dell'amministrazione, soprattutto a seguito della nuova disciplina sul silenzio-assenso di cui all'art. 20 della legge n. 241 del 1990 ad opera della richiamata legge n. 80 del 2005, per effetto della quale lo spazio, in cui si delinea quello che, per comodità d'espressione, chiamiamo silenzio-rifiuto o silenzio-inadempimento (ma che meglio sarebbe chiamarlo silenzio "insignificante"), è in pratica sempre più ridotto.

Ma veniamo al nostro istituto specifico, in cui confluiscono tutti i temi generali che ruotano intorno al silenzio e al sistema delle tutele, giurisdizionale e giudiziale.

In via generale, il fatto che la legge attribuisca il significato di diniego tacito all'inerzia dell'amministrazione e il fatto che espressamente il legislatore stabilisca che, una volta trascorsi trenta giorni perché esso si configuri, il richiedente può presentare ricorso al T.A.R. "ovvero" al difensore civico o alla Commissione per l'accesso, risolva molti dei problemi che si configurano intorno ai "vari silenzi" che la nuova normativa ha generato, soprattutto in riferimento alle forme di tutela possibili.

Anche se bisogna riconoscere che già da molti anni, soprattutto a seguito delle note sentenze nn. 16 e 17 del 1989 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, vi era stato un sostanziale avvicinamento del regime proprio del silenzio-rigetto con il silenzio-rifiuto.

Tutti ricordano come in queste due pronunce il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa, ripudiata la tesi della precedente sentenza dell'Ad. Plen. n. 4 del 1978, che configurava il decorso del termine come provvedimento legalmente tipizzato, stabiliscono che la formazione del silenzio-rigetto non consuma il potere della p.a. di decidere il ricorso gerarchico (per cui le decisioni tardive non sono di per sé illegittime), ma consente al ricorrente di scegliere fra l'immediato ricorso giurisdizionale avverso l'atto originariamente impugnato in sede gerarchica oppure attendere o sollecitare la decisione tardiva. In tale ultima ipotesi, alla scadenza del

termine di novanta giorni, il ricorrente può azionare il meccanismo proprio del silenzio-rifiuto contro il quale poi ricorrere in sede giurisdizionale, avvalendosi del rito abbreviato di cui all'art. 2 della legge n. 205 del 2000. Tale strada può essere conveniente seguire quando il ricorso è stato proposto per vizi di merito, dato che in questo caso le censure non sarebbero riproponibili nel ricorso giurisdizionale contro il provvedimento amministrativo originario.

Tale meccanismo non sembra si possa utilizzare a proposito del silenzio-diniego in materia di accesso, qualora il richiedente abbia interesse ad un provvedimento espresso motivato o comunque abbia interesse ad avvalersi dello speciale rito introdotto dall'art. 2 della legge n. 205 del 2000 (art. 21 bis della legge n. 1034 del 1971), atteso che tale strumento non sembra azionabile se non a proposito del silenzio-rifiuto in senso tecnico. A ciò vi osta l'opinione che esso è ammissibile solo qualora non vi siano rimedi specifici, come nel caso di specie, dove vi può essere la condanna dell'amministrazione ad un facere specifico.

Tuttavia non si vede perché in materia di accesso si debba lasciare privo di tutela il caso di chi si voglia vedere esternate le ragioni del diniego, atteso che il sistema vuole tutelare l'interesse alla motivazione espressa.

Ma veniamo al punto che più interessa, ossia come va considerata la situazione di chi a fronte di una richiesta di accesso si veda frapposto un diniego tacito. Tanto più che il meccanismo reso possibile dalle pronunce di cui sopra è facile prevedere che sarà poco praticato.

Per la dottrina prevalente il silenzio-tacito, al pari degli altri tipi di silenzio e al pari del diniego esplicito, si atteggia a mero fatto di legittimazione processuale, posto che il giudizio o il procedimento giustiziale non è diretto tanto alla verifica della legittimità del provvedimento quanto piuttosto alla valutazione della fondatezza dell'istanza. Naturalmente, come vedremo, l'esercizio delle tutele possibili va esercitato nel termine decadenziale, anche qualora sia da qualificarsi "diritto" la possibilità di accesso ai documenti amministrativi.

Tuttavia, come si vedrà, la possibilità per l'amministrazione di esprimersi legittimamente attraverso una decisione silenziosa, pur non consentendo al ricorrente di impugnare il silenzio in quanto tale, gli permette di portare il giudice alla valutazione della pretesa, a prescindere dalla motivazione fornita, anche in presenza di un diniego espresso. Sicché, tutto sommato, le due forme di determinazione dell'amministrazione finiscono con equivalersi ai fini della tutela.

Peraltro, come già ricordato, la legge n. 80 del 2005, nel riformulare l'art. 2 della legge n. 241, introduce, al comma 5 di tale disposizione, la previsione secondo la quale il giudice amministrativo, nei giudizi contro il silenzio-rifiuto, "può conoscere della fondatezza dell'istanza", superando così quell'indirizzo giurisprudenziale affermato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 1 del 2002, che circoscriveva l'oggetto del giudizio

sul silenzio negli angusti limiti della verifica della scadenza del termine a provvedere e nella dichiarazione dell'obbligo a provvedere. Anche se bisogna precisare che tale decisione è stata resa a proposito del rito speciale di cui all'art. 21 bis della legge n. 1034 del 1971, introdotto dall'art. 2 della legge n. 205 del 2000, che rimane lo strumento a disposizione del privato quando abbia comunque interesse ad una pronuncia espressa dell'amministrazione.

Sicché la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può continuare ad avere una sua valenza specifica, proprio in quanto riferita al solo istituto suddetto. Mentre va da sé che – anche se sul punto si registrano vari orientamenti – quando si vuole ottenere, a seguito dell'inerzia protrattasi oltre il termine procedimentale, un giudizio sulla fondatezza della pretesa, è necessario instaurare il giudizio ordinario di legittimità. Tuttavia occorre precisare che il rito speciale in materia di accesso ha una valenza universale, nel senso che esso va azionato sia per far valere la pretesa all'esibizione dell'atto con la conseguente condanna, sia per la tutela del controinteressato.

L'unico tipo di giudizio che rimarrebbe fuori è quello visto di sopra, teso ad ottenere una pronuncia espressa mediante il rito di cui all'art. 21 bis, della legge n. 1034 del 1971, e sulla cui utilizzabilità tuttavia permangono forti ragioni a favore. Così come fuori sembra rimanere il giudizio risarcitorio, sul quale non ci si può ora soffermare.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2006

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2006 affronta e risolve i due problemi ricordati nel paragrafo iniziale, ossia la riproponibilità dell'istanza di accesso dopo il termine decadenziale per l'impugnativa del diniego, espresso o tacito, e la natura dell'eventuale provvedimento tardivo, che poi costituiscono i due temi più dibattuti in materia. Anche in considerazione del fatto che la soluzione proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza erano diverse a seconda della opzione (spesso aprioristica) sulla natura giuridica dell'accesso.

Il caso affrontato nella decisione è quello, oramai consueto, in cui l'interessato, proposta l'istanza di accesso, lo si vede negato una prima volta e, dopo aver fatto decorrere il termine previsto, propone una nuova istanza, che l'amministrazione respinge di nuovo con un atto che viene invece impugnato. L'Alto Consesso è chiamato a dare soluzione a due questioni: 1) se il diritto di accesso sia destinato ad assumere consistenza di diritto soggettivo a seguito della novella legislativa introdotta dalla richiamate leggi nn. 15 e 80 del 2005, considerato che la stessa Adunanza Plenaria con la decisione 24 giugno 1999 n. 16 aveva qualificato l'accesso come interesse legittimo; 2) se la consistenza di diritto soggettivo non esclude la natura decadenziale del termine per l'impugnazione del diniego (esplicito o tacito) di accesso, con la conseguenza che dalla mancata impugnazione del diniego discende l'inammissibilità dell'impugnazione del diniego successivo, avente carattere meramente confermativo di quello precedentemente opposto.

In tale decisione il Supremo giudice amministrativo, dopo aver ricordato l'oscillazione giurisprudenziale, rimasta tale anche dopo la sentenza n. 16 del 1999 in cui la stessa Adunanza Plenaria qualifica di interesse la situazione soggettiva in esame, stabilisce che non è necessario ai fini del decidere prendere posizione sulla questione, atteso che la situazione soggettiva (diritto o interesse) di colui che richiede un documento è di natura strumentale, ossia "trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi)". Pertanto nel caso di specie si è ritenuto che comunque il termine entro cui impugnare il silenzio serbato sull'accesso da parte della p.a. – silenzio da qualificarsi in termini di diniego – ha carattere decadenziale e l'eventuale riproposizione dell'istanza non solo non riapre il termine, ma conferisce carattere meramente confermativo alla eventuale risposta dell'amministrazione.La soluzione data dall'importante sentenza va condivisa.

Essa va condivisa soprattutto per il fatto che – nonostante l'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'art. 117 della Costituzione (art. 22, comma 2, della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 15 del 2005); nonostante la riconduzione del giudizio in tema di accesso alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 25, comma 5, della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 80 del 2005) e nonostante il comma 6 del medesimo art. 25, così come riformulato dalla medesima legge n. 80, stabilisca che il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti – , nonostante tutto questo, il Consiglio di Stato non si precipita ad affermare la natura di diritto soggettivo, come larga parte della dottrina ha da sempre frettolosamente ritenuto. Prudentemente la sentenza stabilisce che "non sembra peraltro, che nella specie rivesta utilità ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso, procedere all'esatta qualificazione della natura della posizione giuridica soggettiva coinvolta".

Infatti, a parte che la semplice presenza di un procedimento in cui l'amministrazione eserciti un potere discrezionale fa sorgere la situazione di interesse legittimo, che può tranquillamente convivere con l'originario diritto all'informazione – come un'altra importante sentenza del Consiglio di Stato (sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938), dove pure si dava una soluzione diametralmente opposta ai due problemi affrontati dalle sentenze in esame, qualifica la situazione base del richiedente –, nel caso in esame ci si trova di fronte ad un particolare tipo di "diritto", che ha più i connotati dell'interesse legittimo, almeno così come veniva concepito negli anni passati.

Come già osservato altrove, la tendenza del nostro ordinamento, soprattutto a proposito della tutela civile ed amministrativa dei diritti fondamentali della personalità (e comunque dei diritti "civili e sociali"), è quella si seguire non la via tradizionale, dell'individuazione ed attribuzione in capo ad un soggetto di diritti cui poi segue la tutela in caso di loro violazione, quanto piuttosto quella di individuare i procedimenti attraverso i quali si realizza in concreto la tutela. Essa si realizza mediante una tecnica di bilanciamento di interessi, le cui linee normative sono costituite dalla posizione di doveri di comportamento (ad es. in capo al titolare pubblico del trattamento di dati personali) e la previsione di diritti-rimedi, la cui azionabilità è condizionata alla violazione della legge, ossia "all'inosservanza dei doveri primari di comportamento e non alla (mera) incidenza nel dominio 'riservato' al titolare del diritto (all'autonomia informativa)" (Di Majo).

Sicché la sentenza, laddove ravvisa nei poteri di natura procedimentale l'essenza del "diritto" di accesso, che sono "strumentali" alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante, ha finito per collocare l'istituto in esame proprio nella categoria dei cd. diritti-rimedi, dove è appunto centrale l'azionabilità del rimedio, che non presuppone nessun rapporto procedimentale pregresso, ma che si può attivare nei confronti del depositario dell'atto ogni qual volta sorga l'interesse al documento e senza che rilevi la situazione soggettiva di base (se non quella propria dell'interesse al documento) in funzione della quale il documento può essere utilizzato. Tali connotati somigliano di più a quelli propri dell'interesse legittimo (da sempre caratterizzato da poteri e facoltà procedimentali finalizzati alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita) che a quelli del diritto soggettivo, che, almeno nei diritti assoluti, ha come oggetto direttamente il bene della vita. Anche se, come avverte la stessa sentenza in esame, l'interesse legittimo ha assunto via via connotati sempre più sostanziali, soprattutto ora che ha ad oggetto il provvedimento favorevole (visto esso stesso come un bene della vita), avvicinandosi così sempre di più al diritto soggettivo.

Va da sé che, così ricostruita, la situazione soggettiva dell'interessato alla visione del documento ben tollera l'apposizione di un termine decadenziale al suo esercizio, cui consegue l'inammissibilità degli strumenti "rimediali" previsti dall'ordinamento, anche in presenza di una nuova pronuncia dell'amministrazione, qualora esso non venga rispettato.

Occorre ora vedere come questo si concili con la qualifica di "silenzio-diniego", data anche dalla sentenza in esame, al caso in cui l'amministrazione rimanga inerte per il periodo previsto dalla legge, con l'avvertenza che nel caso oggetto del giudizio vi era stata una seconda pronuncia espressa da parte dell'amministrazione.

Infatti, ad una prima lettura, sembra che si sia fatto un passo indietro rispetto a quanto l'Adunanza Plenaria aveva affermato con le sentenze nn. 16 e 17 del 1989, che, come già riferito, avevano ripudiato quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 1978, laddove in quest'ultima si affermava che qualora l'autorità gerarchica emanasse oltre

i novanta giorni una decisione esplicita di rigetto, questa fosse meramente confermativa di quella tacita e, quindi, se il ricorrente non avesse esperito il rimedio giurisdizionale entro i sessanta giorni decorrenti dall'ultimo giorno di scadenza dello "spatium deliberandi", il termine non gli si riapriva e il ricorso diventava inammissibile. In quella lontana sentenza veniva affrontato anche il caso del provvedimento sopravvenuto di accoglimento, che veniva considerato come revoca di quella tacita di rigetto, con conseguenze diverse a seconda che vi fossero o meno dei controinteressati.

Nel silenzio su ricorso gerarchico normalmente vi è già un atto della p.a. e quindi il rimedio giustiziale si atteggia a procedimento di secondo grado. Invece nel silenzio che si forma su istanza normalmente non vi è nessuna determinazione pregressa dell'amministrazione, che, pertanto, può scegliere di concludere l'unico procedimento con una pronuncia espressa o con una pronuncia tacita. Sicché quest'ultima è solamente un modo di manifestare la propria volontà negativa. La differenza rispetto, invece, al cd. silenzio-rifiuto, come già detto, è che tale silenziosa forma espressiva non è resa significativa dalla legge e quindi si presume che l'amministrazione abbia illegittimamente arrestato il procedimento, senza rispettarne il termine di conclusione.

La sentenza utilizza due istituti precisi: la decadenza e l'atto confermativo. Orbene, il primo ha un'applicazione trasversale nel senso che anche l'esercizio dei diritti soggettivi è soggetto a decadenza e non solo a prescrizione; il secondo è proprio dell'attività amministrativa, anche se il diritto civile conosce la conferma e la ripetizione del negozio giuridico, ma essi sono completamente estranei alla fattispecie. Quindi, non a caso, il Supremo Consesso amministrativo ha potuto non prendere posizione sulla natura giuridica del diritto di accesso, tanto più che la sua tutela giurisdizionale ora rientra nella giurisdizione esclusiva, per cui diventa non decisiva la sua qualificazione ai fini dell'individuazione della giurisdizione ed inoltre la sua tutela può spingersi fino alla condanna dell'amministrazione all'esibizione dei documenti. Sicché la tutela è massima; tanto che qualche commentatore ha parlato di tutela di merito.

Tuttavia, proprio per la sua eccezionalità rispetto ai canoni consueti del giudizio amministrativo – anche di quello di giurisdizione esclusiva, dove non è facile rinvenire condanne ed un facere specifico dell'amministrazione – può tale circostanza non essere decisiva nel qualificare "di diritto" la situazione giuridica del richiedente, ben potendo il legislatore accordare quel tipo di tutela ad una situazione di interesse, soprattutto a proposito di un rito speciale quale quello di cui all'art. 25, legge n. 241 del 1990. Quindi è preferibile, quando si studiano le situazioni soggettive, soffermarsi sul tipo di tutela previsto e non sulle opzioni aprioristiche e nominalistiche.

Visto che per tale via non si arriva ad un risultato definitivo, è utile spostare il fuoco dell'indagine sui comportamenti possibili dell'amministrazione. Nel caso de quo il nuovo diniego espresso è stato giustamente qualificato come atto meramente confermativo. Tuttavia ciò non significa che ogni determinazione surrettizia dell'amministrazione sarà da qualificarsi tale, e questo vale sia nell'ipotesi in cui vi sia una prima pronuncia espressa e sia che vi sia una pronuncia negativa tacita, a seguito dello spirare del termine di trenta giorni dall'istanza. Infatti, in entrambi i casi, l'amministrazione, su sollecitazione o meno del privato – dove la nuova istanza ha un mero valore sollecitatorio, non idoneo a generare l'obbligo a provvedere, come in tutti i procedimenti di secondo grado – , può aprire un procedimento di riesame, che si può concludere con la riforma, la conferma o l'annullamento dell'atto, espresso o tacito, di primo grado. Sicché a fronte di questa evenienza la tutela giurisdizionale e giustiziale è sempre possibile ed è fuori luogo fare riferimento alla riapertura del termine impugnatorio.

Naturalmente se, come nella sentenza impugnata, non è configurabile un procedimento di riesame in senso tecnico, l'atto, quale che sia, è meramente confermativo e quindi il ricorso è inammissibile.

La dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate molto sul valore della "pronuncia tardiva" dell'amministrazione.

Per coloro che qualificavano l'accesso un diritto era sempre possibile la riproposizione dell'istanza nel termine prescrizionale del diritto, e lo spatium deliberandi dell'amministrazione era da qualificarsi come una condizione dell'azione e la pronuncia tardiva era sempre impugnabile nelle varie sedi previste. In altri termini la tutela era sempre possibile purché si riproponesse la richiesta in sede sostanziale, riconnettendo alla mancata impugnazione delle determinazioni negative dell'amministrazione un effetto meramente processuale, consistente nell'impossibilità di ricorrere al giudice senza prima rinnovare la richiesta di accesso all'amministrazione e attendere la sua risposta.

Orbene, tale ricostruzione non sembra più possibile sia perché il sistema normativo qualifica il silenzio come diniego (che ha il regime proprio già visto) e sia in ossequio alla sentenza dell'Ad. Plen. n. 7 del 2006, che ha voluto dirimere proprio il punto controverso in giurisprudenza, dando un'interpretazione coerente al sistema della legge, laddove assegna al termine il valore proprio di una decadenza in senso tecnico (ricordando che anche i diritti sono soggetti a decadenza), atteso che se non avesse tale carattere esso non avrebbe nessuna valenza precettiva e l'azione processuale sarebbe ingiustificatamente proponibile ad arbitrio dell'interessato senza alcun limite temporale. Né si può ritenere decisiva la presenza comunque di un termine prescrizionale, poiché in presenza di un termine decadenziale, esso non rileva ai fini della tutela specifica da azionarsi in un tempo decadenzialmente predefinito.

Non si possono affrontare i temi squisitamente processuali che si prospettano nell'ipotesi in cui, in costanza di giudizio o di procedimento giudiziale, vi sia una pronuncia successiva di qualunque segno da parte dell'amministrazione, anche se il buon governo del sistema processuale fornisce facilmente la soluzione. Né si può ora indugiare sul rapporto tra il rito speciale dell'accesso e il rito ordinario.

Tuttavia una breve considerazione va fatta a proposito della tardiva pronuncia di accoglimento dell'amministrazione. L'effetto per il richiedente è diverso a seconda che abbia o meno proposto una qualunque forma di tutela e a seconda che vi siano o meno controinteressati. Tanto più che questi ultimi, sia nella nuova formulazione degli articoli appositi della legge n. 241 del 1990 e sia nel regolamento n. 184 del 2006, ricevono una considerazione tale, da far ritenere che la stessa nozione processuale di carattere generale sia cambiata.

In breve, mentre se non vi è giudizio o procedimento giustiziale aperti e non vi è controinteressato l'atto positivo è pienamente satisfativo e nessuno ha interesse a farlo considerare meramente confermativo, nel caso opposto viene a cessare la materia del contendere se non vi sono controinteressati, mentre se vi sono, questi debbono impugnare la nuova decisione, al fine di sostenere che essa è stata emanata non a seguito dell'apertura di un procedimento di riesame in senso tecnico e quindi è meramente confermativa di un atto la cui emanazione ha consumato il potere originario.

Naturalmente il controinteressato ben può sostenere, anche in presenza di un pacifico provvedimento di riesame, che non ricorrevano i presupposti di fatto e di diritto per la sua apertura da parte dell'amministrazione.

Il ricorso al difensore civico e alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La tutela del controinteressato. La natura della decisione espressa e tacita del difensore civico e della Commissione. Il rapporto tra il ricorso giustiziale e il ricorso giurisdizionale

Già prima della riformulazione ad opera della legge n. 15 del 2005 dell'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990, l'art. 15 della legge n. 340 del 2000 aveva introdotto una forma di tutela ulteriore, laddove prevedeva la possibilità di ricorrere in via amministrativa, negli stessi termini fissati per il ricorso giurisdizionale, al difensore civico, anche al fine di scongiurare il pericolo di un eccessivo ricorso in sede giurisdizionale. Ora l'indicata legge, come già riferito incidentalmente, ha previsto un nuovo ricorso amministrativo innanzi alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

L'emanazione del regolamento n. 184 del 2006 ha reso possibile, come si avvertiva nel paragrafo iniziale, non solo il concreto funzionamento dell'istituto, ma ha anche risolto talune delle questioni che la legge aveva lasciato insolute.

Descrittivamente il meccanismo previsto si articola nei modi che seguono.

Il più volte ricordato regolamento n. 184 del 2006, oltre ad aver con la sua entrata in vigore consentito il concreto funzionamento della Commissione, ha disciplinato, all'art. 12, il ricorso giustiziale proponibile innanzi ad essa. Dal combinato disposto di detta norma con quanto statuisce il nuovo art. 25 della legge n. 241, e in particolare il comma 4, viene fuori un complicato sistema di tutela. Infatti, a ulteriore precisazione di quanto or ora riferito, l'interessato può proporre contro il diniego di accesso, espresso o tacito, ricorso, oltre a quello giurisdizionale, alla Commissione per l'accesso contro atti di amministrazioni centrali o periferiche, ove manchi il difensore civico, e innanzi a quest'ultimo per gli atti delle amministrazioni periferiche, ove sia stato invece istituito. Ad una prima lettura sembrerebbe che l'accoglimento del ricorso non comporti l'annullamento dell'atto, ma solo un potere sollecitatorio di riesame, che l'amministrazione deve esercitare entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione da parte del difensore civico o della Commissione. Qualora essa non si pronunci l'accesso è consentito. Tuttavia non si prevedono poteri coercitivi specifici.

Il quadro è ulteriormente complicato dal fatto che, avendo la legge giustamente fondato il sistema della diversificazione delle tutele in via amministrativa sulla distinzione tra dato personale e documento amministrativo, sorge il problema del possibile conflitto tra la Commissione per l'accesso e il Garante per la protezione dei dati personali, qualora l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi. Parimenti vi può essere contrasto tra le due autorità quando il Garante per la protezione dei dati personali debba decidere sul ricorso presentato ai sensi dell'art. 145 e seg. del d.l.vo n. 196 del 2003 oppure per effettuare accertamenti e controlli ai sensi degli artt. 154, 157 e 158 del medesimo decreto legislativo, qualora venga in rilievo l'accesso ai documenti amministrativi. In tali casi il sistema si ispira al principio di leale collaborazione, laddove viene previsto che bisogna rispettivamente richiedere il parere da parte dell'autorità presso cui pende il ricorso.

Anche se tale subprocedimento incidentale può ritardare la decisione finale, ha tuttavia il merito di consentire che l'autorità del trattamento del dato personale o, a seconda del caso, quella dell'accesso ai documenti si esprimano, non rinunciando così alla cura dell'interesse pubblico primario di cui sono attributarie.

La principale questione che l'indicato regolamento risolve è quella relativa alla tutela del controinteressato, il quale viene del tutto equiparato al ricorrente principale, essendogli non solo garantita una effettiva partecipazione al provvedimento susseguente alla richiesta (art. 3), ma anche la possibilità di azionare i procedimenti

giustiziali ogni qual volta vi sia una decisione di accoglimento del ricorso giustiziale (art. 12, comma 1).

Rimane dubbio se possa azionare lo speciale rito di cui all'art. 25, comma 4, dato che in esso si fa riferimento al solo "richiedente". Tuttavia l'art. 12 del regolamento consente anche al controinteressato la possibilità di ricorrere alla Commissione "avverso le determinazioni che consentono l'accesso". Sicché sarebbe strano che ciò sia consentito in sede giustiziale e, invece, non lo sia in sede giurisdizionale.

Tuttavia i problemi principali, e che permangono nonostante l'emanazione del regolamento, sono quelli legati sia alla decisione, silenziosa o espressa, dei due organismi, Commissione e difensore civico, e sia al rapporto del procedimento giustiziale, di alternatività o meno, con lo speciale rito previsto in sede giurisdizionale.

La decisione silenziosa viene contemplata nell'art. 25, comma 4, legge n. 241 del 1990, laddove si stabilisce che "Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto".

Va da sé che per tale tipo di decisione valgono le sistemazioni più avanzate avutesi in giurisprudenza (già viste nei paragrafi precedenti) a proposito del silenzio-rigetto, trattandosi proprio di una classica ipotesi di questo tipo, dove vi è già una pronuncia dell'amministrazione. Nel caso del silenzio-diniego, si è visto già, che esso si configura come una manifestazione silenziosa di una volontà negativa, perfettamente equiparata alla decisione espressa, e tuttavia, in virtù della nuova sistemazione del silenzio-rigetto operata dal diritto vivente, la posizione del ricorrente è quella propria del silenzio-rifiuto (ora riformato), in cui cioè egli può azionare tutti i rimedi giustiziali e giurisdizionali, ivi compreso quello di sollecitare con il meccanismo del silenzio inadempimento la pronuncia espressa dell'amministrazione. Inoltre la scadenza del termine non priva la Commissione e il difensore civico del potere di decidere il ricorso e, quindi, le decisioni tardive non sono di per sé illegittime. La scadenza del termine – in base nuovo indirizzo inaugurato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen. nn.16 e 17 del 1989, come già visto – comporta per il ricorrente la presentazione del ricorso giurisdizionale di rito speciale contro l'atto di primo grado, nonché l'attesa della decisione del ricorso, essendo le autorità amministrative di cui sopra gravate dall'obbligo di decidere il ricorso.

In tal caso, il termine di trenta giorni per la decisione ha la stessa rilevanza della scadenza di un qualunque termine per l'emanazione di un provvedimento non giustiziale. Sicché l'interessato, secondo la nuova formulazione dell'art. 2, così come modificato dall'art. 3, comma 6 bis, della legge n. 80 del 2005 (come già visto) può proporre direttamente ricorso senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e, in ogni caso, entro l'anno dalla scadenza dei termini. Inoltre, è fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

Non sembra proponibile il ricorso gerarchico, dato che esso è incompatibile con la previsione di una tutela specifica, quale appunto quella innanzi alla Commissione e al difensore civico, e di un rito speciale in sede giurisdizionale.

Ma veniamo alla decisione espressa. La base normativa si rinviene nello stesso art. 17, comma 4, legge n. 241 del 1990 nonché nell'art. 12, commi 6, 7 8 e 9 (il comma 10 stabilisce che la disciplina si applica anche al difensore civico, ove compatibile).Orbene, da una prima lettura delle norme indicate si ricava che il tipo di decisione ivi contemplato non ha il consueto contenuto delle decisioni proprie dei procedimenti contenziosi.Infatti, secondo lo schema classico, la decisone può essere di rito oppure di merito. Nel primo caso l'art. 12, comma 7, stabilisce che esse possano essere, nei casi ivi indicati, di irricevibilità o di inammissibilità. Nel secondo caso esse possono essere di accoglimento o di rigetto. In quest'ultimo caso hanno un effetto confermativo rispetto al diniego espresso o tacito o al differimento, se ad impugnare è stato il richiedente; lo stesso effetto hanno rispetto all'originario provvedimento di accoglimento, ove ad impugnare sia stato il controinteressato. Viceversa, in caso di accoglimento, la decisione non ha l'effetto di annullamento o di riforma dell'originario atto, bensì le autorità decidenti "informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente", entro trenta giorni dalla decisione, la quale "se…non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito".Ad una prima lettura sembra trattarsi più che di una decisione in senso tecnico, di una sorta di "invito" ad aprire un procedimento di riesame che, se non si conclude con una "conferma" motivata del diniego originario (espresso o tacito), ha l'effetto, non di annullamento, ma quello più specifico di consentire l'accesso; cosa che si avvicina di molto all'ordine "di esibizione dei documenti richiesti" propria del rito speciale previsto in sede di ricorso giurisdizionale.

Sicché la norma va interpretata, a ben vedere, proprio perché si tratta comunque di una decisione amministrativa in senso tecnico, non in funzione del possibile effetto ulteriore, ossia della eventuale conferma espressa dell'amministrazione, bensì in funzione dei suoi effetti immediati. Essi sono quelli propri del procedimento contenzioso, che si sostanzia nella soluzione della lite in senso tecnico, attraverso l'esame della fondatezza della pretesa del ricorrente in contraddittorio con l'amministrazione e l'eventuale controinteressato. L'effetto immediato del tipo di procedimento in esame non è quindi l'annullamento dell'atto, ma l'accoglimento della specifica richiesta del ricorrente, ossia l'esibizione degli atti o il differimento della richiesta. Solo così si spiega il significato dell'espressione "l'accesso è consentito". Esso presuppone un vero e proprio esame di merito, che si conclude con una decisione che elimina ogni margine di discrezionalità all'amministrazione, in cui il suo potere di ottemperanza è fissato dal dispositivo della decisione, e che, alla fin fine, è meno largo di quello susseguente alla decisione di annullamento.In altri termini, la decisione di accoglimento ha l'effetto immediato di consentire l'accesso e l'effetto, ulteriore ed eventuale, di consentire l'apertura del procedimento di riesame.

Ma v'è di più. La norma è suscettibile di essere letta anche nel senso di voler costringere l'amministrazione a dare una motivazione all'originario diniego tacito e quindi non si aprirebbe nessun procedimento di secondo grado. Ma tale lettura non sembra corretta, atteso che l'oggetto del procedimento che l'amministrazione può in ipotesi aprire non è la determinazione originaria bensì la decisione della Commissione e del difensore civico, che, se non condivisa, potrà portare alla conferma dell'originario atto.Sicché, alla fin fine, la lettura secondo cui la decisione si sostanzia in un atto di impulso ad eventualmente aprire il procedimento di riesame – suggerita anche dalla circostanza che la dizione della legge ha fatto prima riferimento alla conferma e poi all'accesso consentito – non appare condivisibile. Anzi è una decisione più incisiva di quelle proprie dei ricorsi gerarchici e di quelle che si formano innanzi alle autorità amministrative indipendenti. D'altronde per tutte le decisioni amministrative di accoglimento si è posto il problema se esse potessero essere oggetto di procedimenti di riesame da parte delle amministrazioni che le avessero subite; e ciò è stato escluso non tanto per un'impossibilità giuridica, non trattandosi di giudicato in senso tecnico, quanto piuttosto perché non potevano avere ad oggetto un atto (la decisione appunto) di un'autorità sovraordinata.

Va da sé che il provvedimento confermativo diventa a sua volta impugnabile innanzi al giudice amministrativo e, per chi lo ammette, anche in sede di ricorso straordinario. Non sembra possibile una nuova impugnazione innanzi alla Commissione o al difensore civico, sia per il principio del ne bis in idem e sia perché l'oggetto del procedimento contenzioso è la richiesta di accesso e non altro.

Può sorgere problema nel caso in cui l'amministrazione reiteri il diniego senza fornire motivazione. L'effetto non può essere che quello che "l'accesso è consentito", essendo l'effetto naturale ed immediato della decisione amministrativa di accoglimento; effetto che, come già detto, può essere escluso solamente da un procedimento di riesame che si deve concludere con un procedimento confermativo che la legge vuole sia "motivato". Le eccezioni al sistema generale debbono essere tassative e rigorose.

Naturalmente ben diverso è il problema di come rendere effettiva ed eseguibile la decisione di accoglimento, che peraltro è un problema di carattere generale, atteso che le autorità amministrative decidenti non possono azionare procedimenti esecutivi se non quelli, limitati, previsti per ogni atto amministrativo. Sicché è gioco forza che tale atto – anche al fine di avvalersi del giudizio di ottemperanza – sia impugnato in sede giurisdizionale, con la particolarità che esso avrà ad oggetto l'inesecuzione o l'elusione della decisione amministrativa e non l'accessibilità dei documenti.

E' il caso di ricordare che l'art. 12, comma 8, del d.P.R. n. 184 del 2006 stabilisce opportunamente, anche se dal sistema lo si poteva comunque dedurre, che le decisioni di rito non escludono la facoltà per il ricorrente di riproporre la richiesta di accesso e quella di proporre ricorso avverso le nuove determinazioni o il nuovo comportamento del soggetto che detiene il documento.Non sembra che in tali nuove determinazioni

possa rientrare quella susseguente la decisione della Commissione, dato che la norma stabilisce un collegamento logico sintattico con la riproposizione della richiesta di accesso, che ivi manca.

Né si può dire che la disposizione non sia in linea con la decisione del Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 7 del 2006), esaminata in precedenza, atteso che essa ha escluso l'ammissibilità del ricorso di chi aveva presentato di nuovo l'istanza, in quanto essa era meramente reiterativa della precedente e l'atto di diniego era meramente confermativo del precedente. Questo non esclude che se il diniego dell'amministrazione si fondi su ragioni non di merito, l'istanza possa essere ripresentata e possa validamente impugnarsi il diniego fondato su ragioni di merito. Né si esclude l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale su un atto di conferma del diniego che sia il risultato di un procedimento di riesame in senso tecnico, in cui la richiesta di accesso abbia avuto un effetto meramente sollecitatorio, atteso che le istanze in tali procedimenti non creano l'obbligo a procedere.

Un altro problema che il nuovo regolamento non risolve, e forse non rientrava nei suoi compiti, è quello del rapporto tra il ricorso giustiziale e quello giurisdizionale, ossia se vi sia un rapporto di alternatività in senso tecnico. L'alternatività, che si risolve comunque in una limitazione degli strumenti di tutela, deve essere espressamente prevista, onde evitare contrasti con l'art. 24 della Costituzione. Orbene, non sembra che la norma di cui all'art. 25, commi 4 e 5, – laddove stabiliscono che contro le determinazioni amministrative "e nei casi previsti dal comma 4 è dato ricorso" e laddove il termine per impugnare lo si fa decorrere "dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione" – consente di ritenere che si tratti di un rapporto di alternatività.

E' nella facoltà dell'interessato utilizzare tutti gli strumenti di tutela. Quindi può presentare ricorso giustiziale e giurisdizionale contemporaneamente o comunque in pendenza del primo (non viceversa, data la prevalenza della tutela giurisdizionale); così come può convertire il ricorso giustiziale in ricorso giurisdizionale. Sicché la normativa indicata si risolve nel dare la facoltà all'interessato di attendere la decisione amministrativa, in linea con quanto il giudice amministrativo ha stabilito in tema di silenzio.

Accessi particolari

Abbiamo già osservato che l'accesso contemplato dal Capo V della Legge ha portata generale; come tale, si atteggia sicuramente a primo ed imprescindibile polo di attrazione (del criterio) della trasparenza amministrativa, ma non esclude discipline particolari (anche) per specifici settori. Una prima eccezione è prevista dalla stessa Legge, ovvero l'accesso endoprocedimentale, regolato dall'art.10 e direttamente collegato alla partecipazione al procedimento amministrativo.

Qui, la possibilità di "prendere visione" dei documenti amministrativi discende dalla (sola) qualità di parte o di intervenuto nell'ambito del procedimento amministrativo, con la - possibile – rilevanza di interessi di mero fatto . Rispetto alla disciplina generale, caratterizzazioni profondamente diverse permeano l'accesso alle informazioni in materia ambientale. La materia, che già aveva ricevuto specifica regolamentazione per effetto dell'art. 14 della L. 349/1986, è ora disciplinata dal D.lgs. 195/2005, Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale; il decreto de quo, peraltro, ha ampiamente confermato i principi ed in massima parte riprodotto i precetti contenuti nel (l'abrogato) D. lgs. 39/1997, Attuazione della direttiva 90/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia ambientale.

Anche ad un esame superficiale, risulta evidente l'ampliamento soggettivo ed oggettivo del diritto di accesso. Sotto il primo profilo, l'art. 3, comma 1, riconosce la titolarità dell'accesso alle informazioni relative all'ambiente "a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse"; svincolando l'accesso da condizionamenti legittimanti, il legislatore ha, di fatto, introdotto una vera e propria azione popolare, sotto forma di diritto soggettivo pubblico all'informazione, di controllo generalizzato – salve le circoscritte eccezioni dettate dall'art. 5 – dell'azione amministrativa, giustificata dalla particolare rilevanza del bene in gioco .

Quanto all'aspetto oggettivo, l'accesso in materia ambientale riguarda non (solo) l'atto amministrativo, bensì l'informazione ambientale, ovvero qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora o elettronica od in qualunque altra forma materiale concernente l'ambiente .

Una disciplina particolare è contenuta nella L. 57/2001 e successive modificazioni ed integrazioni (si veda, in particolare, l'art. 354 del D. Lgs. 209/2005), in materia di accesso agli atti delle imprese operanti nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante da circolazione di veicoli a motore e natanti. L'accesso è consentito agli assicurati ed ai danneggiati, a conclusione del procedimento di valutazione, constatazione e liquidazione dei danni; in caso di diniego è competente l'ISVAP. Un accesso diversificato è (rectius:dovrebbe) essere previsto dall'art.10, commi 1° ("tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese") e 2° ("il regolamento…assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione") del D.Lgs. 267/2000, meramente riproduttivo, sul punto, dell'art. 7 della L. 142/1990.

In effetti, mentre il diritto di accesso disciplinato dalla Legge presuppone un interesse, personale e concreto, per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, quello

delineato dal Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali – almeno considerando la lettera della norma - prescinde(rebbe) dalle condizioni predette, in virtù del principio di massima conoscibilità degli atti – e delle informazioni - detenuti dall'Amministrazione da parte degli amministrati, per ancorarsi al solo limite della "riservatezza delle persone, dei gruppi e delle imprese"; l'assunto, confortato da una – peraltro risalente – giurisprudenza del massimo organo di giustizia amministrativa, in materia di concessioni edilizie , è difeso da non pochi giudici di primo grado e dalla CA .

In direzione opposta muove la recente giurisprudenza del massimo organo di giustizia amministrativa; secondo il giudice (amministrativo) di appello, "non è plausibile" l'individuazione di istituti diversi, perché "il rapporto tra le due discipline, recate rispettivamente dall'art.10 d.lgs. n. 267/2000 sull'ordinamento delle autonomie locali e del capo quinto della l. 7.8.1990, n. 241 sul procedimento amministrativo in materia di accesso ai documenti amministrativi, entrambe ispirate al comune intento di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, va posto in termini di coordinazione", con la conseguenza, da un lato, "che le disposizioni del citato capo quinto penetrano all'interno degli ordinamenti degli enti locali in tutte le ipotesi in cui nella disciplina di settore non si rinvengano appositi precetti che regolino la materia con carattere di specialità", dall'altro, che "l'art. 10 T.U. n. 267/2000 ha introdotto una disposizione per gli enti locali che si pone semplicemente in termini integrativi rispetto a quella, di contenuto generale, di cui all'art. 22 L. 2411990" . Peraltro, la querelle non sembra risolta, viste le resistenze incontrate dalla recente ricostruzione del Consiglio di Stato [Tar Puglia, Lecce, 12 aprile 2005, n. 2067; CA, Plenum del 14 marzo 2007 ; Plenum del 14 marzo 2007 ; Plenum del 19 aprile 2007 ; Plenum del 19 aprile 2007).

Pronunce giudiziali : diritto di accesso nelle more dei procedimenti ispettivi

Si ribadisce che il diritto di accesso è volto ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e a favorirne lo svolgimento imparziale (come recita l'art. 22, l. n. 241/1990), e rimane fermo che l'accesso è consentito soltanto a coloro ai quali gli atti stessi, direttamente si rivolgono, e che se ne possano eventualmente avvalere per la tutela di una posizione soggettiva; la quale, anche se non deve assumere necessariamente la consistenza del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, deve essere però giuridicamente tutelata non potendo identificarsi con il generico ed indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell' attività amministrativa.

Ai sensi dell'art. 25, 2 ° comma della l. 241/90, la richiesta di accesso , effettuata nel corso di un accertamento ispettivi, deve essere sufficientemente motivata, nonchè precisa e circostanziata. In riferimento al suindicato oggetto ed alla tempistica in cui la richiesta di cui in oggetto perviene all' ufficio competente, si precisa che ai sensi dell'art. 12, comma 11, del D.M del 20.04.06 prot. 25/segr/0003540, recante le norme di comportamento ad uso degli organi di vigilanza, nessuna copia delle dichiarazioni

rese deve essere rilasciata al lavoratore e/o al soggetto ispezionato in sede di ispezione e sino alla conclusione degli accertamenti stessi e l'eventuale richiesta di accesso va inoltrata alla Amministrazione con i requisiti di legge, che secondo gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza (cfr Consiglio di Stato , sez. VI, sentenza 10.02.2006 n° 555) e codificati dalla l. n. 15/2005 sono cosi elencati:

- la domanda di accesso deve avere un oggetto determinato o quanto meno determinabile, e non può essere generica;
- la domanda di accesso deve riferirsi a specifici documenti e non può pertanto comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta(cfr C. Stato, sez. VI, 20-05-2004, n. 3271; C. Stato, sez. VI, 10-04-2003, n. 1925; C. Stato, sez. V, 01-06-1998, n. 718);
- la domanda di accesso deve essere finalizzata alla tutela di uno specifico interesse giuridico di cui il richiedente è portatore (cfr C. Stato, sez. VI, 30-09-1998, n. 1346);
- la domanda di accesso non può essere uno strumento di controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione ovvero del gestore di pubblico servizio nei cui confronti l'accesso viene esercitato(cfr C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2283; C. Stato, sez. VI, 17-03-2000, n. 1414;
- la domanda di accesso non può essere un mezzo per compiere una indagine o un controllo ispettivo, cui sono ordinariamente preposti organi pubblici (cfr C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2283; T.a.r. Lazio, sez. II, 22-07-1998, n. 1201).

Con tre pronunce emesse nel corso del 2006 (T.A.R. Veneto, 18 gennaio 2006, n.301; 27 aprile 2006, n.1130; 19 giugno 2006, n.1801) il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto ha avuto occasione di decidere in ordine al contrasto sorto tra il datore di lavoro che richieda di prendere conoscenza delle dichiarazioni rilasciate dai propri dipendenti nel corso di un procedimento ispettivo e l'interesse rinvenibile in capo a questi ultimi a che il contenuto delle medesime resti riservato. In ragione delle differenti quaestiones facti venute alla propria attenzione, il giudice si è alternativamente pronunciato a favore del datore di lavoro o dell'amministrazione che ha negato la conoscibilità delle dichiarazioni.

Non vi è alcun dubbio — anche in relazione al carattere impugnatorio del giudizio amministrativo — che legittimato passivo nel giudizio relativo al diniego sull'istanza di accesso sia la p.a. che su essa si pronuncia: ciò anche in forza dell'art.25, comma secondo, della l.241/90, per il quale la richiesta di accesso "deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente".

Tuttavia, per quanto sia la determinazione amministrativa ad incidere concretamente sulla sfera giuridica del ricorrente (si pensi, ad esempio, all'irrogazione di una o più sanzioni nei confronti dell'azienda ispezionata, quale atto conclusivo della visita ispettiva), non è in dubbio che l'interesse sostanziale contrapposto all'accesso (cioè

quello alla pretesa riservatezza delle dichiarazioni prestate) sia di pertinenza di terzi — i quali, difatti, in sede procedimentale assumono la veste di controinteressati — e non della p.a.. Non a caso, per quest'ultima, si è parlato di un ruolo "giustiziale", cioè di conciliazione tra le opposte esigenze o di individuazione di quella prevalente.Più che il diversificato esito dei giudizi, tuttavia, appare di particolare interesse il fatto che il T.A.R. Veneto, nella risoluzione delle controversie giunte al proprio vaglio, si sia posto prevalentemente — non esclusivamente, come si vedrà — nel solco di quell'orientamento giurisprudenziale che rinviene nelle contrapposte posizioni un conflitto tra il diritto di accesso ai documenti amministrativi fatto valere dall'istante (datore di lavoro) ed il diritto alla riservatezza che si manifesta in capo ai terzi (lavoratori).

Se tale orientamento ha goduto di pieno seguito per circa un decennio, la sopravvenienza di una serie di pronunce basata su un diversa elaborazione del tema ha di recente condotto ad un differente inquadramento della questione. Le predette pronunce del T.A.R. Veneto forniscono allora l'occasione di soffermarsi su quelle problematiche che, non trovando una soluzione sufficientemente consolidata nelle decisioni del giudice amministrativo, offrono la possibilità di una rilettura.Se il prevalente inquadramento operato dalla giurisprudenza in tema di conoscibilità degli atti formatisi nell'ambito del procedimento ispettivo attiene ai confliggenti diritti all'accesso ai documenti amministrativi ed alla riservatezza — e dunque, da un punto di vista applicativo, alla delicata operazione di "bilanciamento" che logicamente ne scaturisce —, risulta opportuna una sintetica analisi delle diverse fonti concernenti l'evoluzione legislativa e regolamentare relativa a tali diritti (3).

Ad introdurre nel nostro ordinamento l'istituto dell'accesso agli atti amministrativi è, come noto, la legge 7/8/1990 n.241.Data la definizione di "diritto di accesso" (art.22) ed individuato il suo ambito soggettivo di applicazione (art.23), il legislatore ha posto particolare attenzione ai presupposti applicativi di tipo oggettivo. Sin dal testo originario, infatti, l'art.24 della legge elenca in primo luogo una serie di ipotesi in cui il diritto in discorso risulta normativamente escluso, stante la presenza di interessi da considerarsi ad esso sovraordinati (si pensi, ad esempio, ai vari casi di "segreto" o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento) . Secondariamente, poi, il legislatore lascia all'autorità governativa la possibilità di prevedere, mediante regolamento di delegificazione, ulteriori ipotesi di "sottrazione" all'accesso, all'interno di una serie di esigenze previamente individuate: tra queste, l'esclusione del diritto di accesso "quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono".

Sul punto, l'art.8 del regolamento successivamente introdotto, d.P.R. 27 giugno 1992 n.352 , nel limitarsi a precisare ulteriormente i criteri che presiedono alle ipotesi di

esclusione del diritto di accesso, non ha fatto altro che riprodurre le esigenze che vi sono sottese, così come indicate al richiamato art.24 della l.241/90; l'Autorità governativa ha cioè ritenuto di non indicare analiticamente le categorie documentali o i singoli documenti da sottrarre all'accesso, quanto piuttosto di demandare tale incarico a ciascuna p.a. in ragione della rispettiva sfera di competenza.La scelta è chiara (per certi versi, scontata): sono le diverse amministrazioni ed enti pubblici, in ragione dell'interesse pubblico che è loro compito perseguire, i soggetti che meglio possono individuare i documenti, o categorie di documenti), per i quali l'accesso risulta escluso (in quanto diritto costretto a recedere di fronte ad altri maggiormente meritevoli di protezione).

Lo schema di regolamento ministeriale che, ai sensi dell'art. 24 comma 4 l 7 agosto 1990 n. 241, deve indicare le categorie di documenti sottratti al diritto di accesso, non deve individuare il "nomen iuris" di singoli atti bensì deve raggruppare atti omogenei, sotto il profilo delle finalità che essi perseguono, e della connessa necessità di riservatezza" (Cons. Stato, Ad. Gen., 06 ottobre 1994, n.235).

Nella materia lavoristica, allora, il compito di dare attuazione a quanto previsto dalla fonte regolamentare, è ricaduto sul Ministero del lavoro e sugli enti previdenziali, ciascuno in ragione delle proprie competenze. Essi vi hanno assolto rispettivamente con l'emanazione del decreto ministeriale 4 novembre 1994 n.757 , del provvedimento I.N.P.S. n.1951 del 16 febbraio 1994 e dei regolamenti I.N.A.I.L. del 1992, del 1994 e, da ultimo, del 13 gennaio 2000 n.5 (adottato al fine di adeguare la disciplina dell'accesso alla normativa nel frattempo sopravvenuta in tema di riservatezza, di cui si dirà a breve). Nel caso del Ministero, l'esercizio del potere regolamentare è avvenuto oltre il termine posto dall'art.13 del d.P.R. 352/92 per provvedere: tale termine, originariamente fissato al 13 agosto 1992, è stato poi definitivamente prorogato al 30 giugno 1994 (ai sensi del D.L.16 maggio 1994, n.295, convertito, con modificazioni, nella l.15 luglio 1994, n.445).

Ai fini della presente disamina, va subito osservato come ciascuno dei menzionati provvedimenti abbia preso in considerazione, al fine di decretarne la sottrazione al diritto d'accesso, la seguente documentazione riguardante l'attività ispettiva in materia di lavoro:

- ex art.2 del d.m. 757/94, "i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi" (art.2, comma primo, lett.c) nonché "i documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del lavoro" (art.2, comma primo, lett.b), e ciò "in relazione all'esigenza di salvaguardare la vita privata e la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, di gruppi, imprese e associazioni";
- ai sensi del n.12 dell'allegato A (punto II) al provv.1951/94 I.N.P.S., richiamato dall'art.17 dello stesso provvedimento (intitolato "della tutela della

riservatezza"), "le dichiarazioni rilasciate da lavoratori che costituiscano base per la redazione del verbale ispettivo, al fine di prevenire pressioni, discriminazioni o ritorsioni ai danni dei lavoratori stessi";

- ex art.14 della delibera 5/00 I.N.A.I.L., gli "accertamenti ispettivi", al fine di tutelare "la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, di gruppi, di imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolari, sanitari, politici, sindacali, religiosi, professionali, finanziari, industriali e commerciali di cui essi siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano stati forniti all'Amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono".

Se è vero che i provvedimenti amministrativi sopra menzionati denotano una certa difformità di scelte nell'individuazione (e finanche nelle modalità descrittive) dei "tipi documentali" da sottrarre all'accesso, va comunque posto l'accento sulla generale riconduzione dei divieti sopra indicati ad esigenze di tutela della vita privata e della riservatezza (in piena aderenza alla previsione dell'art.24 l.241/90 e con espressioni che, nel caso della delibera dell'I.N.A.I.L., riproducono pedissequamente il comma quarto, lett.d), della stessa norma).Ciò anche a sottolineare come, a fronte di una normazione del diritto d'accesso che nella prima metà degli anni '90 può dirsi compiuta (sebbene ancora "sotto osservazione" in merito alle sue prime applicazioni), venga comunque presentito il crescente rilievo del bene "riservatezza" che, al contrario, "trova ancora fondamento e tutela esclusivamente nell'art.2 della Costituzione in tema di diritti della personalità" .

Non a caso — nonostante la valorizzazione dell'esigenza di trasparenza dell'azione amministrativa e l'assenza di una specifica normativa in tema di privacy — all'indomani dell'entrata in vigore della l.241/90 si registrò una prima opzione giurisprudenziale e dottrinaria secondo cui era da considerarsi prevalente la riservatezza, in quanto diritto di rango costituzionale superiore a quelli rinvenibili in riferimento alla disciplina sull'accesso, ovvero il diritto di difesa (art.24 Cost.), il buon andamento dell'azione amministrativa (art.97 Cost.), la tutela avverso gli atti della p.a. (art.113 Cost.). Un'opzione destinata a tramontare subito dopo, con l'affermarsi di due diverse scuole di pensiero:

- la prima ha argomentato nel senso che l'operazione di bilanciamento tra confliggenti interessi fosse già stata presa in considerazione dal legislatore (nella stessa legge 241) e risolta in favore dell'accesso;
- la seconda (per così dire, mediana) ha ritenuto che la riservatezza si ponesse in realtà in conflitto non con il diritto d'accesso, bensì con gli interessi che di volta in volta quest'ultimo andava a tutelare, degradandolo pertanto a mero diritto strumentale.

E' solo con la legge 31/12/1996 n. 675, infatti, che il diritto alla riservatezza è espressamente introdotto nell'ordinamento, quale diritto inviolabile personale alla tutela dell'intimità della sfera privata. All'indomani dell'entrata in vigore di una legge che in ogni caso non contempla una specifica definizione di "riservatezza" (al fine di definire il diritto alla "riservatezza", si deve ancor oggi ricorrere all'elaborazione giurisprudenziale o dottrinale:in particolare, la Suprema Corte — che a tale istituto fa riferimento sin dagli anni '70 (cfr. Cass., 27 maggio 1975, n.2199) al fine di proteggere le più svariate forme di aggressione alla sfera personale e familiare dell'individuo — così lo definisce: "Il diritto alla riservatezza - che, indipendentemente dalla sussistenza nell'ordinamento di altre e più specifiche previsioni, trova il proprio fondamento normativo nell'art. 2 Cost. e la cui lesione, pertanto, ove generatrice di danni, dà luogo a responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. — consiste nella tutela di situazioni e vicende strettamente personali e familiari, ancorché verificatesi fuori del domicilio domestico, da ingerenze che, sia pur compiute con mezzi leciti e senza arrecare danno all'onore, al decoro o alla reputazione, non siano tuttavia giustificate da un interesse pubblico preminente" (Cass. civ., sez. III, 9 giugno 1998, n.5658) — ma si caratterizza per la predisposizione di una tutela "forte" della stessa nei confronti delle cd. "banche dati", attraverso la protezione dei dati personali inerenti l'individuo e la persona giuridica —, si avverte chiaramente come l'impianto legislativo punti l'attenzione in maniera preponderante sul rapporto tra riservatezza e trasparenza (valori, si può dire, entrambi prepotentemente "emergenti"): in particolare, quanto alle concrete modalità di tutela della riservatezza, l'art.27, comma terzo, stabilisce che "la comunicazione e la diffusione di dati personali da parte dei soggetti pubblici a privati o ad enti pubblici economici sono ammesse solo se previste da norme di legge o di regolamento"; mentre l'art.43, comma secondo, entra nel merito del menzionato rapporto, disponendo che "Restano ferme (…) le vigenti norme in materia di accesso ai documenti amministrativi ed agli archivi di Stato", così confermando che l'operatività del diritto d'accesso, anche quando vengano in rilievo esigenze riconducibili alla sfera privata della persona, va osservata sempre in riferimento alle regole sul procedimento amministrativo.

Ciò non toglie (come si è accennato poco sopra per l'I.N.A.I.L.) che le pp.aa. in facoltà di emanare il proprio regolamento in materia di accesso, intervengano al fine di armonizzarne il contenuto con la normativa sopravvenuta in tema di tutela della riservatezza.

Negli anni successivi all'entrata in vigore della legge 675/96, sé è vero che la riflessione sul diritto di accesso agli atti amministrativi conosce un consistente sviluppo (soprattutto in ordine alle modalità di esercizio ed al rapporto con gli interessi sui quali va ad incidere), è da dire che ciò accade quasi esclusivamente in virtù di elaborazione giurisprudenziale. Sulla perdurante conflittualità tra accesso e riservatezza ritorna in particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le

pronunce n.5 del 1997 e n.59 del 1999, per quanto riguarda i principi enunciati in tema di tutela dei propri interessi giuridici al ricorrere di opposte esigenze di riservatezza. Nel contempo, invece, il dibattito sulle forme di intrusione nella vita privata della persona si amplia notevolmente, in relazione ad una accresciuta capacità — delle pubbliche amministrazioni, così come di tutti i soggetti pubblici e privati che si trovano a trattare dati personali — di elaborazione qualitativa e quantitativa di informazioni, direttamente derivante dalla disponibilità di una strumentazione informatica e telematica sempre più complessa e sofisticata.

L'esigenza di fornirsi di mezzi adatti a fronteggiare tali pericolose ingerenze, nonché quella di reductio ad unum della disciplina sulla privacy — "sparsa" ormai in diversi provvedimenti, anche di stampo settoriale — porta infine all'emanazione del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 ("Codice in materia di protezione dei dati personali" Noto come "Codice sulla privacy).Tale complesso normativo costituisce il logico completamento di quanto già elaborato con la precedente legge 675/96, evidenziando una concezione giuridica del bene "riservatezza" ormai matura, potenzialmente atta a dispiegare una larghissima protezione per l'individuo : "grazie al decreto legislativo n.196 del 2003 e, quindi, con la codificazione del diritto all'autodeterminazione informativa, ciascuno di noi può proteggere i propri dati personali, avendo ciascuno il diritto di proporsi agli altri negli esatti termini in cui vuole che ciò accada, decidendo in anticipo quali informazioni personali è disposto a dare agli altri soggetti" . In definitiva, "la tutela della riservatezza realizzata in tal modo diventa (…) uno strumento che, da una parte, garantisce all'individuo la libera costruzione della propria sfera privata e, dall'altra, consente allo stesso di esercitare un controllo sociale diffuso e continuo sugli organismi pubblici e privati che detengono le informazioni, per assicurare la trasparenza della loro attività ed impedire la creazione di poteri incontrollati" .

Nella sostanza, le norme specificamente dettate dal D.Lgs.196/03 (Codice Privacy) sul rapporto tra tutela dei dati personali e diritto d'accesso, gli artt.59 e 60 , non si discostano da quanto già affermato agli artt.43 della l.675/96 e 16 del d.lgs. n.135 del 1999 (quest'ultimo riguardante l'individuazione dei dati cosiddetti "supersensibili"). Piuttosto, il risultato conseguito dal decreto consiste nel definitivo consolidamento di un processo evolutivo sinora parallelo: la maturazione per tappe normative del concetto di riservatezza da una parte, la "progressione" giurisprudenziale in tema di accesso alla documentazione amministrativa dall'altra, trovano finalmente un primo tentativo di sintesi delle opposte esigenze in un quadro unitario.In questo senso, il codice della privacy costituisce il preludio agli ultimi sviluppi normativi sul tema in discorso: con la legge 11 febbraio 2005 n. 15, che interviene sull'originario impianto dell'art.24 l.241/90, il legislatore lascia inalterate le previsioni sostanziali in materia di esclusione del diritto d'accesso ma risolve espressamente talune importanti ipotesi di conflitto dello stesso con il bene "riservatezza", affermando che "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici" e che "nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui

sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

Senza volersi soffermare oltre sulle molteplici novità introdotte con l.15/05, ne va però rimarcata la rilevanza, tale da indurre il legislatore a prevedere una conseguente rielaborazione della normazione secondaria e settoriale in materia di accesso . Il secondo comma dell'art.23 della l.15/2005 così dispone: "Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo è autorizzato ad adottare, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, un regolamento inteso a integrare o modificare il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, al fine di adeguarne le disposizioni alle modifiche introdotte dalla presente legge".

Inoltre, ai sensi del comma quarto dello stesso articolo, "ciascuna pubblica amministrazione, ove necessario, nel rispetto dell'autonomia ad essa riconosciuta, adegua i propri regolamenti alle modifiche apportate al capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241, dalla presente legge nonché al regolamento di cui al comma 2 del presente articolo".

In esecuzione di tale obbligo, il Governo è andato ben oltre l'intento di "integrazione" o "modifica" del d.P.R. 352/92 disposto dal novellato art.23 l.241/90, procedendo alla sua abrogazione con l'entrata in vigore del nuovo "Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi", il d.P.R. 12 aprile 2006 n.184.L'unica disposizione del precedente decreto Presidenziale a conservare vigenza è l'art.8, relativo ai casi di esclusione del diritto di accesso (e sul quale ci si è soffermati in precedenza). Tuttavia, l'abrogazione dello stesso è fissata dal d.P.R. 184/06 al momento della prossima entrata in vigore del regolamento che, ai sensi del novellato comma sesto dell'art.24 l.241/90, comporterà la riscrittura delle categorie di atti sottratti all'accesso da parte del Governo.

Riservatezza e diritto di accesso agli atti del procedimento ispettivo

Gli atti ispettivi, redatti dagli organi di vigilanza, se, da un lato, costituiscono importanti elementi istruttori per gli stessi organi, dall'altro, potrebbero consentire alle ditte ispezionate una difesa giudiziale più incisiva ed efficace.Il punto di partenza, per un corretto inquadramento dell'argomento, è costituito dalla normativa di riferimento e rappresentata dalla legge 241/1990, così come modificata dalla successiva legge 15/2005.Preliminarmente occorre chiarire come l'accesso ai documenti amministrativi altro non è se non il diritto riconosciuto ai soggetti interessati di prendere visione o estrarre copia del contenuto di atti detenuti da una pubblica amministrazione.Tale diritto ha ottenuto una vera propria consacrazione negli artt. 22 e ss. della normativa citata.

Tuttavia il riconoscimento dello stesso è sottoposto alla sussistenza di precisi presupposti quali:

- l'esistenza in capo al titolare di un interesse concreto ed attuale alla conoscenza del documento per il quale si richiede l'accesso;
- che il predetto documento sia detenuto da una pubblica amministrazione ed attenga ad un'attività di interesse pubblico;
- che rispetto a tale documento non sussistano divieti espressamente previsti dall'art. 24 della legge 241/1990.

Oltre al dato normativo deve aversi riguardo, anche, alla copiosa normativa ministeriale emanata sul punto.L'art. 1 del regolamento del Ministero del lavoro prevede e prescrive l'esclusione dall'accesso dei documenti "contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi". Inoltre il successivo art. 3 aggiunge e precisa che i documenti relativi a notizie acquisite nel corso dell'attività ispettiva sono sottratti all'accesso finché perduri il rapporto di lavoro.

E la medesima ratio è alla base delle prescrizioni contenute nel Codice di comportamento degli ispettori del lavoro laddove, espressamente, sancisce il categorico divieto per il personale ispettivo di rilasciare copia della dichiarazione al lavoratore dichiarante ed al soggetto ispezionato in sede di ispezione e sino alla conclusione degli accertamenti.La finalità perseguita dalle disposizioni citate è essenzialmente quella di riconoscere e garantire i lavoratore dichiarante da possibili attività discriminatorie e persecutorie da parte del datore di lavoro ispezionato.

Rivolgendo la nostra attenzione al quadro giurisprudenziale non può non evidenziarsi l'esistenza sul punto di un atteggiamento alquanto deciso volto a sostenere come nel conflitto tra diritto di accesso e privacy la prevalenza deve essere indiscutibilmente riconosciuta alla segregazione delle dichiarazioni in quanto la tutela della riservatezza dei lavoratori viene vista come strumento idoneo ad evitare la fisiologica reticenza dei dipendenti a fornire utili informazioni agli organi di vigilanza. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 736/2009, ha avuto modo di precisare che l'obiettivo primario deve essere quello di garantire tutela al soggetto debole rappresentato dal lavoratore dichiarante. Tale scelta, come precisa la pronuncia in esame, non comprometterebbe assolutamente le esigenze difensive del datore di lavoro garantite dalla documentazione che ogni lavoratore è tenuto a possedere, nonché dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria. La sentenza del Tar Lazio n. 5671/2010 ha respinto il ricorso ex art. 25 della Legge n. 241/1990 Non si discosta dal più recente indirizzo giurisprudenziale la sentenza del Tar Lazio n. 5671 /2010 con la quale è stato respinto il ricorso ex art. 25 della Legge n. 241/1990 promosso da una avverso il provvedimento di diniego di accesso agli atti ispettivi, adottato da una DPL. L'Ufficio

aveva trasmesso alla società il verbale di ispezione e diffida nel quale la stessa veniva diffidata per alcune asserite violazioni e richieste di pagamento in solido con la predetta ditta . Questa chiedeva l'accesso a tutti gli atti del procedimento amministrativo conclusosi con il menzionato verbale, evidenziando che la richiesta trovava ragione nel fatto che la stessa non era stata posta nelle condizioni di interloquire sin dall'inizio dell'accertamento ispettivo e nulla poteva sapere delle risultanze del verbale . La Dpl provvedeva a rigettare la predetta istanza e la società - ritenendo illegittimo il diniego di accesso – chiedeva al Tar l'annullamento del citato diniego.

Si è detto come, riguardo all'esercizio del diritto di accesso, il ricorso al giudice amministrativo contro gli atti ispettivi in materia di lavoro sia in prevalenza originato dalla volontà del datore (evidentemente frustrata in sede procedimentale) di venire a conoscenza del contenuto di una o più richieste d'intervento indirizzate alle Direzioni provinciali del lavoro e agli enti previdenziali e/o delle dichiarazioni rilasciate dai propri dipendenti in occasione dell'accesso in azienda da parte degli organi ispettivi.Nel decidere sulla legittimità degli atti amministrativi di diniego dell'accesso, come si è visto, la giurisprudenza (tra cui quella sopra richiamata del T.A.R. Veneto) ha fatto preminente riferimento al conflitto tra trasparenza e riservatezza, in quanto quest'ultima risulta peraltro espressamente richiamata negli atti emanati dalle singole amministrazioni e menzionati al precedente paragrafo.L'immediato (e apparentemente scontato) rinvio ai sopra indicati principi confliggenti ha comportato che l'operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi assorbisse ogni esame (antecedente da un punto di vista logico) sulla natura del diritto riconosciuto in capo al lavoratore . In altre parole, non ci si è sufficientemente interrogati sui reali confini del diritto di riservatezza quale bene da tutelare in opposizione alla richiesta di accesso agli atti proveniente dal datore di lavoro. Eppure, è di immediata intuizione come la risposta a tale questione condizioni in radice la soluzione del conflitto che insorge tra il privato datore di lavoro e la pubblica amministrazione in ordine alla possibilità di visionare ed estrarre copia degli atti relativi al procedimento ispettivo (ciò, beninteso, prescindendo dalla presenza di dati classificati come "sensibili" negli atti cui si chiede di accedere, e sulla quale si tornerà nel corso del presente scritto).Sul tema, a seguito di sviluppi giurisprudenziali recenti, è dato ormai rinvenire due orientamenti del tutto opposti.Un primo orientamento, che segue l'emanazione del d.P.R. 352/92 e conta numerose pronunce del Consiglio di Stato, non pone in dubbio il fatto che si possa individuare un vero e proprio diritto alla riservatezza in capo al lavoratore, tanto che le decisioni dei giudici, presupponendo tale dato (conformemente a quanto puntualizzato dalla detta produzione normativa secondaria), si soffermano piuttosto sulle conseguenze che ne discendono in termini di bilanciamento con il diritto di accesso. In particolare, tale filone giurisprudenziale (Cfr., tra le altre, C.d.S. sez.VI, 17 ottobre 2003, n.6341; C.d.S. sez.VI, 10 aprile 2003, n.1923; C.d.S. sez.VI, 3 maggio 2002, n.2366; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 febbraio 2001, n.198; T.A.R. Lazio, sez.III, 30 marzo 1999, n.810; T.A.R. Toscana 17 dicembre 1997, n.822; C.d.S. sez.VI, 4 luglio

1997, n.1066. Prima della sent. n.5/97 resa dal C.d.S. in Ad. Plen., si vedano, tra le altre, C.d.S. sez.IV, 19 novembre 1996, n.1604; T.A.R. Lombardia, Brescia, 4 maggio 1996, n.497, T.A.R. Campania, Napoli, sez.IV, 8 gennaio 1996, n.17; T.A.R. Veneto 28 dicembre 1995, n.1599; T.A.R. Lazio, Latina, 20 settembre 1995, n.666; T.A.R. Veneto, 24 giugno 1995 n.421 e 25 marzo 1995 n.456) si riporta espressamente alla nota sentenza dell'Adunanza plenaria n.5 del 1997, sebbene tale pronuncia non attenga strettamente alla materia del lavoro. Il caso pratico riguardava, infatti, un responsabile sanitario di una U.S.L. marchigiana, il quale aveva richiesto di accedere a tutte le lettere, note o segnalazioni pervenute alla Regione in merito al suo operato (e menzionate in due note successivamente inviate alla struttura sanitaria dalla stessa Regione): il diniego di accesso opposto al soggetto veniva motivato dall'esigenza di non deteriorare il rapporto medico—pazienti in seguito alla rivelazione dei nomi di coloro che, tra gli stessi pazienti (o loro familiari), avevano inoltrato alla Regione rimostranze relative ai comportamenti dell'istante.L'Adunanza Plenaria, aderendo in tutto alla ricostruzione del giudice di primo grado e della Sezione rimettente del C.d.S., imposta il discorso in termini di conflitto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza e — richiamando tra l'altro alcune precedenti sentenze del Consiglio di Stato in materia di lavoro — dà ragione al soggetto istante, inaugurando meritoriamente quell'incontrastata impostazione che riconosce la prevalenza del diritto di accesso sulla riservatezza ogniqualvolta sia in discussione la cura e tutela dei propri interessi giuridici (impostazione su cui si avrà modo di tornare nel corso del presente scritto).Nelle successive occasioni nelle quali si trova ad affrontare il suddetto contrasto in materia di lavoro, e dovendo pertanto esprimersi in merito a quanto previsto dall'art.2 del d.m. 757/94, il Consiglio di Stato, forte dell'impostazione avviata dall'Adunanza Plenaria, può spingersi ad affermare che "tale previsione regolamentare risulta in contrasto con la norma primaria di cui all'art.24 l. n.241/90 e, in particolare, con la previsione secondo cui il diritto di difesa prevale sulla riservatezza" (C.d.S. 10 aprile 2003 n.1923).E' per questa via, e sulla base della considerazione che si verta in tema di diritti soggettivi, che il Consiglio di Stato disapplica sistematicamente la norma regolamentare da ritenersi in contrasto con la legge 241/90 nell'ambito del conflitto che insorge tra il diritto di accesso ai documenti amministrativi ed il diritto alla riservatezza. Ed è a questo filone che si rifà anche T.A.R. Veneto, 18 gennaio 2006, n.301 (la prima delle tre pronunce emanate dal tribunale amministrativo nello scorso anno) quando afferma che "la preminenza del diritto di difesa sul diritto alla riservatezza, pertanto, impone di disapplicare le norme regolamentari confliggenti con il citato art.24, ma non anche di annullare le norme stesse perché ciò non appare strettamente necessario ai fini del soddisfacimento dell'interesse sottostante all'azione ex art.25".

In definitiva, questo primo orientamento giurisprudenziale, non ponendo in dubbio che il conflitto tra datore di lavoro e lavoratore sulla conoscibilità delle dichiarazioni e/o delle generalità di quest'ultimo rientri nell'alveo del bilanciamento tra trasparenza e riservatezza, riporta la risoluzione della questione (oltre che alla

consueta disamina sulla "concretezza" e "personalità" dell'interesse fatto valere) al fatto che la richiesta di accesso agli atti sia finalizzata alla tutela di una posizione giuridicamente rilevante, stante l'assunto per cui "il diritto alla riservatezza è destinato a recedere tutte le volte in cui la conoscenza degli atti sia necessaria per l'esercizio del diritto di difesa".

Le pronunce emesse da diversi tribunali amministrativi di primo grado nell'ultimo quinquennio portano tuttavia all'attenzione un secondo orientamento, del tutto opposto a quello sinora analizzato .Una prima, timida apertura (T.A.R. Emilia Romagna 5 aprile 2001, n.299 riguarda un caso relativo ad una consistente omissione contributiva, contestata dall'I.N.P.S. al datore di lavoro in conseguenza delle dichiarazioni assunte da due lavoratrici: a fronte del diniego opposto all'istanza di accesso a tali dichiarazioni, il collegio giudicante si limita apoditticamente a ravvisare l'inesistenza di esigenze di salvaguardia della riservatezza, ordinando pertanto l'esibizione dei documenti richiesti. Nello stesso senso si pongono altre pronunce di poco successive, le quali, pur discostandosi dal primo dei due orientamenti, non sembrano coglierne coerentemente le conseguenze(il riferimento è in particolare all'orientamento sviluppatosi nelle menzionate sentenze del T.A.R. Basilicata, il quale, seppure molto critico verso il regolamento emanato dall'I.N.P.S. in attuazione dell'art.8 d.P.R. 352/92, così motiva in ordine al conflitto tra opposti interessi: "se il Regolamento tutela in via diretta l'interesse pubblico all'accertamento delle omissioni contributive e all'applicazione delle relative sanzioni, allora lo stesso diritto alla riservatezza finisce per atteggiarsi a puro interesse legittimo protetto indirettamente, cioè solo nell'ambito del contestuale soddisfacimento dell'interesse pubblico").

E' solo con la sentenza T.A.R. Veneto n.2760 del 14 maggio 2003, perciò, che la questione di cui si discute viene analizzata nei suoi aspetti fondamentali, conducendo ad una espressa censura dei giudici nei confronti del provvedimento I.N.P.S. n.1951/94, allegato A (punto II, n.12), relativo ai rapporti tra il diritto di accesso e la riservatezza: secondo i giudici, infatti, "evidente appare, nelle riportate disposizioni regolamentari intese a individuare i documenti sottratti all'accesso, una deviazione dalla finalità originaria dichiarata — mirante a proteggere un preteso diritto alla riservatezza dei lavoratori nei riguardi del diritto di accesso del datore di lavoro — verso l'esigenza di protezione del lavoratore medesimo da ritorsioni, repressioni, ecc., il che, palesemente, è cosa diversa dall'esigenza di riservatezza. Ciò mostra l'esistenza di una evidente disarmonia e incongruenza interna del regolamento, che già per questo merita di essere censurato".

Il carattere di novità della decisione è ancor più manifesto se la si esamina nel suo complesso: pur facendo espresso riferimento alla giurisprudenza che riconosce la prevalenza del diritto alla cura dei propri interessi in capo al datore di lavoro — e che porterebbe comunque ad una pronuncia favorevole a quest'ultimo —, il collegio non si sottrae ad una valutazione sulla natura della situazione soggettiva individuabile in capo al lavoratore, confermando così l'antecedenza logica della risoluzione di tale

quesito rispetto ad ogni eventuale rilievo sul conflitto tra diritto alla riservatezza e di accesso agli atti, e stabilendo inequivocabilmente, in punto di fatto, l'assenza di ogni profilo riguardante la riservatezza per quanto concerne le dichiarazioni rese dai lavoratori nel corso del procedimento ispettivo.Tale ultimo assunto appare tutt'altro che discutibile ove si ponga mente alla (in parte già menzionata) connotazione che il bene "riservatezza" ha sin dall'inizio assunto nel nostro ordinamento: inserito nella categoria "aperta" dei diritti della personalità, il diritto alla riservatezza ha ad oggetto "la sfera di intimità della persona, che va salvaguardata dalla curiosità altrui, dall'indiscrezione con la quale altri indaghino e raccolgano notizie sulla vita privata, mettendone in pubblico aspetti che si vorrebbero coperti dal riserbo".

All'interno del fisiologico progredire dell'istituto — che dall'iniziale diritto "ad essere lasciato solo" evolve sino a sancire in capo ad ognuno (come già visto) la possibilità di controllare i dati che lo riguardano; e che la stessa giurisprudenza riconosce e tutela anche "al di fuori del domicilio domestico" (Cass. civ., sez. III, 09 giugno 1998, n.5658) dopo un iniziale riferimento alle sole "situazioni e vicende personali e familiari che si svolgono nell'ambito del proprio domicilio" (Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1994, n.1652) —, va rimarcato come il bene "riservatezza" resti sempre circoscritto alla sfera più intima dell'individuo, come tale tutelabile in sé, cioè per la conoscenza che delle notizie ad essa pertinenti altri abbiano e non per le eventuali (successive) conseguenze che il carpire tali informazioni possa comportare.

Se è così, è evidente quale sia la maggiore contestazione che l'orientamento più recente muove all'altro: "in realtà, la conoscenza delle dichiarazioni rese dai lavoratori agli ispettori (…) non è idonea di per sé a ledere direttamente gli interessi professionali dei lavoratori o la loro 'privacy', come normalmente accade con l'ostensione di quei dati che attengono effettivamente alla sfera di riservatezza: piuttosto, la cognizione delle dichiarazioni dei lavoratori, in relazione alla loro condizione di parte debole del rapporto di lavoro, può agevolare comportamenti illeciti degli imprenditori, come ad esempio intimidazioni o licenziamenti…" (T.A.R. Piemonte, 24 giugno 2005, n.2654)

Inglobare al bene "riservatezza" la serie di effetti che potrebbero discendere in ambito lavorativo dalla conoscenza del procedimento ispettivo (cioè ritorsioni, pressioni, intimidazioni, pregiudizi, azioni discriminatorie, etc., realizzate dal datore di lavoro in danno del lavoratore), rende palese come di alcun aspetto di riservatezza si stia realmente parlando: la lesione di tale bene, infatti, si realizza con l'ingiustificata intrusione nella sfera personale dell'individuo, al di là di ogni successiva conseguenza, di ogni pubblicazione o divulgazione di informazioni o dati illecitamente acquisiti , di ogni ritorsione o pressione che verrà (ed è una mera eventualità) posta in essere ai danni dell'individuo.

Ciò che viene efficacemente chiarito dall'ultima delle tre sentenze che qui si commentano, a fronte delle pretese esigenze di riservatezza richiamate dall'amministrazione resistente in giudizio: "riservatezza (…) mal invocata, in quanto

la ratio del divieto ivi contenuto non era tanto di salvaguardare la privacy dei lavoratori, quanto di non esporli a 'ritorsioni' da parte del datore di lavoro" (T.A.R. Veneto 19 giugno 2006, n.1801). D'altronde, ad asserire il contrario si rischia di incorrere in evidenti complicazioni logico-giuridiche: è il caso della menzionata pronuncia del C.d.S., 3 maggio 2002, n.2366 (riconducibile al primo dei due orientamenti sopra esposti), che, nell'affermare la sussistenza di esigenze di riservatezza prese in considerazione dall'art.2 d.m. 757/94, si pone "la questione interpretativa se i documenti acquisiti nel corso delle attività ispettive siano sottratti senz'altro all'accesso, ovvero solo quando, in concreto, dalla loro divulgazione possono derivare azioni discriminatorie, indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi.

In definitiva, l'orientamento ora analizzato si contrappone al primo nel ritenere, a fronte di una richiesta di accesso avanzata dal datore di lavoro per la conoscenza degli atti del procedimento ispettivo, l'inopponibilità di motivi di riservatezza e, di conseguenza, l'impossibilità di pervenire ad alcuna operazione di bilanciamento tra opposti diritti. "Quanto al bilanciamento degli interessi in gioco, va sottolineato come la ponderazione non attenga tanto all'effetto tra diritti della difesa e tutela della riservatezza della fonte di informazione — che può avere rilevanza piuttosto in corso d'ispezione anziché all'esito della medesima —, quanto invece tra il primo interesse e quello alla tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori (art.2087 c.c.). I quali, infatti, per il loro atteggiamento potrebbero venire verosimilmente assoggettati ad azioni discriminatorie e indebite pressioni. Fermo restando il conseguente interrogativo, di cui si darà conto più avanti nel presente scritto, se la tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori trovi la sua sede naturale in ambito processuale piuttosto che in quello procedimentale.

D'altronde, come si avrà modo di vedere relativamente alle implicazioni che discendono da tale (più recente) filone giurisprudenziale, l'adesione allo stesso non è certo limitato a mere derivazioni teoriche, bensì comporta due rilevanti conseguenze, l'una di ordine sostanziale e l'altra di ordine formale.

La difesa del lavoratore e la tutela degli interessi giuridici del datore di lavoro

La maggiore critica cui è sottoposta la posizione giurisprudenziale che disconosce la sussistenza di esigenze di riservatezza in capo ai lavoratori — nell'ambito del tema in discorso — tocca la stessa "ratio" giustificatrice della disciplina di normazione secondaria, individuata nell'efficace tutela del lavoratore da ogni tipo di "rappresaglia" datoriale conseguente alla conoscenza del contenuto di denunce o dichiarazioni fornite dallo stesso in sede di ispezione.L'adesione al predetto orientamento, si afferma, comporterebbe la completa rinuncia a quella tutela, mentre solo dall'accoglimento della tesi opposta conseguirebbe che le esigenze di riservatezza — fatto in ogni caso salvo il diritto alla difesa da parte del datore di lavoro — possano essere dichiarate

prevalenti rispetto ad ogni pretesa, preservando in tal modo il lavoratore da ogni indebito pregiudizio.

Con la sola eccezione riguardante i lavoratori non più in forze presso l'impresa o la società sottoposta a procedimento ispettivo; e con l'ulteriore corollario che, ove la richiesta di accesso agli atti di tale procedimento veda ancora in forze il lavoratore presso il datore di lavoro, il diniego non possa comunque essere opposto oltre la successiva risoluzione del rapporto (ciò che è testualmente stabilito dagli stessi atti di normazione secondaria ministeriale e degli enti previdenziali, salva la previsione espressa di un termine massimo di "inaccessibilità" per taluni atti) .

In giurisprudenza, si veda in particolare la già menzionata C.d.S. sez.VI, 17 ottobre 2003, n.6341: 'Dalla disciplina sopra ricordata dipende pertanto che, con riferimento ai documenti acquisiti nel caso di attività ispettiva (art.2, comma 1, lett. c, del D.M. n.757 del 1994) la sottrazione all'accesso, opponibile quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni a carico dei lavoratori, viene in ogni caso meno con la conclusione del rapporto di lavoro (art.3, comma 1, lett.c); e che alla medesima conclusione deve pervenirsi anche nel caso delle richieste di intervento dell'Ispettorato del lavoro (art.2, comma 1, lett.b) provenienti da un lavoratore o aventi per oggetto il rapporto di lavoro, dal momento che l'art.3, comma 1, lett.b, del regolamento adottato con D.M. n.757 del 1994, dopo aver fissato in via generale un periodo di sottrazione all'accesso di cinque anni, precisa che tale sottrazione dura 'finché perduri il rapporto di lavoro, quando la richiesta di intervento dell'Ispettorato del lavoro riguardi il rapporto di lavoro o provenga dal lavoratore'.

Ciò al fine di dichiarare l'illegittimità del diniego di accesso opposto al datore di lavoro nonostante l'acclarata cessazione del rapporto con la collaboratrice la cui posizione era venuta all'esame del Collegio nel caso concreto.

E' evidente come tale riflessione sia da ricondursi alla "ratio" già esposta, consistente nello scongiurare ogni tipo di ritorsione nei confronti del lavoratore per tutto il tempo in cui perduri il rapporto di lavoro. La questione, per la sua evidenza, è stata affrontata da subito anche dall'opposto orientamento: tacendo del fatto che le norme di secondo grado più volte richiamate siano realmente idonee a scongiurare eventuali ritorsioni del datore di lavoro (una cosa è, infatti, la conoscibilità del contenuto di denunce o dichiarazioni dei dipendenti, altra è la conoscenza dell'identità degli stessi : "D'altra parte, anche se fossero ipotizzabili ritorsioni di sorta, è logico pensare che queste potrebbero essere messe in atto indipendentemente dalla conoscenza delle dichiarazioni rilasciate dalle lavoratrici, tenuto conto che l'identità di costoro, menzionate nominativamente negli atti di verbalizzazione notificati, è conosciuta dal rappresentante della società" (T.A.R. Emilia Romagna, 5/4/2001 n.299); ancor più incisivo T.A.R. Veneto 14/5/2003 n.2760: "… avendo già quei determinati lavoratori reso dichiarazioni tali da avere indotto gli organi ispettivi a muovere addebiti al datore di lavoro, ed essendo, perciò, noti i loro nomi e la sostanza bruta delle loro

dichiarazioni (non fosse altro dalle risultanze del verbale ispettivo), non si vede che senso abbia dire che occorre tenere riservate le loro dichiarazioni".

Meno "forte", a parere di chi scrive, l'osservazione del T.A.R. Emilia Romagna (ripresa anche da sentenze successive) secondo cui l'insistenza del datore nel voler acquisire le dichiarazioni avrebbe un carattere indiziante tale da costituire una "presunzione di discriminazione" ove si accertino comportamenti lesivi posti successivamente in essere nei confronti dei lavoratori.), i giudici hanno osservato come i lavoratori abbiano la possibilità di azionare gli specifici strumenti di garanzia riconosciuti tanto dalla normativa lavoristica quanto dai contratti collettivi di categoria.Si giunge, così, alla conseguenza di ordine sostanziale poco sopra preannunciata in relazione all'adesione al più recente orientamento, in forza della quale la tutela dei dipendenti diviene azionabile in un eventuale processo e non nell'ambito del procedimento ispettivo. Un rapido excursus sulla giurisprudenza dell'ultimo trentennio in tema di atteggiamenti ritorsivi posti in essere dal datore nei confronti dei propri dipendenti mostra l'ampiezza della protezione riconosciuta dal giudice del lavoro: dal licenziamento (Cass. civ., sez. lavoro 10 novembre 2004 n.21378; Cass. civ., sez. lavoro, 25 maggio 2004, n.10047; Cass. civ., sez. lavoro, 06 maggio 1999, n.4543; Pret.Napoli 4 gennaio 1999; Cass. civ., sez. lavoro, 03 maggio 1997, n.3837; Trib. Roma, 19 ottobre 1995; Cass. civ., 04 luglio 1984, n.3916; Cass. civ., 14 febbraio 1983, n.1114) (che rappresenta, per così dire, l'estrema "rappresaglia" ai danni del lavoratore, in quanto comporta il suo allontanamento dalla realtà aziendale) e dall'assegnazione discriminatoria di incarichi e mansioni , la sindacabilità giudiziale sulle iniziative datoriali si è estesa alle valutazioni che riguardano le note di qualifica (Cass., sez. lavoro, 08 agosto 2000 n.10450; Cass., sez. lavoro, 27 febbraio 1995 n.2252; Cass., sez. lavoro, 14 dicembre 1990 n.11891; Cass., sez. lavoro, 23 gennaio 1988 n.560), il demansionamento e, più di recente, il "mobbing" .

Se è vero che, conformemente ai principi generali sull'onere della prova, la dimostrazione del carattere ritorsivo di tali iniziative ricade sul lavoratore, ciò non rende preferibile l'opposta conclusione in favore di una "prevenzione" di qualunque azione discriminatoria a danno dello stesso attuata tramite la menzione di pretese esigenze di riservatezza da parte dell'amministrazione:

- in primo luogo in quanto, come si è detto, appare eccessivo apprestare uno strumento di sistematica frustrazione delle istanze datoriali in funzione di contrasto di fenomeni ritorsivi che (lo si ripete) appaiono come una mera eventualità (E' curioso notare come proprio la sentenza n.5/97 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nel riconoscere il diritto dell'istante ad ottenere la visione delle lettere, note e segnalazioni delle quali richiede l'accesso, evidenzi l'infondatezza dei timori di parte avversa sulle "possibili ritorsioni". Parte della dottrina, del resto, ha visto in tale sentenza una riaffermazione del principio di trasparenza in uno dei momenti di più evidente "conflittualità" con il valore della riservatezza, scaturito dall'entrata in vigore della menzionata

l.675/96: "per molti soggetti pubblici, in verità, l'avvento della l. n.675 ha rappresentato l'occasione per chiudersi nuovamente in se stessi e per confermare atteggiamenti, del passato, di sostanziale elusione del diritto di accesso, trincerandosi dietro a quella che potrebbe essere definita come una nuova forma di segreto, cioè la tutela della privacy";

- in secondo luogo per il fatto che nel processo del lavoro, che "trova la sua ragion d'essere proprio nella tutela dei diritti del lavoratore subordinato, considerato la parte debole dei contratti individuali di lavoro", occorre in ogni caso "assicurare la 'parità delle armi', garantendo un efficace contraddittorio anche al datore di lavoro, che, in mancanza di documenti come quelli richiesti, si troverebbe in difficoltà nel sostenere le proprie ragioni" (T.A.R. Veneto, 14 maggio 2003, n. 2760)

Tali motivazioni risultano del resto efficacemente condensate, con specifico riguardo ad atti propulsivi del procedimento ispettivo, in C.d.S. sez. V, 22 giugno 1998 n.923: "Nell'ordinamento delineato dalla l. 7 agosto 1990 n.241, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto di diritti deve poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all'interessato esigenze di riservatezza — foss'anche per coprire o difendere il denunciante da eventuali reazioni da parte del denunciato, le quali, comunque, non sfuggono al controllo dell'autorità giudiziaria —, atteso che, per un verso, la tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo alla legalità repubblicana e, per altro verso, l'eccessiva tempestività dell'accesso può tutt'al più giustificarne un breve differimento se ciò è opportuno per gli sviluppi dell'istruttoria".

A fronte delle legittime richieste di accesso provenienti dal datore di lavoro, allora, il ripetuto diniego motivato in riferimento agli indicati atti di normazione secondaria asseconda il sospetto che ciò costituisca per l'amministrazione uno strumento per tutelare (oltre misura) il proprio operato piuttosto che la posizione del lavoratore.Se dunque non coglie nel segno la critica per la quale l'accoglimento del più recente orientamento giurisprudenziale costituirebbe una "sottrazione di tutela" a danno del prestatore di lavoro, nemmeno può ritenersi (come pure è stato detto) che il più volte menzionato intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato abbia comunque trovato soluzione alla problematica in esame, rendendo in qualche modo inutile la posizione assunta dall'orientamento giurisprudenziale più recente.In tal senso, si è affermato che, dopo un periodo iniziale in cui il conflitto tra diritto di accesso e privacy era stato caratterizzato da un'interpretazione estensiva del concetto di riservatezza , l'intervento del Supremo Consesso abbia "rimesso in equilibrio" tale rapporto, riaffermando con forza il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e, attraverso di esso, il corretto bilanciamento degli opposti valori nell'ottica della cura e difesa degli interessi giuridici del richiedente (nei limiti in cui l'accesso sia necessario

alla difesa dei medesimi) . La successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato ha inoltre chiarito che la formula "cura e difesa degli interessi giuridici" non è indirizzata esclusivamente alla tutela processuale del richiedente l'accesso, ma riguarda anche la tutela procedimentale: ove siano rispettati i limiti posti alle modalità di esercizio dell'accesso agli atti, spetta infatti al privato decidere dell'utilizzazione degli stessi.

In altre parole, è in astratto accoglibile non solo la richiesta di accesso che il datore di lavoro intenda finalizzare alla difesa dei propri interessi in giudizio, ma anche, ad esempio, ad un ricorso amministrativo (compreso il ricorso straordinario al Capo dello Stato, percorribile allorquando siano decorsi i termini per la proponibilità di rimedi ordinari), ad una denuncia penale o ad una richiesta di risarcimento dei danni subiti in forza di atti sanzionatori illegittimi.Tale tesi — seppure evidenzi il grande passo in avanti compiuto dall'Adunanza plenaria in termini di effettive garanzie di trasparenza amministrativa — non sposta i termini della questione come sopra enunciati: la "cura e tutela degli interessi giuridici" è principio che entra in gioco nell'ambito del bilanciamento tra contrapposti interessi (47), cioè del contrasto tra accesso e riservatezza. Laddove, come detto, si disconosca il ricorrere di esigenze relative alla privacy, la questione appare ab initio riferibile al solo diritto d'accesso Ciò che peraltro comporta immediate conseguenze sul piano pratico; basti pensare alle modalità di esercizio del diritto di accesso ex artt.22, comma primo, e 25, comma primo, l.241/90, il quale prevede che il medesimo diritto si esercita mediante "esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi".

Nella giurisprudenza è prevalso un orientamento "mediano" (non esente da fondate critiche), secondo il quale il datore di lavoro avrebbe accesso in modo totale, ovvero con estrazione di copia dei documenti richiesti, nel caso di dichiarazione di dipendenti non più in forze (in quanto non soggetti a possibili ritorsioni), e nella forma della sola visione per quanto riguarda i dipendenti ancora in forze (tra le altre, T.A.R. Veneto, 27 aprile 2006 n.1130; C.d.S. sez VI, 17 ottobre 2003, n.6341, T.A.R. Veneto, 14 maggio 2003, n.2760). Da rilevare da ultimo l'impostazione offerta da T.A.R. Veneto, 19 giugno 2006, n.1801 (ma non accolta da altre recenti sentenze), in virtù delle recenti modifiche normative: "… la regola della prevalenza dell'accesso sulla 'riservatezza' è stata ribadita dalla novella di cui alla L.11.2.2005 n.15 e rafforzata (…) dall'abrogazione della disposizione che ammetteva l'accesso nella forma 'attenuata' della sola presa visione, avendo l'art.22, comma 1 lett.a) espressamente stabilito che — ora — il diritto di accesso si esercita mediante 'visione ed estrazione di copia' dei documenti".)

Conclusioni

Il tema del contrasto tra la riservatezza dei lavoratori ed il diritto del datore di lavoro ad accedere agli atti del procedimento ispettivo è dunque sciolto da un primo orientamento giurisprudenziale in un'ottica di contemperamento nella quale — il più delle volte — è il "diritto di difesa" ad assumere valenza risolutoria.

A parere di una più recente giurisprudenza, invece, ogni riferimento alla privacy è da rifiutare, sia in virtù della definizione intrinseca di riservatezza (non estensibile agli interessi in gioco nel contrasto tra datore di lavoro e lavoratori) che delle garanzie di trasparenza amministrativa e di difesa ampiamente riconosciute nei procedimenti a carattere sanzionatorio.Peraltro, a questo punto del discorso, va fatto un rapido cenno ad altre due situazioni relative al diniego di accesso alla documentazione attinente ai rapporti di lavoro.

La prima riguarda gli atti non accessibili ai sensi dell'art.329 c.p.p. (e contemplati anche dalla legge sul procedimento amministrativo in tema di esclusione dal diritto di accesso, alla lett.a dell'art.24 comma primo) : in sede di accesso ispettivo compiuto dal personale del Ministero del lavoro, l'accertamento di una o più violazioni di norme penali a carico del datore di lavoro — anche se conseguente a dichiarazioni dei lavoratori, o a richieste d'intervento dagli stessi provenienti — comporta che da quel momento il predetto personale agisca nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria, e che gli atti conseguenti siano compiuti in tale veste.

Il problema è stato peraltro espressamente affrontato in una delle tre sentenze del T.A.R. Veneto sopra citate, la n.1130 del 27 aprile 2006, in tema di somministrazione illecita di manodopera ex art.18 d.lgs.276/03: ribadendo la generale prevalenza del diritto di difesa del datore di lavoro rispetto alle confliggenti esigenze di riservatezza dei dipendenti (così aderendo al primo dei menzionati orientamenti giurisprudenziali), il tribunale amministrativo ha tuttavia escluso nel caso concreto l'accessibilità agli atti richiesti in quanto "soggetti al segreto istruttorio in sede penale, disciplinato dall'art.329 c.p.p., a tenore del quale 'gli atti di indagine compiuti dal P.M. e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari".

La causa di esclusione dell'accesso come sopra evidenziata non rientra nell'argomento di cui alla presente indagine: in tal caso, infatti, si è nell'ambito degli atti coperti da segreto (come reso palese dal rinvio all'art.329 c.p.p.) e non di quelli attinenti al bene della riservatezza.La seconda situazione cui si faceva riferimento più sopra riguarda il diniego alle richieste di accesso ad atti contenenti le informazioni di cui all'art.60 d.lgs.196 del 2003 , ovvero quei dati sensibili relativi alla salute ed alla vita sessuale dell'individuo già presi in considerazione dal legislatore negli artt.43 della l.675/96 e 16 del d.lgs.135/99: la norma del codice sulla privacy valorizza una risoluzione del contrasto riferita necessariamente al caso concreto, dovendo l'interprete valutare il rango degli interessi sottesi al diritto di accesso.

In tema di rapporti di lavoro, il suddetto contrasto viene sovente in rilievo nel caso di richiesta del datore di lavoro di accedere alle cartelle cliniche dei lavoratori detenute dall'Inail, in particolare nell'ambito di controversie che hanno ad oggetto la richiesta di risarcimento dei danni derivanti da infortunio o malattia professionale (sia da parte dello stesso ente previdenziale, in forza del diritto di regresso per le somme

corrisposte in relazione all'evento accertato e per il quale il datore di lavoro risulti responsabile, sia da parte del lavoratore, per i danni subiti che non siano indennizzabili dall'Istituto assicuratore).Tuttavia, anche tali situazioni non attengono al tema del presente scritto, giacché, pur avendo ad oggetto un diritto alla riservatezza, quest'ultimo non viene in rilievo nell'ambito dei procedimenti ispettivi.

Tornando dunque all'oggetto dell'indagine così come in precedenza delimitato — e con esclusione di quelle situazioni le quali, come appena visto, non riguardano il contrasto tra esigenze di trasparenza e di riservatezza che venga in essere nell'ambito delle ispezioni in materia di lavoro —, possono ora trarsi le conclusioni sulla conformità della produzione regolamentare ministeriale e degli enti previdenziali ai principi di legge ed alle pronunce giurisprudenziali in materia. Sia l'art.2, comma primo, lett.c) del d.m.757/94 che il n.12 dell'allegato A (punto II) al provv.1951/94 I.N.P.S., come si è ampiamente detto, affermano la sussistenza di esigenze di salvaguardia della vita privata e della riservatezza ove, dalla divulgazione di dichiarazioni e notizie acquisite a seguito di attività ispettive (divulgazione evidentemente conseguente all'accoglimento di istanze d'accesso ai pertinenti atti), possano temersi pregiudizi in danno dei lavoratori. Bisogna da subito rilevare come, al contrario, la delibera n.5/2000 dell'I.N.A.I.L., pur affermando la riservatezza degli accertamenti ispettivi in riferimento agli interessi già individuati dalla l.241/90 e dal d.P.R. 352/92, non faccia menzione alcuna ad eventi successivi che incidano sul rapporto tra il datore di lavoro ed i lavoratori che abbiano rilasciato dichiarazioni: in tal modo, la richiesta di accesso avanzata dal datore presso l'Istituto assicuratore potrà essere motivatamente rigettata in riferimento ai concreti interessi — rigorosamente da indicarsi nell'atto di diniego — che siano ritenuti ostativi ad una piena conoscenza della documentazione alla base dell'esito del procedimento ispettivo.

In forza di tale premessa, si può quindi ritornare alla rilevante conseguenza di ordine formale cui si è fatto riferimento in precedenza: conseguenza che, in ragione del più recente orientamento giurisprudenziale, spiega i suoi effetti sulla produzione normativa di secondo grado originata dalla previsione di cui all'art.8 del d.P.R. 352/92.Se è vero che numerose pronunce dei giudici si sono limitate a disapplicare i provvedimenti ministeriali e degli enti previdenziali nella parte in cui oppongono al diritto d'accesso del datore di lavoro una pretesa esigenza di riservatezza a salvaguardia dei lavoratori (in base all'affermazione per cui l'annullamento "non appare strettamente necessario ai fini del soddisfacimento dell'interesse sottostante all'azione" e nell'eventualità affermata dalla già vista sentenza n.5/97 resa dal C.d.S. in Adunanza Plenaria), ben altre conseguenze, invece, dovrebbero scaturire a livello normativo e regolamentare dalla piena adesione all'orientamento più recente: quanto da esso affermato, difatti, chiarisce come — nel caso del d.m. 757/94 Min. Lav. e della delibera I.N.P.S. n.1951/94 — la "delega" governativa ad emanare norme atte alla tutela della riservatezza sia stata sostanzialmente aggirata, essendo basata sull'esclusiva finalità di "difesa preventiva" da rappresaglie datoriali che (pur riconducibile all'auspicabile salvaguardia della parte debole del rapporto lavorativo)

nulla ha a che fare con la stessa riservatezza.Come si è visto, l'art.24 comma sesto della l.241/90 (così come modificato dalla l.15 del 2005) prevede l'emanazione di un nuovo regolamento governativo atto ad individuare le categorie di atti escluse dall'accesso. E' in tale sede, o (se il Governo riterrà di operare come già fatto con l'art.8 d.P.R. 352/92) all'atto della successiva indicazione data dalle singole pubbliche amministrazioni, che la questione potrà trovare una definitiva risoluzione, evitando, in tal modo, una nuova serie di pronunce "disapplicative" della normativa regolamentare o (peggio) espresse censure di illegittimità da parte di quei tribunali amministrativi che ritengano di uniformarsi al secondo degli orientamenti sopra citati

.Quanto alla normativa di secondo grado attualmente in vigore — ed in ordine all'ampiezza della tutela apprestata in favore dei lavoratori —, va infine ricordato che nello stesso art.2 del d.m.757/94, alla lett.g), è prevista la sottrazione all'accesso di quegli atti "riguardanti il lavoratore e contenenti notizie sulla sua situazione familiare, sanitaria, professionale, finanziaria, sindacale o di altra natura, sempreché dalla loro conoscenza possa derivare effettivo pregiudizio al diritto alla riservatezza": il corretto riferimento ad una lesione "effettiva" della privacy — espressamente definita, peraltro, in relazione a quelle situazioni "personali" individuate dall'art. 24 l. 241/90 sin dalla sua versione originaria —, potrebbe condurre all'applicabilità di tale norma regolamentare anche nel caso di richieste di accesso agli atti concernenti procedimenti ispettivi, in vece della diversa previsione di cui alla lett.c).

Ove ciò avvenga, l'inaccessibilità a documenti amministrativi, a parti di esso o a dati documentali, scaturirà dal richiamo ad esigenze di riservatezza effettive (cioè non condizionate da valutazioni ad essa estranee), o, al più, dall'irrilevanza della conoscibilità di determinati dati ai fini della cura degli interessi giuridici del datore di lavoro (ciò che potrebbe comportare, ad esempio, l'accesso al contenuto di una dichiarazione fatta dal lavoratore in sede di accesso ispettivo previa "copertura" delle generalità dello stesso, non necessarie al datore di lavoro per dimostrare l'insussistenza degli addebiti a lui mossi).

La nuova portata delle disposizione normativa in questione alla luce della giurisprudenza amministrativa riveste un'importanza centrale nei delicati rapporti tra ditte ispezionate, organi di vigilanza e lavoratori.

Gli atti ispettivi, redatti dagli organi di vigilanza, se, da un lato, costituiscono importanti elementi istruttori per gli stessi organi, dall'altro, potrebbero consentire alle ditte ispezionate una difesa giudiziale più incisiva ed efficace.Il punto di partenza, per un corretto inquadramento dell'argomento, è costituito dalla normativa di riferimento e rappresentata dalla legge 241/1990, così come modificata dalla successiva legge 15/2005.

Preliminarmente occorre chiarire come l'accesso ai documenti amministrativi altro non è se non il diritto riconosciuto ai soggetti interessati di prendere visione o estrarre copia del contenuto di atti detenuti da una pubblica amministrazione. Tale diritto ha

ottenuto una vera propria consacrazione negli artt. 22 e ss. della normativa citata. Tuttavia il riconoscimento dello stesso è sottoposto alla sussistenza di precisi presupposti quali:

- l'esistenza in capo al titolare di un interesse concreto ed attuale alla conoscenza del documento per il quale si richiede l'accesso;
- che il predetto documento sia detenuto da una pubblica amministrazione ed attenga ad un'attività di interesse pubblico;
- che rispetto a tale documento non sussistano divieti espressamente previsti dall'art. 24 della legge 241/1990.

Oltre al dato normativo deve aversi riguardo, anche, alla copiosa normativa ministeriale emanata sul punto. L'art. 1 del regolamento del Ministero del lavoro prevede e prescrive l'esclusione dall'accesso dei documenti "contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi". Inoltre il successivo art. 3 aggiunge e precisa che i documenti relativi a notizie acquisite nel corso dell'attività ispettiva sono sottratti all'accesso finché perduri il rapporto di lavoro. E la medesima ratio è alla base delle prescrizioni contenute nel Codice di comportamento degli ispettori del lavoro laddove, espressamente, sancisce il categorico divieto per il personale ispettivo di rilasciare copia della dichiarazione al lavoratore dichiarante ed al soggetto ispezionato in sede di ispezione e sino alla conclusione degli accertamenti. La finalità perseguita dalle disposizioni citate è essenzialmente quella di riconoscere e garantire i lavoratore dichiarante da possibili attività discriminatorie e persecutorie da parte del datore di lavoro ispezionato.

Rivolgendo la nostra attenzione al quadro giurisprudenziale non può non evidenziarsi l'esistenza sul punto di un atteggiamento alquanto deciso volto a sostenere come nel conflitto tra diritto di accesso e privacy la prevalenza deve essere indiscutibilmente riconosciuta alla segregazione delle dichiarazioni in quanto la tutela della riservatezza dei lavoratori viene vista come strumento idoneo ad evitare la fisiologica reticenza dei dipendenti a fornire utili informazioni agli organi di vigilanza.

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 736/2009, ha avuto modo di precisare che l'obiettivo primario deve essere quello di garantire tutela al soggetto debole rappresentato dal lavoratore dichiarante.Tale scelta, come precisa la pronuncia in esame, non comprometterebbe assolutamente le esigenze difensive del datore di lavoro garantite dalla documentazione che ogni lavoratore è tenuto a possedere, nonché dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria.

La sentenza del Tar Lazio n. 5671/2010 ha respinto il ricorso ex art. 25 della Legge n. 241/1990 non si discosta dal più recente indirizzo giurisprudenziale la sentenza del Tar Lazio n. 5671 /2010 con la quale è stato respinto il ricorso ex art. 25 della Legge

n. 241/1990 promosso da una avverso il provvedimento di diniego di accesso agli atti ispettivi, adottato da una DPL. L'Ufficio aveva trasmesso alla società il verbale di ispezione e diffida nel quale la stessa veniva diffidata per alcune asserite violazioni e richieste di pagamento in solido con la predetta ditta . Questa chiedeva l'accesso a tutti gli atti del procedimento amministrativo conclusosi con il menzionato verbale, evidenziando che la richiesta trovava ragione nel fatto che la stessa non era stata posta nelle condizioni di interloquire sin dall'inizio dell'accertamento ispettivo e nulla poteva sapere delle risultanze del verbale . La Dpl provvedeva a rigettare la predetta istanza e la società - ritenendo illegittimo il diniego di accesso – chiedeva al Tar l'annullamento del citato diniego.

Il quadro normativo

L'art. 24 della legge 7.8.1990, n. 241 prevede, al sesto comma, le ipotesi in cui il diritto di accesso può essere escluso in via regolamentare e, tra queste, quella di cui al punto d) "quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono".

La ratio della disposizione è quella di coniugare un bilanciamento tra gli interessi del richiedente l'accesso e quello dei soggetti "individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza" di cui all'art. 22, comma 1, lett. c), della stessa legge .

In attuazione delle predette previsioni, è stato adottato il D.M. 4.11.1994, n. 757, contenente il regolamento concernente le categorie di documenti formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto d'accesso, tra i quali, sono espressamente indicati all'art. 2, comma 1, lett. b) i "documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del lavoro" ed alla lett. c) i "documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi".

Alla luce del richiamato quadro normativo, la giurisprudenza (cfr. CdS, VI, 27.1.1999, n. 65; id., 19.11.1996, n. 1604) ha più volte affermato l'esclusione dal diritto di accesso della documentazione acquisita dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo dagli stessi esercitata.E' pur vero che, "in generale", le necessità difensive, riconducibili al principi di tutela fissati dall'art. 24 della Costituzione, sono state ritenute prevalenti dallo stesso Legislatore in linea con quell'orientamento espresso dalla giurisprudenza richiamata dalla ricorrente (tra le tante, CdS, AP. 4.2.1997, n. 5), rispetto a quelle della riservatezza, il quale ha previsto al comma 7 del citato art. 24 della legge n. 241/1990 (come sostituito da ultimo dall'art. 16 della legge

11.2.2005, n. 15), che "Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

E' anche vero, però, che al successivo periodo dello stesso comma si precisa che "Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile".In altri termini, il Legislatore ha specificato con molta chiarezza come non bastino esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia "strettamente indispensabile" la conoscenza di documenti, contenenti "dati sensibili e giudiziari".In materia di accesso agli atti del procedimento ispettivo, come precisato nella menzionata decisione (CdS, VI, n. 736/2009), non può dirsi sussistente "una generalizzata soccombenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro (a cui sono connessi valori, a loro volta, costituzionalmente garantiti), rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione: il primo di tali interessi, infatti, non potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre il secondo risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni".

Nel caso di specie, sono stati chiesti tutti gli atti del procedimento ispettivo, che notoriamente contengono anche dichiarazioni dei lavoratori, ai quali non potrebbe essere garantito l'anonimato, senza fornire chiare indicazioni circa le ragioni per le quali si chiedeva l'accesso a "tutti" gli atti del procedimento e le" indispensabili" esigenze per le quali la richiesta acquisizione era stata così estesa, essendosi limitata la ricorrente a richiamare generiche esigenze difensive per non avere potuto partecipare al procedimento accertativo, ma senza tenere conto dell'ampia ed articolata motivazione contenuta nel verbale ispettivo del 27.1.2009.

A tale stregua, risultando il predetto diniego immune dalle dedotte censure, in quanto conforme ai richiamati parametri normativi ed in particolare al regolamento di cui al D.M. n. 757/1994 ed adeguatamente motivato, il ricorso è stato conseguentemente respinto in ordine a tutte le domande proposte dalla società ricorrente.

Le società cooperative ed edilizie

*Immobili e proprietà, 2019, 3, 169 (commento alla normativa***LA DISCIPLINA ATTUALE DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE EDILIZIE DI ABITAZIONE**

di Gianfranco Visconti - Consulente di direzione aziendale ed esperto di diritto del consumatore

c.c. art. 2519

In questo articolo esaminiamo la disciplina delle cooperative edilizie di abitazione, che sono una tipologia di cooperativa edilizia a mutualità pura che ha lo scopo di assicurare ai soci l'acquisito o la locazione di una abitazione a prezzi e condizioni più vantaggiosi rispetto a quelli di mercato. Dopo avere identificato la disciplina applicabile ad esse, che è quella delle cooperative a mutualità prevalente, e le diverse tipologie di cooperative edilizie, analizziamo le norme civilistiche e fiscali ad esse specificamente dedicate ed altre disposizioni, che pure essendo rivolte a tutte le cooperative a mutualità prevalente, sono molto importanti per le cooperative di abitazione, vale a dire quelle sull'iscrizione all'Albo delle cooperative e l'agevolazione fiscale prevista dall'art. 12 della L. n. 904/1977.

Sommario: Le cooperative edilizie di abitazione: definizione e disciplina applicabile - L'oggetto sociale e le tipologie di cooperative edilizie di abitazione. Le garanzie che esse devono prestare ai soci per gli immobili da costruire - L'Albo delle società cooperative in cui si devono iscrivere le cooperative edilizie di abitazione. I requisiti dei loro statuti previsti dall'art. 2514 c.c. - Le agevolazioni fiscali specificamente previste per le cooperative edilizie di abitazione - L'agevolazione fiscale di cui all'art. 12 della L. n. 904/1977 prevista per tutte le cooperative a mutualità prevalente

Le cooperative edilizie di abitazione: definizione e disciplina applicabile

Le cooperative edilizie di abitazione sono una tipologia di società cooperativa a mutualità pura (quindi non una tipologia speciale di società come le società di mutuo soccorso e le mutue assicuratrici che pure sono enti cooperativi a mutualità pura) che, quindi, può operare solo coi soci ma non con i terzi. Ad esse, per quanto non disposto dalle poche norme speciali sulle cooperative edilizie che esamineremo in questo articolo, si applica la disciplina delle società cooperative a mutualità prevalente, compresi i requisiti statutari previsti per queste ultime dall'art. 2514 c.c., ed, in via residuale, quella delle società per azioni o delle società a responsabilità limitata.

Infatti, alle società cooperative, comprese quelle edilizie di abitazione, per quanto non disposto dal Titolo VI del Libro V del Codice Civile, si applicano, per quanto compatibili, le norme sulla società per azioni (art. 2519, comma 1).

Inoltre, l'atto costitutivo della cooperativa può prevedere che trovino applicazione, sempre in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nel caso delle cooperative di minori dimensioni, vale a dire quelle con un numero di soci inferiore a venti e superiore ad otto oppure con un totale dell'attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di Euro (art. 2519, comma 2, in combinato disposto con l'art. 2522, comma 2, c.c.).

L'oggetto sociale e le tipologie di cooperative edilizie di abitazione. Le garanzie che esse devono prestare ai soci per gli immobili da costruire

Le cooperative edilizie di abitazione, da non confondersi con le cooperative di produzione e lavoro del settore dell'edilizia che sono imprese di costruzione i cui soci sono operai e tecnici edili, hanno lo scopo di assicurare ai soci (la cui attività lavorativa non ha alcuna importanza) l'acquisto di una abitazione in proprietà o il possesso sempre di una abitazione mediante locazione a prezzi e condizioni più vantaggiosi di quelli di mercato. Per raggiungere tale obbiettivo, la cooperativa deve realizzare un progetto edilizio in tutte le sue fasi: acquisire un'area fabbricabile, presentare ed ottenere l'approvazione di un progetto edilizio, appaltare i lavori ad una impresa di costruzioni (se le cooperative di abitazione non sono anche imprese di costruzione), ecc. Il Regio Decreto n. 1165 del 1938, il Testo unico dell'edilizia popolare ed economica, individua due forme di cooperative edilizie:

1) cooperative a proprietà individuale o divisa (più diffusa): i soci aderiscono alla cooperativa con lo scopo di ottenere l'assegnazione in proprietà di un alloggio. La cooperativa procede alla

realizzazione di immobili di civile abitazione col contributo dei soci al finanziamento della costruzione di questi di cui diverranno, poi, assegnatari in proprietà. Fino a quando gli alloggi non vengono assegnati in proprietà ai soci, non entrano a fare parte delle immobilizzazioni della cooperativa, ma delle sue rimanenze;

2) cooperative a proprietà indivisa (meno diffusa): i soci aderiscono alla cooperativa con l'intento di ottenere l'assegnazione in godimento a tempo indeterminato di un alloggio (è, praticamente, un contratto di locazione a tempo indeterminato). La cooperativa procede a realizzare degli immobili di civile abitazione che entrano a far parte del patrimonio della cooperativa stessa e che verranno concessi in godimento ai soci assegnatari, dietro pagamento di un canone di godimento (praticamente un canone di affitto). La cooperativa realizza gli immobili grazie al versamento delle quote sociali e di altri contributi da parte dei soci che integrano la parte delle spese di costruzione non coperte da mutui fondiari concessi da banche o altri istituti di credito. I rapporti fra i soci e la cooperativa riguardo alle fasi della costruzione, dell'assegnazione e del godimento dell'immobile sono disciplinati dal/i regolamento/i della società.

Le cooperative edilizie a proprietà indivisa godono dell'agevolazione fiscale prevista dal comma 5 dell'art. 2 della L. n. 388 del 2000 (Finanziaria per il 2001) per cui esse deducono dall'imponibile IRES - Imposta sul Reddito delle Società "un importo pari alla rendita catastale di ciascuna unità immobiliare adibita ad abitazione principale dei soci assegnatari e delle relative pertinenze". Questa norma serve a rendere omogeneo il trattamento fiscale riservato a queste cooperative rispetto a quello riservato alle persone fisiche per quanto riguarda il reddito del fabbricato dell'abitazione principale di cui siano proprietari.

Ai sensi del D.Lgs. n. 122 del 2005 sulla "tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire", le cooperative edilizie a proprietà individuale oppure indivisa che realizzano civili abitazioni, sia in proprio che affidandone la costruzione a imprese terze, sono obbligate a garantire i soci futuri assegnatari degli immobili da costruire da un eventuale fallimento della società mediante:

1) una fideiussione che garantisce la restituzione di tutte le somme che la cooperativa ha ricevuto dai soci prima della stipula dell'atto di assegnazione dell'immobile e per mezzo di

2) una polizza assicurativa di durata decennale a partire dalla data di ultimazione dei lavori che serve a risarcire il socio assegnatario dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, e dei vizi dell'immobile derivanti da rovina totale o parziale o da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, manifestatisi dopo la stipula dell'atto di assegnazione dell'immobile stesso.

Il comma 2 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 122/2005 specifica chiaramente che queste tutele riguardano sia i soci che devono acquistare la proprietà, sia quelli che acquisteranno un diritto di godimento su un alloggio che deve essere realizzato da una cooperativa edilizia.

Inoltre, tutte le cooperative edilizie di abitazione, ai sensi dell'art. 4 della L. n. 59 del 1992, non possono avere soci sovventori, cioè dei soci che conferiscono capitale sociale al fine di sviluppare l'attività della cooperativa e di riceverne una remunerazione. Esse poi sono sottoposte alla revisione cooperativa annuale, come previsto dal comma 1 dell'art. 15 sempre della L. n. 59/1992.

Vi è poi un'altra distinzione legale fra cooperative edilizie a contributo erariale o sovvenzionate e cooperative ediliziecosiddette libere. Le prime (che, in questi anni, sono diminuite di numero, vista la diminuzione dei contributi pubblici, mentre sono aumentate le seconde) sono quelle che godono di contributi pubblici e sono vincolate alle disposizioni contenute nel Regio Decreto n. 1165 del 1938, le seconde sono quelle che operano solo con le risorse finanziarie fornite dai soci e dal credito bancario ordinario (quello agevolato è riservato a quelle del primo tipo). La vigilanza sulle cooperative a contributo erariale spetta al Ministero dei Lavori Pubblici (oggi delle Infrastrutture).

Le cooperative edilizie che intendono usufruire di contributi pubblici (di qualsiasi tipo: statali, regionali, ecc.) devono iscriversi all'Albo nazionale delle società cooperative edilizie di abitazione e dei loro consorzi tenuto dal Ministero del Lavoro istituito dall'art. 13 della L. n. 59 del 1992 e gestito da un apposito comitato. Per iscriversi, tali cooperative devono avere almeno diciotto

soci, devono essere iscritte nell'Albo delle società cooperative tenuto dal Ministero dello Sviluppo Economico (già Ministero delle Attività Produttive), nella sezione cooperative a mutualità prevalente e nella sottosezione delle cooperative edilizie (da intendersi come cooperative edilizie di abitazione), devono rispettare i vincoli prescritti dall'art. 2514 c.c. per le cooperative a mutualità prevalente (anche se sono a mutualità pura) nonché almeno una delle seguenti condizioni:

a) essere state costituite con il conferimento da parte di ciascun socio di quote o azioni per un valore non inferiore ad Euro 258,23 (500.000 delle vecchie Lire);

b) avere iniziato o realizzato un programma di edilizia residenziale;

c) essere proprietarie di abitazioni assegnate in godimento o in locazione ai propri soci oppure avere assegnato in proprietà gli alloggi ai soci stessi.

L'Albo delle società cooperative in cui si devono iscrivere le cooperative edilizie di abitazione. I requisiti dei loro statuti previsti dall'art. 2514 c.c.

Tutte le cooperative devono essere iscritte in un apposito Albo tenuto dal Ministero delle Attività Produttive (oggi dello Sviluppo Economico), dove queste depositano i loro bilanci annuali per via telematica (artt. 2511, 2512, comma 2, c.c. ed art. 223 *sexiesdecies* disp. att. c.c.). Le informazioni contenute nel bilancio (precisamente nella nota integrativa) devono, in particolare, dimostrare il possesso del requisito della mutualità prevalente attraverso il rispetto dei criteri fissati dall'art. 2513 c.c.[(1)]. L'omessa comunicazione dell'intero bilancio od anche soltanto degli specifici dati sulla prevalenza o meno dello scambio mutualistico (attraverso il modello C17 allegato al bilancio) comporta l'applicazione, da parte del Ministero delle Attività Produttive, della sanzione amministrativa della sospensione semestrale di ogni attività della cooperativa, intesa come divieto di assumere nuove obbligazioni contrattuali (art. 223 *sexiesdecies* disp. att. c.c. come modificato dal comma 6 dell'art. 10 della L. n. 99/2009).

L'Albo è stato istituito col Decreto del Ministro delle Attività Produttive del 23 Giugno 2004 (attuato con la Circolare dello stesso Ministero del 6 Dicembre 2004), è tenuto dalla Direzione Generale per gli Enti Cooperativi, è articolato in due sezioni, la prima per le cooperative a mutualità prevalente, la seconda per tutte le altre (cioè quelle a mutualità non prevalente), che sono entrambe articolate per sottosezioni corrispondenti alle seguenti categorie merceologiche o di attività:

- cooperative di produzione e lavoro (in questa sottosezione si devono iscrivere le cooperative di produzione e lavoro del settore dell'edilizia che sono imprese di costruzione i cui soci sono operai e tecnici edili),
- cooperative di lavoro agricolo,
- cooperative sociali (che sono *ex lege* solo a mutualità prevalente),
- cooperative di conferimento di prodotti agricoli e allevamento,
- cooperative edilizie (da intendersi come cooperative edilizie di abitazione),
- cooperative della pesca,
- cooperative di consumo,
- cooperative di dettaglianti,
- cooperative di trasporto,
- consorzi cooperativi,
- consorzi agrari,
- banche di credito cooperativo,
- consorzi e cooperative di garanzia fidi,
- altre cooperative[(2)].

L'iscrizione telematica all'Albo delle società cooperative viene effettuata per mezzo dell'Ufficio del Registro delle Imprese della Camera di Commercio della provincia dove la cooperativa ha la sede legale ed a cui viene presentata, per via telematica o su supporto informatico, la comunicazione unica per la nascita dell'impresa prevista dall'art. 9 del D.L. n. 7 del 2007, convertito in L. n. 40 del 2007. Questo Ufficio ha l'obbligo di trasmettere all'Albo non solo la comunicazione unica per l'avvio dell'impresa, ma anche la comunicazione della cancellazione

della società cooperativa dal Registro delle Imprese e quella della trasformazione di essa in altra forma societaria per l'immediata cancellazione dal suddetto Albo (art. 10, commi 2 e 3, L. n. 99/2009).

L'iscrizione all'Albo ha natura costitutiva della società cooperativa (vale a dire che, senza tale iscrizione, una società non può dirsi cooperativa) ed è uno dei presupposti per il godimento delle agevolazioni, fiscali e di altro tipo, riservate alle cooperative a mutualità prevalente. Infine, ricordiamo che l'Albo nazionale delle società cooperative ha sostituito i Registri Prefettizi delle cooperative e lo Schedario Generale della cooperazione.

Le cooperative a mutualità prevalente, categoria introdotta dalla Riforma del diritto societario del 2003 entrata in vigore il 1°gennaio 2004[3] in cui rientrano quelle a mutualità pura (cioè che operano solo con i soci e non con i terzi) come le cooperative edilizie di abitazione, sono assoggettate ad alcuni vincoli o requisiti statutari, stabiliti dal comma 1 dell'art. 2514 c.c. Nei loro statuti queste cooperative devono prevedere:

a) il divieto di distribuire dividendi ai soci in misura superiore all'interesse massimo dei Buoni Postali Fruttiferi aumentato di 2,50 punti percentuali, calcolato sul capitale effettivamente versato;

b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari (titoli di debito, cioè obbligazioni) offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore di 2 punti percentuali rispetto al limite massimo previsto per i dividendi;

c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;

d) l'obbligo di devolvere, in caso di scioglimento della società, l'intero patrimonio, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione disciplinati dagli articoli 11 e 12della L. n. 59 del 1992.

Le cooperative deliberano l'introduzione o la soppressione di queste clausole, dette anche "di non lucratività", con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria (art. 2514, comma 2).

Segnaliamo che l'importanza della distinzione fra le cooperative a mutualità prevalente e quelle a mutualità non prevalente è data dal fatto che le disposizioni fiscali di carattere agevolativo sono applicabili soltanto alle cooperative a mutualità prevalente (comma 6 dell'art. 223 *duodecies* disp. att. c.c.), mentre le altre cooperative sono soggette alla normativa tributaria che si applica alle società con scopo di lucro e, precisamente, alle società di capitali.

Nell'ultimo paragrafo di questo articolo esamineremo la più importante agevolazione fiscale prevista per le cooperative a mutualità prevalente che si applica anche alle cooperative edilizie di abitazione.

Le agevolazioni fiscali specificamente previste per le cooperative edilizie di abitazione

Le agevolazioni fiscali previste specificamente per le società cooperative edilizie di abitazione sono le seguenti:

- come abbiamo già visto, le cooperative edilizie a proprietà indivisa godono dell'agevolazione fiscale prevista dal comma 5 dell'art. 2 della L. n. 388 del 2000 (Finanziaria per il 2001) per cui esse possono dedurre dall'imponibile IRES - Imposta sul Reddito delle Società "un importo pari alla rendita catastale di ciascuna unità immobiliare adibita ad abitazione principale dei soci assegnatari e delle relative pertinenze". Questa norma serve a rendere omogeneo il trattamento fiscale riservato a queste cooperative rispetto a quello riservato alle persone fisiche per quanto riguarda il reddito del fabbricato dell'abitazione principale di cui siano proprietari;

- esenzione dall'imposta di bollo per gli atti costitutivi, di ammissione o di recesso dei soci, per i documenti ed i registri relativi alle operazioni previste dagli statuti di esse, con la sola esclusione degli assegni bancari e delle cambiali;

- esenzione dall'imposta di registro per gli atti costitutivi di queste cooperative;

- gli atti, i documenti ed i registri relativi alle operazioni previste dagli statuti di esse per i quali sia prevista la registrazione, sono soggetti all'imposta di registro in misura fissa (200 Euro), da pagare una sola volta per ciascun atto registrato, compresi i relativi allegati;

- riduzione ad un quarto dell'imposta sulle concessioni governative (art. 147 del R.D. n. 1165/1938);

- esenzione dall'IMU - Imposta Municipale Propria (e, riteniamo, dalla TASI - Tassa sui servizi indivisibili che rappresenta una parte dell'originaria IMU ed a cui si applica la disciplina di quest'ultima imposta in forza di quanto previsto dal comma 703 dell'art. 1 della L. n. 147 del 2013) per le unità immobiliari appartenenti alle sole cooperative edilizie a proprietà indivisa adibite ad abitazione principale dei soci assegnatari o a pertinenza di questa ed incluse quelle destinate a studenti universitari soci assegnatari che possono non avere in quell'abitazione la residenza anagrafica (art. 13 del D.L. n. 201 del 2011 così come modificato dapprima dal comma 707 dell'art. 1 della L. n. 147 del 2013 e successivamente dal comma 15 dell'art. 1 della L. n. 208 del 2015). Per le cooperative edilizie a proprietà divisa, invece, sono esenti dall'IMU (e dalla TASI) gli alloggi da queste realizzati ma non ancora assegnati in proprietà ai soci, come ha stabilito la Risoluzione n. 9/DF del 2015 del Dipartimento delle Finanze;

- per le cooperative edilizie a proprietà indivisa e, sino al frazionamento del mutuo, per quelle a proprietà divisa la base imponibile IRAP è determinata ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 446 del 1997, cioè allo stesso modo previsto per gli enti non commerciali (comma 4 dell'art. 17 del D.Lgs. n. 446/1997).

L'agevolazione fiscale di cui all'art. 12 della L. n. 904/1977 prevista per tutte le cooperative a mutualità prevalente

Alle agevolazioni fiscali specifiche esposte nel paragrafo precedente si aggiungono quelle previste dalla legge per tutte le cooperative a mutualità prevalente, categoria in cui, come abbiamo visto in precedenza, rientrano quelle a mutualità pura come le cooperative edilizie di abitazione.

In particolare, la norma agevolativa fondamentale destinata alle cooperative a mutualità prevalente è quella contenuta nell'art. 12 della L. n. 904 del 1977 che stabilisce: "non concorrono a formare il reddito imponibile delle società cooperative e dei loro consorzi, le somme destinate a riserve indivisibili, a condizione che sia esclusa la possibilità di distribuirle tra i soci sotto qualsiasi forma, sia durante la vita dell'ente che all'atto del suo scioglimento". In altre parole, al fine di favorire l'autofinanziamento e la patrimonializzazione delle cooperative, la norma citata permette loro di non pagare l'IRES sulla parte di utili, anche la totalità, destinati a riserva indivisibile, purché lo statuto o l'atto costitutivo (se unico atto) vieti la distribuzione in qualsiasi forma di quest'ultima tra i soci, sia durante la vita dell'ente che in occasione della sua liquidazione derivante dallo scioglimento di esso.

Il comma 10 dell'art. 21 della L. n. 449 del 1997 prevede inoltre che, per le società cooperative a mutualità prevalente ed i loro consorzi, la non imponibilità dell'IRES che deriva dalle variazioni del reddito imponibile effettuate ai sensi dell'attuale art. 56 del TUIR (che richiama gli artt. 81 e ss. dello stesso TUIR) sulla determinazione del reddito di impresa. A tal fine le cooperative dispongono di una deduzione pari a questa IRES. Ciò a condizione che l'eventuale utile o maggior utile determinato da tali variazioni sia destinato a riserva indivisibile.

La portata dell'art. 12 della L. n. 904/1977 è stata limitata dalla Legge Finanziaria per il 2005 (L. n. 311 del 2004, ai commi da 460 a 464 dell'art. 1), dalla manovra estiva 2008 (D.L. n. 112 del 2008, convertito in L. n. 133 del 2008, al comma 27 dell'art. 82) e dal D.L. n. 138 del 2011 (convertito in L. n. 148 del 2011, al comma 36 *bis* dell'art. 2), in quanto queste hanno stabilito che, per le cooperative a mutualità prevalente ed i loro consorzi iscritti all'Albo di cui all'art. 223 *sexiesdecies* disp. att. c.c. ed anche se destinate a riserve indivisibili, concorra a formare il reddito imponibile IRES:

- la quota del 20% degli utili netti (vale a dire una volta dedotte le altre imposte sugli utili, cioè l'IRAP, altrimenti questa espressione utilizzata dalla norma non avrebbe senso) annuali delle cooperative agricole o della piccola pesca e dei loro consorzi;

- la quota del 65% degli utili netti annuali delle cooperative di consumo e dei loro consorzi;

- la quota del 40% degli utili netti annuali delle altre cooperative e dei loro consorzi, fra cui le cooperative edilizie di abitazione.

L'agevolazione di cui all'art. 12 della L. n. 904/1977 riguardante l'esclusione delle somme destinate a riserve indivisibili dal reddito imponibile delle società cooperative e dei loro consorzi,

permane anche se tali riserve sono utilizzate a copertura di perdite, purché non vi sia distribuzione di utili ai soci cooperatori e fino a quando queste riserve non siano state ricostituite, ai sensi del comma 1 dell'art. 3 della L. n. 28 del 1999, modificato dal comma 12 *ter* dell'art. 4 del D.L. n. 66 del 2014, convertito in L. n. 89 del 2014. Da ciò si deduce che sia invece possibile in tale periodo di tempo la distribuzione di utili ai soci, cosa che è difficile si verifichi concretamente in una cooperativa edilizia di abitazione che dovrebbe avere l'interesse a reinvestire gli eventuali utili generati nella sua attività.

Per tutte le cooperative sono, in ogni caso, esenti da imposte e deducibili dal reddito imponibile IRES e da quello IRAP le somme versate ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione in base al comma 4 dell'art. 11 della L. n. 59/1992 ed al comma 2 dell'art. 2545 *quater*, vale a dire il 3% degli utili netti annuali.

Fino all'esercizio 2011, inoltre, al 30% degli utili netti annuali che deve essere destinato da tutte le cooperative a riserva legale in base al comma 1 dell'art. 2545 *quater* si applicava sempre l'art. 12 della L. n. 904/1977 per cui questa somma era completamente deducibile dal reddito imponibile IRES in base alla previsione del comma 1 dell'art. 6 della L. n. 112 del 2002. Questa norma è stata riformata dal comma 36 *ter* dell'art. 2 della L. n. 148/2011 che stabilisce che la deduzione citata dal reddito imponibile "non si applica alla quota del 10% degli utili netti annuali destinati alla riserva minima obbligatoria" (o riserva legale) che entra così a far parte del reddito imponibile IRES.

---

(1) I criteri o, meglio, i parametri quantitativi che individuano la mutualità prevalente sono contenuti nell'art. 2513 c.c., con riferimento a ciascuna delle tre categorie di cooperative individuate nell'art. 2512 c.c. (cooperative di consumo, di produzione e lavoro, di natura diversa dalle prime due). Affinché la mutualità prevalente sia riconosciuta, è necessario che:
a) i ricavi derivanti dalla vendita di beni e dalle prestazioni di servizi verso i soci superino il 50% del totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni (il fatturato) di cui al punto A1 del Conto Economico il cui schema è riportato all'art. 2425 c.c. Questo parametro non può che essere rispettato dalle cooperative edilizie di abitazione che, essendo a mutualità pura, cioè non operando coi terzi non soci, ricevono il 100% dei loro ricavi dai soci;
b) il costo del lavoro svolto dai soci superi il 50% del totale del costo del lavoro di cui al punto B9 del Conto Economico, computate le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico (come, per esempio, tutti i contratti di lavoro parasubordinato od occasionale);
c) il costo dei servizi conferiti dai soci superi il 50% del totale dei costi dei servizi di cui al punto B7 del Conto Economico;
d) il costo dei beni conferiti dai soci superi il 50% del costo delle merci o materie prime acquistate o conferite di cui al punto B6 del Conto Economico;
e) nelle cooperative agricole, quando la quantità o il valore dei prodotti conferiti dai soci superi il 50% della quantità o del valore totale dei prodotti.

(2) L'art. 23 del D.L. n. 179 del 2012, convertito in L. n. 221 del 2012, ha istituito una nuova sezione dell'Albo delle società cooperative in cui devono essere iscritte le società di mutuo soccorso disciplinate dalla L. n. 3818 del 1886 e successive modificazioni.

(3) Ricordiamo che l'attuale disciplina della società cooperativa è stata introdotta dall'art. 8 del D.Lgs. n. 6 del 2003 che ha attuato la Legge Delega n. 366 del 2001 avente per oggetto la riforma della disciplina delle società di capitali e delle cooperative. Tale articolo ha rinnovato gli articoli 2511 - 2548 del Codice Civile che costituiscono il Titolo VI del Libro V di questo Codice.

Torna ai risultati

Sfoglia Risultati

Immobili e proprietà, 2019, 3, 169 (commento alla normativa)

LA DISCIPLINA ATTUALE DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE EDILIZIE DI ABITAZIONE

di Gianfranco Visconti - Consulente di direzione aziendale ed esperto di diritto del consumatore

c.c. art. 2519

In questo articolo esaminiamo la disciplina delle cooperative edilizie di abitazione, che sono una tipologia di cooperativa edilizia a mutualità pura che ha lo scopo di assicurare ai soci l'acquisito o la locazione di una abitazione a prezzi e condizioni più vantaggiosi rispetto a quelli di mercato. Dopo avere identificato la disciplina applicabile ad esse, che è quella delle cooperative a mutualità prevalente, e le diverse tipologie di cooperative edilizie, analizziamo le norme civilistiche e fiscali ad esse specificamente dedicate ed altre disposizioni, che pure essendo rivolte a tutte le cooperative a mutualità prevalente, sono molto importanti per le cooperative di abitazione, vale a dire quelle sull'iscrizione all'Albo delle cooperative e l'agevolazione fiscale prevista dall'art. 12 della L. n. 904/1977.

Sommario: Le cooperative edilizie di abitazione: definizione e disciplina applicabile - L'oggetto sociale e le tipologie di cooperative edilizie di abitazione. Le garanzie che esse devono prestare ai soci per gli immobili da costruire - L'Albo delle società cooperative in cui si devono iscrivere le cooperative edilizie di abitazione. I requisiti dei loro statuti previsti dall'art. 2514 c.c. - Le agevolazioni fiscali specificamente previste per le cooperative edilizie di abitazione - L'agevolazione fiscale di cui all'art. 12 della L. n. 904/1977 prevista per tutte le cooperative a mutualità prevalente

Le cooperative edilizie di abitazione: definizione e disciplina applicabile

Le cooperative edilizie di abitazione sono una tipologia di società cooperativa a mutualità pura (quindi non una tipologia speciale di società come le società di mutuo soccorso e le mutue assicuratrici che pure sono enti cooperativi a mutualità pura) che, quindi, può operare solo coi soci ma non con i terzi. Ad esse, per quanto non disposto dalle poche norme speciali sulle cooperative edilizie che esamineremo in questo articolo, si applica la disciplina delle società cooperative a mutualità prevalente, compresi i requisiti statutari previsti per queste ultime dall'art. 2514 c.c., ed, in via residuale, quella delle società per azioni o delle società a responsabilità limitata.

Infatti, alle società cooperative, comprese quelle edilizie di abitazione, per quanto non disposto dal Titolo VI del Libro V del Codice Civile, si applicano, per quanto compatibili, le norme sulla società per azioni (art. 2519, comma 1).

Inoltre, l'atto costitutivo della cooperativa può prevedere che trovino applicazione, sempre in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nel caso delle cooperative di minori dimensioni, vale a dire quelle con un numero di soci inferiore a venti e superiore ad otto oppure con un totale dell'attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di Euro (art. 2519, comma 2, in combinato disposto con l'art. 2522, comma 2, c.c.).

L'oggetto sociale e le tipologie di cooperative edilizie di abitazione. Le garanzie che esse devono prestare ai soci per gli immobili da costruire

Le cooperative edilizie di abitazione, da non confondersi con le cooperative di produzione e lavoro del settore dell'edilizia che sono imprese di costruzione i cui soci sono operai e tecnici edili, hanno lo scopo di assicurare ai soci (la cui attività lavorativa non ha alcuna importanza) l'acquisto di una abitazione in proprietà o il possesso sempre di una abitazione mediante locazione a prezzi e condizioni più vantaggiosi di quelli di mercato. Per raggiungere tale obbiettivo, la cooperativa deve realizzare un progetto edilizio in tutte le sue fasi: acquisire un'area fabbricabile, presentare ed ottenere l'approvazione di un progetto edilizio, appaltare i lavori ad una impresa di costruzioni (se le cooperative di abitazione non sono anche imprese di costruzione), ecc. Il Regio Decreto n. 1165 del 1938, il Testo unico dell'edilizia popolare ed economica, individua due forme di cooperative edilizie:

1) cooperative a proprietà individuale o divisa (più diffusa): i soci aderiscono alla cooperativa con lo scopo di ottenere l'assegnazione in proprietà di un alloggio. La cooperativa procede alla realizzazione di immobili di civile abitazione col contributo dei soci al finanziamento della costruzione di questi di cui diverranno, poi, assegnatari in proprietà. Fino a quando gli alloggi non vengono assegnati in proprietà ai soci, non entrano a fare parte delle immobilizzazioni della cooperativa, ma delle sue rimanenze;

2) cooperative a proprietà indivisa (meno diffusa): i soci aderiscono alla cooperativa con l'intento di ottenere l'assegnazione in godimento a tempo indeterminato di un alloggio (è, praticamente, un contratto di locazione a tempo indeterminato). La cooperativa procede a realizzare degli immobili di civile abitazione che entrano a far parte del patrimonio della cooperativa stessa e che verranno concessi in godimento ai soci assegnatari, dietro pagamento di un canone di godimento (praticamente un canone di affitto). La cooperativa realizza gli immobili grazie al versamento delle quote sociali e di altri contributi da parte dei soci che integrano la parte delle spese di costruzione non coperte da mutui fondiari concessi da banche o altri istituti di credito. I rapporti fra i soci e la cooperativa riguardo alle fasi della costruzione, dell'assegnazione e del godimento dell'immobile sono disciplinati dal/i regolamento/i della società.

Le cooperative edilizie a proprietà indivisa godono dell'agevolazione fiscale prevista dal comma 5 dell'art. 2 della L. n. 388 del 2000 (Finanziaria per il 2001) per cui esse deducono dall'imponibile IRES - Imposta sul Reddito delle Società "un importo pari alla rendita catastale di ciascuna unità immobiliare adibita ad abitazione principale dei soci assegnatari e delle relative pertinenze". Questa norma serve a rendere omogeneo il trattamento fiscale riservato a queste cooperative rispetto a quello riservato alle persone fisiche per quanto riguarda il reddito del fabbricato dell'abitazione principale di cui siano proprietari.

Ai sensi del D.Lgs. n. 122 del 2005 sulla "tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire", le cooperative edilizie a proprietà individuale oppure indivisa che realizzano civili abitazioni, sia in proprio che affidandone la costruzione a imprese terze, sono obbligate a garantire i soci futuri assegnatari degli immobili da costruire da un eventuale fallimento della società mediante:

1) una fideiussione che garantisce la restituzione di tutte le somme che la cooperativa ha ricevuto dai soci prima della stipula dell'atto di assegnazione dell'immobile e per mezzo di

2) una polizza assicurativa di durata decennale a partire dalla data di ultimazione dei lavori che serve a risarcire il socio assegnatario dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, e dei vizi dell'immobile derivanti da rovina totale o parziale o da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, manifestatisi dopo la stipula dell'atto di assegnazione dell'immobile stesso.

Il comma 2 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 122/2005 specifica chiaramente che queste tutele riguardano sia i soci che devono acquistare la proprietà, sia quelli che acquisteranno un diritto di godimento su un alloggio che deve essere realizzato da una cooperativa edilizia.

Inoltre, tutte le cooperative edilizie di abitazione, ai sensi dell'art. 4 della L. n. 59 del 1992, non possono avere soci sovventori, cioè dei soci che conferiscono capitale sociale al fine di sviluppare l'attività della cooperativa e di riceverne una remunerazione. Esse poi sono sottoposte alla revisione cooperativa annuale, come previsto dal comma 1 dell'art. 15 sempre della L. n. 59/1992.

Vi è poi un'altra distinzione legale fra cooperative edilizie a contributo erariale o sovvenzionate e cooperative ediliziecosiddette libere. Le prime (che, in questi anni, sono diminuite di numero, vista la diminuzione dei contributi pubblici, mentre sono aumentate le seconde) sono quelle che godono di contributi pubblici e sono vincolate alle disposizioni contenute nel Regio Decreto n. 1165 del 1938, le seconde sono quelle che operano solo con le risorse finanziarie fornite dai soci e dal credito bancario ordinario (quello agevolato è riservato a quelle del primo tipo). La vigilanza sulle cooperative a contributo erariale spetta al Ministero dei Lavori Pubblici (oggi delle Infrastrutture).

Le cooperative edilizie che intendono usufruire di contributi pubblici (di qualsiasi tipo: statali, regionali, ecc.) devono iscriversi all'Albo nazionale delle società cooperative edilizie di abitazione

e dei loro consorzi tenuto dal Ministero del Lavoro istituito dall'art. 13 della L. n. 59 del 1992 e gestito da un apposito comitato. Per iscriversi, tali cooperative devono avere almeno diciotto soci, devono essere iscritte nell'Albo delle società cooperative tenuto dal Ministero dello Sviluppo Economico (già Ministero delle Attività Produttive), nella sezione cooperative a mutualità prevalente e nella sottosezione delle cooperative edilizie (da intendersi come cooperative edilizie di abitazione), devono rispettare i vincoli prescritti dall'art. 2514 c.c. per le cooperative a mutualità prevalente (anche se sono a mutualità pura) nonché almeno una delle seguenti condizioni:

a) essere state costituite con il conferimento da parte di ciascun socio di quote o azioni per un valore non inferiore ad Euro 258,23 (500.000 delle vecchie Lire);

b) avere iniziato o realizzato un programma di edilizia residenziale;

c) essere proprietarie di abitazioni assegnate in godimento o in locazione ai propri soci oppure avere assegnato in proprietà gli alloggi ai soci stessi.

L'Albo delle società cooperative in cui si devono iscrivere le cooperative edilizie di abitazione. I requisiti dei loro statuti previsti dall'art. 2514 c.c.

Tutte le cooperative devono essere iscritte in un apposito Albo tenuto dal Ministero delle Attività Produttive (oggi dello Sviluppo Economico), dove queste depositano i loro bilanci annuali per via telematica (artt. 2511, 2512, comma 2, c.c. ed art. 223 *sexiesdecies* disp. att. c.c.). Le informazioni contenute nel bilancio (precisamente nella nota integrativa) devono, in particolare, dimostrare il possesso del requisito della mutualità prevalente attraverso il rispetto dei criteri fissati dall'art. 2513 c.c.[1]. L'omessa comunicazione dell'intero bilancio od anche soltanto degli specifici dati sulla prevalenza o meno dello scambio mutualistico (attraverso il modello C17 allegato al bilancio) comporta l'applicazione, da parte del Ministero delle Attività Produttive, della sanzione amministrativa della sospensione semestrale di ogni attività della cooperativa, intesa come divieto di assumere nuove obbligazioni contrattuali (art. 223 *sexiesdecies* disp. att. c.c. come modificato dal comma 6 dell'art. 10 della L. n. 99/2009).

L'Albo è stato istituito col Decreto del Ministro delle Attività Produttive del 23 Giugno 2004 (attuato con la Circolare dello stesso Ministero del 6 Dicembre 2004), è tenuto dalla Direzione Generale per gli Enti Cooperativi, è articolato in due sezioni, la prima per le cooperative a mutualità prevalente, la seconda per tutte le altre (cioè quelle a mutualità non prevalente), che sono entrambe articolate per sottosezioni corrispondenti alle seguenti categorie merceologiche o di attività:

- cooperative di produzione e lavoro (in questa sottosezione si devono iscrivere le cooperative di produzione e lavoro del settore dell'edilizia che sono imprese di costruzione i cui soci sono operai e tecnici edili),
- cooperative di lavoro agricolo,
- cooperative sociali (che sono *ex lege* solo a mutualità prevalente),
- cooperative di conferimento di prodotti agricoli e allevamento,
- cooperative edilizie (da intendersi come cooperative edilizie di abitazione),
- cooperative della pesca,
- cooperative di consumo,
- cooperative di dettaglianti,
- cooperative di trasporto,
- consorzi cooperativi,
- consorzi agrari,
- banche di credito cooperativo,
- consorzi e cooperative di garanzia fidi,
- altre cooperative[2].

L'iscrizione telematica all'Albo delle società cooperative viene effettuata per mezzo dell'Ufficio del Registro delle Imprese della Camera di Commercio della provincia dove la cooperativa ha la sede legale ed a cui viene presentata, per via telematica o su supporto informatico, la comunicazione unica per la nascita dell'impresa prevista dall'art. 9 del D.L. n. 7 del 2007,

convertito in L. n. 40 del 2007. Questo Ufficio ha l'obbligo di trasmettere all'Albo non solo la comunicazione unica per l'avvio dell'impresa, ma anche la comunicazione della cancellazione della società cooperativa dal Registro delle Imprese e quella della trasformazione di essa in altra forma societaria per l'immediata cancellazione dal suddetto Albo (art. 10, commi 2 e 3, L. n. 99/2009).

L'iscrizione all'Albo ha natura costitutiva della società cooperativa (vale a dire che, senza tale iscrizione, una società non può dirsi cooperativa) ed è uno dei presupposti per il godimento delle agevolazioni, fiscali e di altro tipo, riservate alle cooperative a mutualità prevalente. Infine, ricordiamo che l'Albo nazionale delle società cooperative ha sostituito i Registri Prefettizi delle cooperative e lo Schedario Generale della cooperazione.

Le cooperative a mutualità prevalente, categoria introdotta dalla Riforma del diritto societario del 2003 entrata in vigore il 1°gennaio 2004[3] in cui rientrano quelle a mutualità pura (cioè che operano solo con i soci e non con i terzi) come le cooperative edilizie di abitazione, sono assoggettate ad alcuni vincoli o requisiti statutari, stabiliti dal comma 1 dell'art. 2514 c.c. Nei loro statuti queste cooperative devono prevedere:

a) il divieto di distribuire dividendi ai soci in misura superiore all'interesse massimo dei Buoni Postali Fruttiferi aumentato di 2,50 punti percentuali, calcolato sul capitale effettivamente versato;

b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari (titoli di debito, cioè obbligazioni) offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore di 2 punti percentuali rispetto al limite massimo previsto per i dividendi;

c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;

d) l'obbligo di devolvere, in caso di scioglimento della società, l'intero patrimonio, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione disciplinati dagli articoli 11 e 12della L. n. 59 del 1992.

Le cooperative deliberano l'introduzione o la soppressione di queste clausole, dette anche "di non lucratività", con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria (art. 2514, comma 2).

Segnaliamo che l'importanza della distinzione fra le cooperative a mutualità prevalente e quelle a mutualità non prevalente è data dal fatto che le disposizioni fiscali di carattere agevolativo sono applicabili soltanto alle cooperative a mutualità prevalente (comma 6 dell'art. 223 *duodecies* disp. att. c.c.), mentre le altre cooperative sono soggette alla normativa tributaria che si applica alle società con scopo di lucro e, precisamente, alle società di capitali.

Nell'ultimo paragrafo di questo articolo esamineremo la più importante agevolazione fiscale prevista per le cooperative a mutualità prevalente che si applica anche alle cooperative edilizie di abitazione.

Le agevolazioni fiscali specificamente previste per le cooperative edilizie di abitazione

Le agevolazioni fiscali previste specificamente per le società cooperative edilizie di abitazione sono le seguenti:

- come abbiamo già visto, le cooperative edilizie a proprietà indivisa godono dell'agevolazione fiscale prevista dal comma 5 dell'art. 2 della L. n. 388 del 2000 (Finanziaria per il 2001) per cui esse possono dedurre dall'imponibile IRES - Imposta sul Reddito delle Società "un importo pari alla rendita catastale di ciascuna unità immobiliare adibita ad abitazione principale dei soci assegnatari e delle relative pertinenze". Questa norma serve a rendere omogeneo il trattamento fiscale riservato a queste cooperative rispetto a quello riservato alle persone fisiche per quanto riguarda il reddito del fabbricato dell'abitazione principale di cui siano proprietari;

- esenzione dall'imposta di bollo per gli atti costitutivi, di ammissione o di recesso dei soci, per i documenti ed i registri relativi alle operazioni previste dagli statuti di esse, con la sola esclusione degli assegni bancari e delle cambiali;

- esenzione dall'imposta di registro per gli atti costitutivi di queste cooperative;

- gli atti, i documenti ed i registri relativi alle operazioni previste dagli statuti di esse per i quali sia prevista la registrazione, sono soggetti all'imposta di registro in misura fissa (200 Euro), da pagare una sola volta per ciascun atto registrato, compresi i relativi allegati;

- riduzione ad un quarto dell'imposta sulle concessioni governative (art. 147 del R.D. n. 1165/1938);

- esenzione dall'IMU - Imposta Municipale Propria (e, riteniamo, dalla TASI - Tassa sui servizi indivisibili che rappresenta una parte dell'originaria IMU ed a cui si applica la disciplina di quest'ultima imposta in forza di quanto previsto dal comma 703 dell'art. 1 della L. n. 147 del 2013) per le unità immobiliari appartenenti alle sole cooperative edilizie a proprietà indivisa adibite ad abitazione principale dei soci assegnatari o a pertinenza di questa ed incluse quelle destinate a studenti universitari soci assegnatari che possono non avere in quell'abitazione la residenza anagrafica (art. 13 del D.L. n. 201 del 2011 così come modificato dapprima dal comma 707 dell'art. 1 della L. n. 147 del 2013 e successivamente dal comma 15 dell'art. 1 della L. n. 208 del 2015). Per le cooperative edilizie a proprietà divisa, invece, sono esenti dall'IMU (e dalla TASI) gli alloggi da queste realizzati ma non ancora assegnati in proprietà ai soci, come ha stabilito la Risoluzione n. 9/DF del 2015 del Dipartimento delle Finanze;

- per le cooperative edilizie a proprietà indivisa e, sino al frazionamento del mutuo, per quelle a proprietà divisa la base imponibile IRAP è determinata ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 446 del 1997, cioè allo stesso modo previsto per gli enti non commerciali (comma 4 dell'art. 17 del D.Lgs. n. 446/1997).

L'agevolazione fiscale di cui all'art. 12 della L. n. 904/1977 prevista per tutte le cooperative a mutualità prevalente

Alle agevolazioni fiscali specifiche esposte nel paragrafo precedente si aggiungono quelle previste dalla legge per tutte le cooperative a mutualità prevalente, categoria in cui, come abbiamo visto in precedenza, rientrano quelle a mutualità pura come le cooperative edilizie di abitazione.

In particolare, la norma agevolativa fondamentale destinata alle cooperative a mutualità prevalente è quella contenuta nell'art. 12 della L. n. 904 del 1977 che stabilisce: "non concorrono a formare il reddito imponibile delle società cooperative e dei loro consorzi, le somme destinate a riserve indivisibili, a condizione che sia esclusa la possibilità di distribuirle tra i soci sotto qualsiasi forma, sia durante la vita dell'ente che all'atto del suo scioglimento". In altre parole, al fine di favorire l'autofinanziamento e la patrimonializzazione delle cooperative, la norma citata permette loro di non pagare l'IRES sulla parte di utili, anche la totalità, destinati a riserva indivisibile, purché lo statuto o l'atto costitutivo (se unico atto) vieti la distribuzione in qualsiasi forma di quest'ultima tra i soci, sia durante la vita dell'ente che in occasione della sua liquidazione derivante dallo scioglimento di esso.

Il comma 10 dell'art. 21 della L. n. 449 del 1997 prevede inoltre che, per le società cooperative a mutualità prevalente ed i loro consorzi, la non imponibilità dell'IRES che deriva dalle variazioni del reddito imponibile effettuate ai sensi dell'attuale art. 56 del TUIR (che richiama gli artt. 81 e ss. dello stesso TUIR) sulla determinazione del reddito di impresa. A tal fine le cooperative dispongono di una deduzione pari a questa IRES. Ciò a condizione che l'eventuale utile o maggior utile determinato da tali variazioni sia destinato a riserva indivisibile.

La portata dell'art. 12 della L. n. 904/1977 è stata limitata dalla Legge Finanziaria per il 2005 (L. n. 311 del 2004, ai commi da 460 a 464 dell'art. 1), dalla manovra estiva 2008 (D.L. n. 112 del 2008, convertito in L. n. 133 del 2008, al comma 27 dell'art. 82) e dal D.L. n. 138 del 2011 (convertito in L. n. 148 del 2011, al comma 36 *bis* dell'art. 2), in quanto queste hanno stabilito che, per le cooperative a mutualità prevalente ed i loro consorzi iscritti all'Albo di cui all'art. 223 *sexiesdecies* disp. att. c.c. ed anche se destinate a riserve indivisibili, concorra a formare il reddito imponibile IRES:

- la quota del 20% degli utili netti (vale a dire una volta dedotte le altre imposte sugli utili, cioè l'IRAP, altrimenti questa espressione utilizzata dalla norma non avrebbe senso) annuali delle cooperative agricole o della piccola pesca e dei loro consorzi;

- la quota del 65% degli utili netti annuali delle cooperative di consumo e dei loro consorzi;

- la quota del 40% degli utili netti annuali delle altre cooperative e dei loro consorzi, fra cui le cooperative edilizie di abitazione.

L'agevolazione di cui all'art. 12 della L. n. 904/1977 riguardante l'esclusione delle somme destinate a riserve indivisibili dal reddito imponibile delle società cooperative e dei loro consorzi, permane anche se tali riserve sono utilizzate a copertura di perdite, purché non vi sia distribuzione di utili ai soci cooperatori e fino a quando queste riserve non siano state ricostituite, ai sensi del comma 1 dell'art. 3 della L. n. 28 del 1999, modificato dal comma 12 *ter* dell'art. 4 del D.L. n. 66 del 2014, convertito in L. n. 89 del 2014. Da ciò si deduce che sia invece possibile in tale periodo di tempo la distribuzione di utili ai soci, cosa che è difficile si verifichi concretamente in una cooperativa edilizia di abitazione che dovrebbe avere l'interesse a reinvestire gli eventuali utili generati nella sua attività.

Per tutte le cooperative sono, in ogni caso, esenti da imposte e deducibili dal reddito imponibile IRES e da quello IRAP le somme versate ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione in base al comma 4 dell'art. 11 della L. n. 59/1992 ed al comma 2 dell'art. 2545 *quater*, vale a dire il 3% degli utili netti annuali.

Fino all'esercizio 2011, inoltre, al 30% degli utili netti annuali che deve essere destinato da tutte le cooperative a riserva legale in base al comma 1 dell'art. 2545 *quater* si applicava sempre l'art. 12 della L. n. 904/1977 per cui questa somma era completamente deducibile dal reddito imponibile IRES in base alla previsione del comma 1 dell'art. 6 della L. n. 112 del 2002. Questa norma è stata riformata dal comma 36 *ter* dell'art. 2 della L. n. 148/2011 che stabilisce che la deduzione citata dal reddito imponibile "non si applica alla quota del 10% degli utili netti annuali destinati alla riserva minima obbligatoria" (o riserva legale) che entra così a far parte del reddito imponibile IRES.

---

(1) I criteri o, meglio, i parametri quantitativi che individuano la mutualità prevalente sono contenuti nell'art. 2513 c.c., con riferimento a ciascuna delle tre categorie di cooperative individuate nell'art. 2512 c.c. (cooperative di consumo, di produzione e lavoro, di natura diversa dalle prime due). Affinché la mutualità prevalente sia riconosciuta, è necessario che:
a) i ricavi derivanti dalla vendita di beni e dalle prestazioni di servizi verso i soci superino il 50% del totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni (il fatturato) di cui al punto A1 del Conto Economico il cui schema è riportato all'art. 2425 c.c. Questo parametro non può che essere rispettato dalle cooperative edilizie di abitazione che, essendo a mutualità pura, cioè non operando coi terzi non soci, ricevono il 100% dei loro ricavi dai soci;
b) il costo del lavoro svolto dai soci superi il 50% del totale del costo del lavoro di cui al punto B9 del Conto Economico, computate le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico (come, per esempio, tutti i contratti di lavoro parasubordinato od occasionale);
c) il costo dei servizi conferiti dai soci superi il 50% del totale dei costi dei servizi di cui al punto B7 del Conto Economico;
d) il costo dei beni conferiti dai soci superi il 50% del costo delle merci o materie prime acquistate o conferite di cui al punto B6 del Conto Economico;
e) nelle cooperative agricole, quando la quantità o il valore dei prodotti conferiti dai soci superi il 50% della quantità o del valore totale dei prodotti.

(2) L'art. 23 del D.L. n. 179 del 2012, convertito in L. n. 221 del 2012, ha istituito una nuova sezione dell'Albo delle società cooperative in cui devono essere iscritte le società di mutuo soccorso disciplinate dalla L. n. 3818 del 1886 e successive modificazioni.

(3) Ricordiamo che l'attuale disciplina della società cooperativa è stata introdotta dall'art. 8 del D.Lgs. n. 6 del 2003 che ha attuato la Legge Delega n. 366 del 2001 avente per oggetto la riforma della disciplina delle società di capitali e delle cooperative. Tale articolo ha rinnovato gli articoli 2511 - 2548 del Codice Civile che costituiscono il Titolo VI del Libro V di questo Codice.