

Vincenzo Cerulli Irelli

Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte

1. La definitiva approvazione, da parte della Camera dei Deputati, del disegno di legge Berlusconi, Frattini e altri (3890), che trae, a sua volta, origine dalla precedente proposta di legge Cerulli Irelli (6844), della XIII legislatura, dopo cinque letture parlamentari e con voto pressoché unanime di tutte le forze politiche, introduce, nel nostro sistema amministrativo, una serie di innovazioni assai rilevanti che vanno a comporre un *corpus* normativo di parte generale nell'ambito della legge n. 241/90, fortemente incisivo sulla nostra disciplina.

All'entrata in vigore del testo dovranno seguire riflessioni assai approfondite, da parte nostra, e la giurisprudenza sarà chiamata a pronunciarsi sugli aspetti più delicati della nuova disciplina. Per ora, ci limitiamo ad osservazioni preliminari.

Le principali innovazioni si possono raggruppare in quattro serie. Anzitutto quelle che riguardano i principi generali dell'azione amministrativa, e i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, e quindi l'utilizzabilità dell'una o dell'altra disciplina nell'esercizio dell'attività amministrativa. In secondo luogo, quelle che riguardano il procedimento, in quanto tale, e le modalità della sua conclusione; e quindi la disciplina del silenzio, la disciplina della partecipazione, la disciplina della conferenza di servizi. In terzo luogo, le norme che riguardano i procedimenti di secondo grado, la disciplina della efficacia e della esecuzione del provvedimento, la disciplina dell'invalidità. Si tratta di un settore, di gran lunga il più importante contenuto nella nuova legge, tradizionalmente non oggetto di normazione legislativa (salvo che per alcuni aspetti) ma frutto di elaborazione giurisprudenziale. In quarto luogo, la nuova legge riscrive la disciplina dell'accesso.

2. Anzitutto i principi.

L'art.1, 1° comma, della legge n. 241/90 viene modificato, lievemente, rafforzandone il contenuto. Ai criteri di economicità, efficacia e di pubblicità, già previsti come quelli che reggono l'attività amministrativa, si aggiunge quello della trasparenza. Ma in realtà, questo criterio, che significa conoscibilità esterna dell'azione

amministrativa, e quindi controllabilità, e accessibilità agli atti e ai documenti del procedimento, era già pacificamente ritenuto sussistente nel nostro sistema legislativo quale conformato dalla legge n. 241/90. Non a caso, essa veniva e viene denominata, nel linguaggio comune, legge sulla trasparenza; ed essa effettivamente contiene norme tutte intese alla conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, da parte degli interessati, dall'istituto del responsabile del procedimento, a quello dell'avvio del procedimento, ai diversi istituti della partecipazione, alla disciplina dell'accesso. E lo stesso testo dell'art.1, 1° comma, contempla il criterio della pubblicità che, secondo molti autori, comprende in sé quello della trasparenza.

Si tratta perciò di una innovazione non significativa, anzi in qualche modo superflua. Una mera sottolineatura di una impostazione preesistente.

Di maggior rilievo il riferimento, alla fine del comma, ai “principi dell'ordinamento comunitario” come quelli che determinano le modalità di esercizio dell'attività amministrativa. Sul punto si deve tenere presente che i principi dell'ordinamento comunitario, quali elaborati da una ormai cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia, sulla base delle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri, reggono l'esercizio dell'attività amministrativa da parte degli organi e degli uffici dell'Unione Europea, nonché delle Amministrazioni nazionali, quando agiscono in applicazione di normative comunitarie. E lo stesso “diritto ad una buona amministrazione” sancito dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea, adesso inserita nel testo della Costituzione riguarda l'azione delle “istituzioni, organi e organismi dell'Unione” (art. II-101).

Questi principi, in quanto tali, non avrebbero applicazione diretta da parte delle Amministrazioni nazionali. Invero, se si va ad osservare di quali principi si tratta, ci si rende conto che essi praticamente coincidono con quelli seguiti negli ordinamenti nazionali e segnatamente nel nostro (del resto essi sono elaborati, come noto, sulla base delle tradizioni comuni). E così, ad esempio, lo stesso art. II-101 prevede il principio di imparzialità, i principi di partecipazione, il diritto di accesso, l'obbligo di motivazione, la risarcibilità dei danni prodotti dall'Amministrazione, il termine ragionevole nel quale le pubbliche Amministrazioni debbono pronunciarsi.

Come si vede si tratta di principi, ormai pacificamente acquisiti nell'ambito del nostro ordinamento.

Circa l'espresso richiamo dei principi dell'ordinamento comunitario, nell'ambito della sistema nazionale, si può ricordare l'art. 20, 8° comma, lett. c), della legge n. 59/97 e successive modificazioni, che espressamente prevede la soppressione dei procedimenti (nell'ambito della politica di semplificazione) che risultino in contrasto "con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale o comunitario". Ciò che comporta la recezione interna dei principi comunitari, come quelli che vanno a reggere anche i procedimenti di mera attribuzione nazionale.

Tra i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, due risultano di particolare interesse, ai nostri fini, in quanto almeno parzialmente innovativi, rispetto ai principi nazionali. Mi riferisco al principio di proporzionalità, e al principio di legittima aspettativa (*legitimate expectation*).

Il principio di proporzionalità, in realtà, è già presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del principio di ragionevolezza (ogni misura adottata dalla pubblica amministrazione, che va ad incidere su posizioni private deve essere proporzionale rispetto a quanto richiesto dagli obiettivi perseguiti). Irragionevole sarebbe, e perciò, sanzionabile sotto il profilo dell'eccesso di potere una misura incidente sulla sfera privata, non giustificata da specifiche e motivate esigenze di interesse pubblico. Tuttavia, in diritto comunitario, il principio acquista una forte accentuazione circa il rispetto delle posizioni dei soggetti privati a fronte di esigenze di intervento pubblico. Esso guarda più all'esigenza di non limitazione, se non nei casi di stretta necessità, della libertà dei privati, piuttosto che all'esigenza della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico. E segnatamente, le due articolazioni del principio nella *suitability* e nella *necessity*, che emergono dalla giurisprudenza comunitaria costituiscono una forte sottolineatura di questo aspetto di tutela della libertà dei privati dall'intervento pubblico. Laddove, la nostra proporzionalità, come declinazione del principio di ragionevolezza, guarda piuttosto alla misura adottata dalla pubblica amministrazione in sé, come misura intesa a curare l'interesse pubblico.

E, ancor più, il principio di legittimo affidamento, nella giurisprudenza comunitaria rileva come fortemente caratterizzato in termini di tutela dell'interesse privato, segnatamente laddove viene applicato nei procedimenti di autotutela. Laddove si traduce nella affermazione che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato

da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita.

E così, la particolare considerazione dei *vested right* mostra come il principio di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici tende a prevalere, in determinati casi, su quello di legalità. Atti dell'autorità anche se illegittimi possono aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, in relazione alle circostanze di fatto e di diritto nell'ambito delle quali l'autorità ha operato; affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico.

Il richiamo espresso di questi principi, sicuramente darà luogo a delle conseguenze nell'ambito della nostra giurisprudenza, a successivi adeguamenti di essa a quella comunitaria; ad una impostazione, nella quale la tutela delle posizioni private è destinata a svolgere un ruolo molto più forte di quanto si riscontra nella nostra giurisprudenza tradizionale.

3. L'esigenza del rispetto dei principi dell'attività amministrativa come riformulati dall'art. 1, 1° comma, si estende anche ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, comma 1 *ter*). Si tratta dei *munera*, secondo l'espressione ormai usata diffusamente, che denotano una serie di casi molto differenziata che si va diffondendo nell'esperienza più recente: dai tradizionali concessionari di servizi e di lavori pubblici, ai soggetti agenti nell'ambito di programmi finanziati dallo Stato o dall'Unione Europea, alle funzioni pubbliche rimaste imputate ad organizzazioni precedentemente pubbliche, poi trasformate in società per azioni, e così via.

Si tratta, in ogni caso, di attività di tipo pubblicistico, espressione di funzioni pubbliche affidate dalla legge o in base a rapporti di tipo convenzionale a soggetti privati. In un momento storico caratterizzato da un'accentuata tendenza alla privatizzazione di organizzazioni pubbliche (trasformazione di queste in s.p.a ovvero in associazioni o fondazioni) la norma acquista un importante risalto. Essa infatti significa che le attività di rilievo pubblico svolte dal soggetto una volta che esso viene privatizzato restano cionondimeno assoggettate alla disciplina dell'azione amministrativa. Solo la parte coperta dal *munus* (ad esempio l'impresa di costruzione concessionaria della pubblica Amministrazione quando stipula appalti o altri contratti

con soggetti terzi) resta tuttavia sottoposta al rispetto delle norme e dei principi del diritto amministrativo, nonché al sindacato del giudice amministrativo; restando viceversa esclusa quella parte di attività che gli stessi soggetti pongono in essere nell'ambito della loro autonomia privata.

4. L'art. 1, comma 1 *bis* introduce il principio, che a molti è apparso fortemente innovativo ed è già stato oggetto di critiche e di dibattiti secondo il quale la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

Da un punto di vista sistematico la norma vuol significare una inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione e in caso di dubbio interpretativo sono sempre le norme di diritto pubblico a doversi applicare da parte delle pubbliche Amministrazioni e non quelle di diritto comune.

L'agire secondo il diritto pubblico è la regola per le pubbliche Amministrazioni; l'agire secondo il diritto privato l'eccezione, da tenere limitato ai casi espressamente previsti dalla legge. Questo principio, peraltro, da ritenere superato sia nella prassi applicativa delle pubbliche Amministrazioni, sia nelle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali, viene ribaltato dalla norma in esame. Secondo essa infatti l'agire secondo il diritto pubblico dev'essere oggetto di espressa previsione normativa; ché altrimenti le pubbliche Amministrazioni agiscono secondo il diritto privato, sulla base cioè della capacità giuridica generale ad esse senz'altro riconosciuta.

Restano fuori, secondo la norma, dalla possibilità di applicazione del diritto privato i casi di esercizio di poteri autoritativi. E questo si può ritenere un'affermazione ovvia visto che attraverso gli strumenti giuridici privatistici non è tecnicamente possibile la produzione di effetti imperativi, l'esercizio dell'autorità tecnicamente intesa. E ben sappiamo che il diritto amministrativo si presenta all'origine come la disciplina giuridica degli atti di esercizio dell'autorità (prendendo il luogo di discipline differenziate che nell'Antico Regime reggevano l'esercizio di queste attività giuridiche in genere rapportate alla funzione giurisdizionale). E quindi, laddove si tratti di esercitare l'autorità, emanare perciò atti di carattere imperativo o ablativo, questi avvengono secondo la disciplina di diritto pubblico. Se l'amministrazione compra un

terreno per realizzare un'opera, con l'assenso perciò del proprietario, essa applica il diritto privato. Ma se espropria, visto che l'opera deve essere costruita, in caso di non consenso del proprietario, applica una disciplina giuridica di diritto pubblico che è la disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità.

I problemi applicativi della norma si pongono al di fuori dell'ambito dei poteri autoritativi; cioè in tutti quei casi di esercizio dell'azione amministrativa non autoritativa in cui l'esperienza giuridica dell'ultimo secolo (o poco più) ha costruito moduli di azione di diritto pubblico. Così ad esempio, il procedimento amministrativo di concessione in luogo di un contratto di affitto o di locazione o di uso, il procedimento amministrativo di aggiudicazione per la scelta del contraente negli appalti pubblici in luogo delle trattative negoziali, etc. Si potrebbero aggiungere i procedimenti amministrativi di gestione del rapporto di lavoro del personale pubblico in luogo dei semplici poteri datoriali se questo settore non fosse stato (ma solo in parte, come è noto) oggetto della recente privatizzazione.

In casi di questo tipo l'utilizzo dello strumento privatistico sarebbe, in via di principio e in termini squisitamente tecnici, possibile, poiché l'effetto che si intende produrre è tecnicamente raggiungibile anche con detto strumento (a differenza di quanto avviene negli atti di natura autoritativa, in senso lato, comprensivi anche delle autorizzazioni, degli atti di certezza pubblica e così via).

E' ben noto che l'operazione di trasformazione in atti di diritto pubblico di questi atti che tecnicamente potrebbero avere e che storicamente avevano, nella gran parte dei casi, natura privatistica, è dovuta all'affermarsi di un modello di amministrazione fondato sui principi dell'imparzialità e della ragionevolezza, perciò sempre controllabile dall'esterno e nel quale assumono configurazione di portatori di interessi (situazioni soggettive) giuridicamente rilevanti i terzi, a fronte di una azione amministrativa che possa essere lesiva di quegli interessi. E' proprio la tutela dei terzi, la rilevanza giuridica della loro posizione soggettiva a fronte di una determinata azione amministrativa, che costituisce il vero discrimine tra diritto amministrativo e diritto privato; e la ragione per la quale la disciplina pubblicistica si è estesa storicamente al di fuori dell'ambito degli atti di natura autoritativa sino ad investire tendenzialmente tutta l'azione delle Amministrazioni pubbliche (salva quella di carattere strettamente privatistico-patrimoniale).

Su questa impostazione del nostro sistema positivo viene adesso a cadere questa norma. Essa, tuttavia, come norma di legge ordinaria non ha ovviamente la forza di derogare la legislazione positiva, peraltro da essa espressamente richiamata. Ben altro impatto avrebbe avuto, come ovvio, la norma di analogo tenore che la Commissione D'Alema (L. Cost n. 1/97) aveva proposto di introdurre in Costituzione.

La norma, anzitutto, esprime un principio tendenziale dell'ordinamento, che ha un certo valore, tenendo anche conto che su di essa il Parlamento si è pronunciato con cinque letture di esito positivo, con il voto favorevole della grandissima maggioranza delle forze politiche.

Al di là di ciò, essa, allo stato, diviene operativa soltanto nei casi in cui le Amministrazioni agiscono instaurando rapporti con soggetti terzi non previsti da specifiche norme di diritto pubblico. Si pensi, ad esempio, ai vari rapporti di carattere negoziale che una pubblica Amministrazione può essere chiamata a porre in essere, intorno ad un'opera o ad un bene pubblico, senza che essi abbiano diretta attinenza alla destinazione dell'opera o del bene; e perciò non sono previsti dalla normativa pubblicistica concernente l'opera o il bene stesso. Rapporti di godimento e di uso di beni demaniali, al di fuori della loro specifica destinazione, esercizi commerciali, di ristorazione o altrimenti serventi ad una pubblica istituzione, ma collaterali rispetto alla sua principale destinazione e non espressamente previsti dalla relativa normativa.

Ed è da ritenere, inoltre, che la norma trovi applicazione in tutti i casi in cui lo strumento autoritativo può essere sostituito da quello negoziale, in virtù del consenso del soggetto privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi; la vendita in luogo dell'espropriazione, l'affitto in luogo della requisizione, la costituzione negoziale di servitù in luogo della costituzione coattiva, e così via. La presenza della norma produce la conseguenza, non di poco conto invero, che lo strumento negoziale vada privilegiato sempre, ove possibile, in luogo di avviare il procedimento autoritativo. E ciò in esercizio della capacità negoziale, senza ulteriori vincoli di diritto pubblico (a parte ovviamente quelli di bilancio).