

ARTICOLI E NOTE

© [copyright](#)

ENRICO BONELLI

EFFICIENZA, PARTECIPAZIONE ED AZIONE AMMINISTRATIVA: REGIONI ED ENTI LOCALI A CONFRONTO CON LA RIFORMA DEL PROCEDIMENTO*

1. Grazie soprattutto alla reinterpretazione dell'art. 97 Cost., è venuto consolidandosi nel nostro ordinamento un inesorabile processo di contrazione dei poteri autoritativi della p.a. lungo la direttrice della semplificazione, della razionalizzazione, della modernizzazione e dell'efficienza dell'azione amministrativa, oramai volta principalmente al raccordo e alla composizione preventiva degli interessi in gioco e al conseguimento del migliore risultato possibile con l'impiego delle risorse (umane e finanziarie) disponibili.

Le linee di un simile processo, sviluppatosi soprattutto nell'ultimo decennio del secolo scorso, sono intercettabili, con intersezioni continue, sia nell'evoluzione del nostro modello istituzionale, sia a livello comunitario, dal momento che l'U.E., ancorché in forma embrionale, ormai costituisce un vero e proprio sistema costituzionale, dotato di una propria Costituzione formale, la cui sorte, peraltro, risulta oggi quanto mai incerta, alla luce del risultato dei *referendum* tenuti recentemente in Francia e in Olanda.

Sta di fatto che l'utilizzazione di valori omogeneizzanti e metanazionali ha reso possibili interventi istituzionali di ammodernamento che consentono non solo di inserire nuove culture gestionali all'interno delle amministrazioni per migliorarne il rendimento, ma anche di impiegare strumenti diversi, se non strutture organizzativamente estranee a quelle pubbliche, per l'espletamento, in ossequio alle esigenze della *governance*, di funzioni e compiti in passato riservati alla mano pubblica.

Non stupisce, quindi, che il legislatore abbia deciso di mettere mano alla riforma di quella che è considerata "*la madre di tutte le leggi*" che disciplinano l'attività amministrativa nel nostro paese, e cioè la L. n. 241/90, da un lato per adeguarla alle mutate esigenze funzionali e gestionali della nostra p.a.; dall'altro, per soddisfare le accresciute istanze partecipative di tutela dei consociati. Che poi, come capita spesso, il risultato ottenuto sia inferiore alle aspettative, non costituisce una novità: tanto vale fare buon viso a cattivo gioco e cercare di cogliere gli aspetti positivi della riforma approvata recentemente con la L. n. 15/05.

Non può negarsi, in effetti, che la legge di riforma, che ha attraversato un travagliato iter parlamentare, rechi non poche novità di carattere sostanziale e processuale, che ovviamente non riguardano il procedimento *tout court*, ma danno attuazione a fondamentali criteri-guida (in parte già affermati dall'elaborazione giurisprudenziale), sia in tema di provvedimento amministrativo e di invalidità dello stesso, sia in tema di regolamentazione dell'azione amministrativa in base alle norme del diritto non solo pubblico ma anche privato, sia in tema di semplificazione e di riforma dell'istituto della conferenza dei servizi, sia in tema di tutela, ma anche di limitazione del diritto di accesso, per la prima volta configurato come posizione soggettiva perfetta.

2. Come si vede, le questioni sul tappeto sono tante, per cui in questa sede non potrà che svolgersi qualche osservazione a prima lettura e per giunta solo in relazione ad alcune delle principali innovazioni introdotte dalla L. n. 15/05.

Ma prima di addentrarci in questo rapido *excursus*, conviene affrontare una questione che interesserà da vicino i lettori di questa rivista, e cioè quella dell'applicabilità della legge in parola alle Regioni e agli enti locali. Il nuovo articolo 29, che ha modificato la precedente disposizione per adattarla al mutato quadro costituzionale conseguente alla riforma del Titolo V della nostra Carta, precisa anzitutto che la normativa si applica alle amministrazioni statali in tutti i suoi aspetti e che i principi stabiliti in materia di giustizia amministrativa si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche.

Per quanto riguarda, poi, Regioni ed enti locali il nuovo articolo 29 si limita a prevedere che entrambi "*nell'ambito delle rispettive competenze regolano la materia disciplinata dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione*

amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge". Come si vede, si tratta di una formulazione alquanto criptica (se non tautologica) che non risolve di per sé il problema delle ripartizioni delle competenze in materia di procedimento amministrativo, tra legislatore statale, regionale e comunale: di qui la necessità per l'interprete di enucleare i principi inderogabili (e vincolanti) per Regioni e Comuni, ricavabili dal "*sistema costituzionale*" e dalle "*garanzie*" contenute nella L. n. 15/05.

A questo punto, il discorso diventa particolarmente delicato, perché se si ammette un margine di intervento "*ampio*" del legislatore regionale, ritenendo che esso sia vincolato soltanto dalle poche norme-principio della nuova legge statale in materia di giustizia amministrativa, si corre il rischio di aprire la strada a trattamenti differenziati dei cittadini nei vari ambiti regionali, con buona pace del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), dell'unità giuridica dell'ordinamento (art. 120 Cost.) e della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, *lett. m*), Cost.). Ed allora, se questa è la chiave di lettura, le norme citate effettivamente assurgono al rango di "*sistema*" e finiscono per restringere sensibilmente i margini di intervento riservati alla potestà normativa regionale e comunale, rispetto ai principi cardine della nuova legge. Ne segue che, per le competenze di Regioni e Comuni, non sembra modificato di molto il previgente quadro delle competenze in *subiecta materia*, a meno che, ferma restando l'inderogabilità dei principi della nuova legge, non voglia ammettersi per il legislatore regionale (e locale) la possibilità di "*stabilire livelli ulteriori di tutela*" (V. Cerulli-Irelli, 2005), con esclusione di ogni *spatium deliberandi*, che consenta una disciplina del procedimento amministrativo, sostanzialmente diversificata da Regione a Regione e addirittura da Comune a Comune. Non si può, tuttavia, escludere, a mio avviso, che residui in capo alle Regioni la possibilità di legiferare, in virtù della propria potestà legislativa (di tipo concorrente o residuale), introducendo una disciplina più favorevole e garantista rispetto al *minimum* inderogabile desumibile dalla ricordata legge statale. Lo stesso discorso vale per gli enti locali, i quali si giovano della possibilità di inserire norme siffatte nello statuto - che dopo la riforma del Titolo V assume valenza di fonte sub-primaria, a mente dell'art. 114, secondo comma Cost. -, ovvero nei regolamenti di loro spettanza, in conformità del disposto dell'art. 117, settimo comma Cost.

Pare logico ritenere, insomma, che gli enti territoriali potranno adottare discipline ampliative delle garanzie dei privati in relazione a tutti gli aspetti fondamentali della legislazione statale, specie per quelli concernenti l'obbligo di motivazione, la partecipazione degli interessati e, più in generale, la semplificazione amministrativa.

Restano sempre escluse dalla disponibilità del legislatore sia regionale che comunale le norme sull'accesso ai documenti, la cui riserva in favore del legislatore statale è espressamente contenuta nell'art. 22, secondo comma della legge in commento.

3. Passando ad esaminare più da presso le linee guida della nuova legge sul procedimento amministrativo, essa si conferma come "*una carta dei diritti del cittadino*" (P. Picone, 2005), ispirata da un lato a criteri di maggiore celerità ed efficienza dell'azione amministrativa, dall'altro a principi di conoscibilità dell'operato della p.a. e di partecipazione dell'amministrato al concreto svolgimento della funzione pubblica; finalità rafforzate da alcune innovazioni e puntualizzazioni sulle modalità complessive dell'azione amministrativa, che hanno già suscitato dibattiti e discussioni in dottrina, in attesa dell'intervento nomofilattico della giurisprudenza.

Sulla scorta del nuovo art. 1, appare significativa l'inclusione tra i criteri generali cui deve attenersi l'attività amministrativa, del principio di trasparenza, nonché di quelli derivanti dall'ordinamento comunitario. In realtà, come ha rilevato qualche Autore (F. Satta, 2005), mentre l'adeguamento ai principi comunitari è una novità nell'ambito della disciplina sul procedimento amministrativo, il criterio della trasparenza ha invece ottenuto una mera esternazione, in quanto ritenuto già indirettamente operante, grazie al riconoscimento del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Il richiamo al diritto comunitario è, invero, l'inevitabile risposta al fenomeno della continua e rapidissima evoluzione dell'integrazione europea (di cui si è detto), che coinvolge in questo caso i rapporti Stato-cittadini, su cui ha avuto modo di pronunciarsi più volte la nostra Corte Costituzionale, nel senso di ritenere "*obbligati gli organi amministrativi a disapplicare la norma interna, se in conflitto con quella comunitaria direttamente applicabile*". Tra i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E., risultano di particolare interesse, rispetto a quelli nazionali, il principio di proporzionalità (presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del criterio di ragionevolezza, secondo cui ogni misura adottata dalla p.a. deve essere proporzionale a quanto richiesto dagli obiettivi perseguiti: E. Bonelli, 2001 e 2003), e quello del legittimo affidamento, che rileva come "*fortemente caratterizzante in termini di tutela dell'interesse privato*" (V. Cerulli-Irelli, 2005), in quanto esso consiste nell'evitare che una situazione vantaggiosa assicurata al privato da un atto concreto della p.a. possa essere successivamente rimossa e/o affievolita.

Il nuovo art. 1 bis, che pone l'accento sulla distinzione tra l'attività autoritativa dell'amministrazione e quella non autoritativa, sottoponendo quest'ultima alla disciplina del diritto privato, introduce un principio che a molti è apparso fortemente innovativo e che già costituisce oggetto di critiche e dibattiti. Secondo la norma infatti, *"l'agire in base al diritto pubblico deve essere oggetto di espressa previsione normativa, altrimenti le pubbliche amministrazioni agiscono secondo il diritto privato, ribaltando così la tendenza rispetto all'impostazione tradizionale"* (A. Quarta, 2005), che attribuisce invece al diritto pubblico la qualifica di diritto normale dell'amministrazione: l'impatto della nuova disposizione appare sicuramente dirompente, anche se essa, come tutte le dichiarazioni di principio, dovrà essere vagliata alla luce della sua effettività.

Appare dubbia, inoltre, anche l'utilità della comunicazione, nei procedimenti ad istanza di parte, dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda prima della formale adozione del provvedimento negativo, a cui gli istanti hanno il diritto rispondere con loro osservazioni, eventualmente corroborate da documenti (cfr. art. 10). Ad un primo approccio non può negarsi che essa costituisca un'ulteriore manifestazione di quel principio di trasparenza già insito nella stesura originaria della L. 241/90, e che *"persegua anche un obiettivo deflattivo del contenzioso"* (S. Tarullo, 2005), se si pensa che fino ad oggi l'interessato, informato dei fattori ostativi all'accoglimento della domanda solo con il provvedimento finale, non poteva fare altro che imboccare la strada della tutela autodichistica e/o giurisdizionale. L'introduzione di un regime di contraddittorio *"rinforzato"* sembra rispondere quindi, all'esigenza di una più efficace e funzionale attività procedurale, da un lato, e ad una concreta comunicazione tra il detentore della funzione e il suo destinatario, dall'altro.

Su un piano dogmatico generale, l'art. 10 bis ripropone, la tormentata problematica del fenomeno partecipativo, perché c'è da chiedersi se, in questo caso, si tratti veramente di una forma *"rinforzata"* di tutela per il destinatario del provvedimento. L'amministrazione infatti, pur in assenza del contributo partecipativo del privato, sarebbe comunque tenuta ad acquisire al procedimento tutti i fatti rilevanti (taciuti dall'interessato o sopravvenuti rispetto all'inoltro della comunicazione ex art. 10 bis); ciò in virtù del principio inquisitorio, che implica l'obbligo di completezza dell'istruttoria (M.S. Giannini, 1970). D'altro canto, l'art. 6 comma 1 della vecchia legge 241 asseconda questa conclusione, dal momento che grava il responsabile del procedimento dell'obbligo di accertare *"d'ufficio"* i fatti rilevanti ai fini di decidere, anche mediante ispezioni e ordini di esibizione documentale.

Nella nuova formulazione legislativa del suddetto articolo desta perplessità anche il riferimento all'istituto della *interruzione*, secondo cui *"la comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento"*. Sarebbe stato opportuno, a mio avviso, introdurre una mera parentesi temporale, attraverso l'istituto della *sospensione*, anziché prevedere che il termine riprenda a decorrere *ex novo*. È infatti ipotizzabile che, reiterando più volte la comunicazione in esame, l'amministrazione possa prolungare artificiosamente il termine di conclusione del procedimento, giovandosi di una nuova (e più lunga) decorrenza.

In tal modo, l'atteggiamento dilatorio di una certa burocrazia, cacciato dalla porta, corre il rischio di rientrare dalla finestra.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

BONELLI E., *In tema di attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione: la problematica redistribuzione della funzione legislativa ed amministrativa*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, n. 5-6/2002, 447 ss.

BONELLI E., *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione europea e ordinamento interno*, Ed. Giappichelli, Torino, 2003

CERULLI-IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - I parte - II parte - III parte - IV parte - V parte - VI parte*, in www.giustamm.it

DI NITTO T., *Il termine, il responsabile, la partecipazione, la d.i.a. e l'ambito di applicazione della legge*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 498 ss.

FERA V., *Il principio del giusto procedimento alla luce della legge 15 del 2005*, in www.giustamm.it

FRANCARIO F., *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in

www.giustamm.it

GALLO E., *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della nuova costituzione*, in www.giustamm.it

GARDINI G., *La conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 488 ss.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Ed. Giuffrè, Milano, 1970

NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481 ss.

QUARTA A., *L'art. 1, comma 1 bis della nuova legge generale sul procedimento amministrativo (legge 11 febbraio 2005, n. 15)*, in www.giustamm.it

ROLLI R., *Brevi riflessioni sulla riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustamm.it

SANDULLI A., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 494 ss.

SATTA F., *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in www.giustamm.it

TARULLO S., *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it

TASSONE A.R., *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in www.giustamm.it

* Il presente lavoro costituisce anticipazione dell'articolo in corso di pubblicazione nel n. 7/2005 della rivista *l'Informatore delle Autonomie locali*.

