

Ambito soggettivo di applicabilità delle norme contenute nella legge n. 241/1990 come integrate e modificate dalla legge n. 15/2005.

§ 1

La ripartizione legislativa ex art. 117 Cost. come irrinunciabile chiave di lettura della nuova L.241/1990.

Il dato testuale delle norme contenute nella L. 241/90, con particolare riferimento ai suoi principi, così come definiti nell'art. 1, e all'ambito di applicazione, così come determinato dall'art. 29, è eccessivamente enfatizzato e perciò non consente deduzioni sufficientemente certe, rendendosi necessario rivolgersi a considerazioni di sistema.

In primo luogo va perciò posta l'attenzione sul novellato art. 117 Cost. che nel delineare una pluralità di competenze legislative pone subito l'esigenza di individuare la titolarità legislativa sull'ordinamento amministrativo e sulla pubblica amministrazione; va perciò posta l'attenzione sul 2° co. dell'articolo e sulle materie affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, sul 3° e 4° co. e perciò sulle materie nelle quali la legislazione si realizza rispettivamente con il contributo concorrente tra Stato e Regioni, e sono le materie previste nel 3° co., ovvero si realizza con il solo contributo della Regione, e si tratta di quelle materie non definite contenute nel 4° co., infine va fatto un richiamo al co. 6° che nel disciplinare la potestà regolamentare la ripartisce, con la sola esclusione della potestà regolamentare dello Stato nelle materie di legislazione esclusiva, alle Regioni in ogni altra materia e agli Enti Locali per l'organizzazione e la proceduralizzazione delle funzioni amministrative che gli vengono attribuite.

Si ricava in primo luogo che la lettera g) del co. 2° dell'art. 117 Cost. attribuisce l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali in via esclusiva allo Stato, mentre la lettera l) gli attribuisce in via esclusiva la competenza sull'intero ordinamento civile e penale.

Sembra perciò che il dato testuale denunci l'intenzione del costituente di prendere atto che lo Stato non è abilitato a governare in via autonoma l'intero ordinamento amministrativo, infatti l'organizzazione e la disciplina dell'ordinamento amministrativo quale sede di organizzazione, gestione e cura dell'interesse pubblico gli sono attribuite limitatamente alla sua organizzazione amministrativa e a quella degli enti pubblici nazionali, mentre l'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti locali, nell'ambito delle proprie riservate competenze è senz'altro attribuita agli stessi soggetti.

Si ravvisa pertanto la necessità di dare un valore alla L. 241/90 che a cagione delle modifiche introdotte dalla L. 15/2005, oggi contiene le norme generali sul procedimento amministrativo e le norme generali sull'azione dell'amministrazione. Ai fini dell'indagine due sono le norme della legge dalle quali si possono ricavare utili indicazioni; l'art. 29, come modificato dall'art. 19 della L. 15/2005 e l'art. 22 della L. 15/2005.

L'art. 29, co.1°, così come modificato dall'art. 19 della L. 15/2005, nella prima parte stabilisce l'efficacia incondizionata delle norme contenute nella legge ai procedimenti amministrativi delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, mentre fissa l'obbligatorietà delle disposizioni dettate in materia di giustizia amministrativa per ogni forma di amministrazione pubblica.

L'art. 29, 2°co. invece, sul presupposto della autonomia delle Regioni e degli Enti locali, e in stretta aderenza con il principio di

continenza, fa salva l'autonomia normativa di tali soggetti per le materie disciplinate dalla L. 241/90.

Viene stabilito perciò implicitamente che nelle materie di legislazione concorrente i principi (il legislatore, riferendosi ai principi non usa né il termine fondamentale né quello generale ma sembra che in coerenza con legge costituzionale ci si debba riferire ai principi fondamentali) della legge 241/90 costituiscono il sistema delle garanzie del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Essi rappresentano i limiti invalicabili all'autonomia delle Regioni e dei Comuni e pertanto il veicolo per rispettare le garanzie del cittadino nei confronti della PA così come delineate dal sistema costituzionale.

Ovviamente, trattandosi di principi “stabiliti dalla legge” devono essere rinvenuti nella L. 241/90.

Al contrario, nelle materie affidate alla potestà legislativa esclusiva regionale, il quadro si presenta più complicato. Infatti in queste materie le Regioni, ai sensi del 1° co. dell'art. 117 della cost., incontrano oltre al vincolo del rispetto della Cost., i limiti posti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; in altri termini, mentre risultano vincolate dai principi costituzionali non dovrebbero incontrare il limite dei principi fondamentali dettati nella materia a meno che non si voglia attribuire all'accezione principi generali un significato più ampio dell'accezione fondamentale, e pertanto rinvenibili dall'ordinamento giuridico nella sua interezza e perciò ma anche da quelle leggi generali che esprimono, più delle altre, applicazioni e interpretazioni adeguatici di norme costituzionali.

Costituisce un problema aperto quello del destino delle leggi regionali che nelle materie di rispettiva competenza contengono regole sui singoli procedimenti amministrativi con garanzie minori per il cittadino di quante ne offre la L. 241/90 così come modificata.

Altra questione è quella di definire qual è la forza vincolante della legge 241/1990 sugli enti locali e se questi nell'organizzazione e nello svolgimento delle funzioni ad essi attribuite possano o meno discostarsene; ciò, ovviamente, non tanto quando prevedano garanzie maggiori, giacché questo è sicuramente possibile ma quando prevedano garanzie minori.

In altri termini ci si chiede se l'efficacia della legge sugli enti locali è estesa ai principi e alle disposizioni che contiene ovvero, in presenza di esercizio di potestà regolamentare degli enti locali, sia efficace limitatamente ai soli principi generali, oppure sia interamente efficace o infine sia totalmente priva di efficacia.

L'altra norma è invece l'art. 22 della L. 15/2005, che stabilendo il regime transitorio, dispone “fino alla data di entrata in vigore della disciplina regionale di cui all'art. 29 co. 2 della L. 241/90 i procedimenti amministrativi sono regolati dalle leggi regionali vigenti. In mancanza si applicano le disposizioni della L. 241/90 come modificata dalla presente legge”.

Qualche commentatore ha sostenuto che “la norma ha scarsissimo significato se riferita alle materie di potestà legislativa esclusiva (delle regioni) perché in questo caso la legislazione regionale continua ad applicarsi quale che sia la legislazione statale”.

Affermando inoltre “in mancanza di legislazione regionale si applicano senz'altro le norme sul procedimento amministrativo, anche se ciò potrebbe essere proprio una manifestazione di volontà di non regolare”¹.

Come s'intuisce immediatamente, i problemi sono tanti e di non facile soluzione, e non solo per l'effetto paralizzante della riforma del Titolo V°.

¹ Carlo Emanuele Gallo, Editoriale sulla L. 241/90, Rivista telematica di giustizia amministrativa.

In ogni caso sembra che con le disposizioni, di cui all'art. 29 L.241/90 e 22 L. 15/2005, il Legislatore abbia escluso che alla L. 241/1990 si possa attribuire il valore di cogente unitarietà, esteso a tutti i soggetti che compongono la Repubblica. Il dato testuale sembra escludere, e almeno questa è la nostra impressione, che la legge possa essere intesa come la fonte dell'unicità dei procedimenti amministrativi e dell'attività della PA. e che il nuovo modo di "farsi" che la legge impone alla P.A. può essere condiviso ma non imposto a ogni soggetto chiamato alla cura di interessi pubblici. È perciò necessario individuare alcuni punti fermi.

Innanzitutto, proprio la pluralità delle competenze legislative ed il suo effetto sul sistema inducono a ritenere che è possibile legiferare sul procedimento amministrativo e sulle modalità con le quali ogni P.A. agisce ed opera e che non si possono escludere singoli procedimenti relativi a materie affidate alle Regioni, il cui modulo si discosta da quanto stabilisce la L. 241/90. Analogamente, stesso discorso va fatto per i Comuni, sia pure tenendo conto del limitato campo d'intervento.

C'è perciò la necessità di contemperare le maggiori esigenze di garanzia del cittadino che la legge contiene e la pluralità delle competenze legislative e regolamentari che la Costituzione garantisce ai soggetti che costituiscono la Repubblica.

§ 2

La legge sul procedimento amministrativo quale paradigma per l'individuazione del livello essenziale per la tutela dei diritti civili e sociali. Critica.

Per risolvere questa indubbia e oggettiva difficoltà si è cercato da parte di taluno di individuare delle soluzioni che possano garantire il cittadino da un'organizzazione e da una funzione amministrativa in quanto

multilivello ed autonoma, potenzialmente differente nelle modalità e perciò aperta al rischio di differenze nelle garanzie e nella tutela.

Si è sostenuto a tal proposito che in virtù dell'art. 117, co. 2 lett. m) Cost., secondo cui "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale appartiene in via esclusiva allo Stato, è possibile ricondurre la disciplina del procedimento amministrativo al livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che in quanto livelli minimi vanno garantiti a tutti i cittadini"².

La tesi tuttavia se ha il merito di puntare ad ampliare i diritti dei cittadini non sembra completamente esatta, almeno per quattro ordini di ragioni. Innanzitutto non sembra risolva il problema del rapporto tra L. 241/1990 e le leggi regionali e statali che in materia di attività amministrativa contengono prescrizioni differenti; può accadere infatti che una legge statale contenga un procedimento ad istruttoria chiusa o che una legge regionale non preveda la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Inoltre l'affermazione che la legge contiene i livelli essenziali dei diritti civili e sociali non le attribuisce una forza insuperabile nel sistema delle fonti di produzione normativa per la semplice ragione che in ogni caso non è una legge costituzionale.

Si sostiene, che l'essere una norma l'espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico non la pone in una posizione di preminenza rispetto alle disposizioni normative che tale natura non abbiano, è noto infatti che una questione di gerarchia delle fonti non può porsi per il solo fatto che si è di fronte a principi generali dell'ordinamento giuridico, poiché a tale fine la comparazione viene operata tra le fonti di produzione e

² Gallo, op. cit.

non facendo riferimento al contenuto delle norme. Del resto, anche a voler ammettere che i principi del giusto procedimento e del contraddittorio costituiscano espressione del principio costituzionale del buon andamento dell’azione amministrativa (cfr. Corte Costituzionale 23/7/1887 n. 262, in C.D.S. 1997, I,1128) non significa che siano assistiti in assoluto da garanzia costituzionale, non vuol dire cioè che la mancata osservanza di essi da parte di una legge ordinaria determini sempre e comunque il vizio di incostituzionalità per violazione del predetto art. 97 della Cost.(cfr. Corte Cost. 24/2/1995 n. 56 e 31/5/1995 n. 210, in C.D.S. 1995, II, 245 e 906).

Secondo quanto sostiene la Corte Costituzionale, i principi generali costituiscono “criteri di orientamento” sicché va pacificamente riconosciuta la deroga tutte le volte in cui risponda a criteri di logica e di ragionevolezza e soprattutto sia finalizzata alla salvaguardia di valori costituzionali parimenti rilevanti e meritevoli di tutela. Sembra allora che la forza dei principi e delle disposizioni contenute nella legge 241/1990 non vada troppo enfatizzata anche per non creare ingiustificate illusioni. Infatti se i principi sono criteri di orientamento, essi sono sicuramente derogabili a certe condizioni. La L. 241/90 perciò è una legge ordinaria con la forza di una legge ordinaria e se la sua forza nei confronti delle amministrazioni statali e degli enti pubblici non è in discussione, non altrettanto può affermarsi nei confronti dell’amministrazione regionale e del sistema delle autonomie locali alla luce della riforma del Titolo V. Il legislatore regionale nelle materie di propria competenza potrebbe perciò utilizzare i principi generali contenuti nella L. 241/90 come criteri di orientamento e perciò decidere di discostarsene, mentre in nessun modo risulterebbe vincolato dalle sue disposizioni e ciò sia per le materie affidate alla sua legislazione concorrente che per quelle affidate alla sua legislazione esclusiva.

Diverso è il rapporto tra fonte regolamentare degli enti locali e legge 241/1990; infatti non sembra potersi mettere in discussione la prevalenza delle leggi ordinarie rispetto alla fonte secondaria anche se prevista dalla Costituzione e perciò rinforzata; in altri termini i comuni potranno ampliare le garanzie dei cittadini ma non potranno certamente ridurle. L'applicabilità della legge 241/1990 è allora prima di tutto una verifica della sua forza nel sistema di gerarchia delle fonti e poi una esigenza di applicazione unitaria delle sue disposizioni, tenendo ovviamente conto del mutato assetto delle fonti di produzione normativa ordinate secondo un principio di competenza e non più di gerarchia.

Pertanto, la tesi che vorrebbe far discendere l'efficacia cogente della L. 241/90 dall'essere essa espressione di livelli essenziali di diritti civili e sociali, finisce poi con il contrastare proprio con il suo dato letterale. Infatti, l'art. 29 fa salva nelle materie di competenza l'autonomia delle Regioni e degli Enti locali, sia pure nel rispetto dei principi stabiliti dalla L. 241/90, mentre in virtù della disciplina transitoria la legge, nel suo complesso, torna applicabile alle Regioni solo laddove queste ultime non abbiano legiferato in materia di procedimenti amministrativi e perciò solo in difetto di leggi regionali vigenti.

Infine, e con buona probabilità in via assorbente, la tesi non è esatta perché attribuisce a tutto il contenuto normativo della L. 241/90 la natura di regole che tutelano i livelli essenziali dei diritti civili e sociali del cittadino nei confronti della PA, senza distinguere tra quelle regole che esprimono principi e quelle altre invece che assumono la natura di mere disposizioni e senza distinguere tra norme che si riferiscono al rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione e norme che si riferiscono alla sola PA e agli atti con i quali agisce.

In ragione di tale considerazione, vanno perciò individuati nella legge i principi generali che in quanto espressione del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa vincolano certamente anche le Regioni e tanto sia nell'ipotesi in cui, in assenza di apposita e nuova disciplina regionale sul procedimento amministrativo debbono essere applicate le leggi regionali vigenti che dettano norme sui singoli procedimenti amministrativi, che nell'ipotesi in cui le Regioni intendano regolare ex novo i procedimenti amministrativi relativi alle materie di competenza. Tali principi generali costituiranno però semplicemente criteri di orientamento ai quali la normativa regionale dovrà ispirarsi oppure con le quali l'interprete dovrà integrare l'applicazione delle norme vigenti.

Gli Enti locali, invece, con i loro regolamenti di organizzazione e svolgimento delle funzioni amministrative affidategli dovranno anch'essi rispettare i principi generali contenuti nella L. 241/90 ma anche le sue disposizioni in virtù del principio di supremazia della fonte primaria, laddove quest'ultima non debba cedere rispetto al valore costituzionale dell'autonomia e della competenza.

§ 3

L'art. 29 nella formulazione originaria; l'applicabilità della legge n. 241 alle regioni e agli enti locali prima della riforma del titolo V della Costituzione.

La legge 7 agosto 1990 n. 241 non contiene una disciplina completa ed esaustiva del procedimento amministrativo, ma si limita a specificare alcuni principi e a disciplinare gli istituti più importanti. Il primo problema che si è posto all'interprete è quello di delimitare l'ambito di applicazione

della legge. L'art. 29 definiva i principi della stessa legge quali “principi dell’ordinamento giuridico” e le norme da essa introdotte come “norme fondamentali”. La legge operava direttamente nei riguardi delle regioni a statuto ordinario fino a quando non avessero legiferato in materia, mentre le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, precisava che, entro un anno dall’entrata in vigore della legge, avrebbero dovuto adeguare i rispettivi ordinamenti alle norme contenute nella legge medesima.

Le regioni – a statuto ordinario e speciale – nel dettare la disciplina dei procedimenti amministrativi afferenti alle funzioni ad esse delegate incontravano un unico limite, quello sancito nel principio cd. del minimo garantito. Le leggi regionali potevano incrementare le garanzie contemplate dalla legge n. 241/1990 attraverso ulteriori moduli partecipativi o estendendole anche ai casi in cui il legislatore nazionale ha previsto delle eccezioni (ad es. all’art. 13); tuttavia le garanzie poste a tutela del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione costituivano un nucleo “minimo” al di sotto del quale non si poteva scendere. Il legislatore regionale pertanto non poteva diminuire le garanzie previste dalla legge sul procedimento in quanto questa doveva essere considerata vincolante solo in *bonam partem* con il conseguente divieto di derogabilità *in peius*.

La Corte costituzionale (sent. 13.12.1995, n. 465) ha affermato, a tal proposito, che la competenza a disciplinare tali procedimenti deve considerarsi accessoria rispetto alla competenza spettante alle regioni nelle materie di cui all’art. 117 Cost. (nella sua vecchia formulazione). La sentenza aggiunge “ *e questo tanto più ove si consideri la connessione naturale esistente tra la disciplina del procedimento e la materia dell’organizzazione, connessione che induce a individuare nella regolamentazione dei procedimenti amministrativi di propria spettanza un*

corollario della competenza regionale concernente l'ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla regione.”

I limiti oggettivi posti originariamente dalla legge n. 241 /1990 al legislatore regionale erano dunque costituiti dai principi espressi dalla legge medesima e qualificati come “principi generali dell’ordinamento”, cioè principi informatori di quel complesso di norme giuridiche teso a disciplinare i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, a risolverne i conflitti di interessi che possono insorgere tra di loro.

Tale previsione si ispirava al criterio di risoluzione dei rapporti tra norme di tipo “gerarchico”: la legge ordinaria è di grado superiore può, pertanto, introdurre principi e criteri cui la legge regionale deve uniformarsi, anzi deve guardare ad essi come veri e propri criteri di orientamento.

Di riflesso, gli statuti e i regolamenti degli enti locali non avevano alcun potere di incidere sulla procedura amministrativa, se non per quegli aspetti di mero dettaglio ad essi riservati dal legislatore statale o regionale (ad es. sui termini procedurali).

Tuttavia a seguito della legge di riforma del titolo V della Costituzione ad opera della legge Cost. n. 3/2001, la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Al criterio del rapporto gerarchico tra le fonti subentra, quindi, il criterio della “competenza” per materia. In particolare: l’art. 117, comma 2, riserva espressamente le materie ivi indicate nelle lettere da a) ad s), alla legislazione esclusiva dello Stato mentre quelle non espressamente riservate alla legislazione dello Stato sono attribuite alle regioni (art. 117, comma 4). Pertanto nelle materie non elencate nel comma 2 dell’art. 117,

fino all'entrata in vigore di leggi regionali appositamente approvate, lo Stato manterrebbe la potestà legislativa per assicurare l'unità dell'ordinamento fermo restando la cedevolezza della legge statale rispetto a quella regionale nel momento in cui le regioni intervengono nelle materie di propria competenza.

Agli enti locali è attribuita potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite (art. 117, comma 6, Cost.).

Tra le materie tassativamente assegnate dall' art. 117 Cost. alla competenza esclusiva o concorrente dello Stato non viene annoverato il procedimento amministrativo, pertanto nascono dubbi circa il legislatore (statale e/o regionale) competente a dettare le regole sul procedimento nonché sulla permanenza dei principi e delle regole dettati dalla legge n. 241/1990, anche a seguito dell'eventuale sopravvenuto intervento legislativo regionale.

Nella nuova formulazione dell'art. 29 della n. 241 /1990, che va letto alla luce del criterio della "competenza ripartita", lo Stato assolve funzioni di centralità nella scelta della disciplina da applicare in materia di azione amministrativa; tuttavia le scelte operate dal legislatore statale dovranno cedere il passo a quelle effettuate dal legislatore regionale ed eventualmente a quelle introdotte nell'esercizio della propria potestà regolamentare dagli enti locali.

Scompare dunque l'operatività diretta delle norme sul procedimento amministrativo nelle regioni (siano esse a statuto ordinario o speciale). Si applicano in primis le disposizioni regionali vigenti al momento dell'entrata in vigore della legge n. 15/2005 e, in mancanza, quelle della n. 241/1990.

Il confine regionale è dunque invalicabile dal legislatore statale, se non per assicurare l'unità giuridica, come prescritto dall'art. 120 Cost., attraverso leggi contenenti principi generali finalizzati ad assicurarne il mantenimento.³

§ 4

I principi costituzionali e i principi dell'ordinamento comunitario quale nucleo inderogabile di garanzie poste a tutela del cittadino.

Con la riforma del titolo V il legislatore regionale ha raggiunto un'autonomia assoluta, che se esercitata in modo arbitrario o comunque senza un minimo comune denominatore cui riferirsi, rischia di imporsi in

³ Vedasi sul punto l'intervento del Prof. Bassanini sul disegno di legge A.S. 1281di riforma della legge n. 241/1990, in particolare si riporta il seguente significativo stralcio: “ *La materia non compare espressamente, come si è detto, fra quelle riservate alla sua potestà legislativa esclusiva; la constatazione tuttavia non è risolutiva, dovendosi indagare se nella definizione costituzionale delle materie di competenza esclusiva non si ritrovino materie che possano ricomprendere, in tutto o in parte, la Disciplina generale dell’azione amministrativa. Una prima fonte statale (o «repubblicana») abilitata a introdurre una disciplina nazionale dell’azione amministrativa, sia pure in termini di principi, è, a ben vedere, la stessa Costituzione. A parte le implicazioni del principio democratico e il corollario delle riserve di legge a tutela delle libertà personali ed economiche, rilevano alcune norme e principi di fonte costituzionale, riprodotti più o meno testualmente in disposizioni di legge ordinaria o applicati dalla giurisprudenza. Figurano fra queste le norme sull’uguaglianza di cui all’articolo 3 e il principio di ragionevolezza che se ne desume nonché, più specificamente, l’imparzialità e il buon andamento dell’amministrazione, indicati dall’articolo 97 come obiettivo delle leggi di organizzazione dei pubblici uffici, insieme alle loro esplicitazioni, articolazioni o specificazioni, come i principi di efficacia, efficienza ed economicità, che sono da considerare principi vincolanti anzitutto per l’attività amministrativa. Altrettanto può dirsi del principio del giusto procedimento, a proposito del quale, da ultimo, la Corte costituzionale ha accolto eccezioni che lamentavano carenze di garanzie procedurali, censurando la conseguente lesione del principio del buon andamento dell’amministrazione.*

Le norme e i principi costituzionali ricordati costituiscono il primo nucleo della disciplina generale dell’attività amministrativa. Sembra pacifico che esse sono suscettibili di diretta applicazione senza bisogno di una intermediazione normativa ulteriore che, ove esistente, avrà solo carattere ricognitivo. L’uso della potestà normativa è invece indispensabile nell’ipotesi in cui l’attuazione del principio costituzionale possa svolgersi con diverse modalità o possa dar luogo a sviluppi possibili ma non necessari. Occorre quindi valutare a quali dei pubblici poteri competa la normazione di attuazione dei principi costituzionali, accertando anzitutto, come si è già notato, se la Costituzione non attribuisca alla potestà legislativa statale competenze rilevanti.

L’articolo 117, secondo comma, lettera g), che riserva alla potestà legislativa esclusiva statale l’ordinamento e l’organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, è ovviamente la prima disposizione da prendere in considerazione. Essa esclude dalla potestà legislativa generale delle Regioni il campo dell’amministrazione statale, ma non è ovviamente sufficiente a legittimare lo Stato a dettare norme disciplinanti l’azione amministrativa di soggetti diversi dallo Stato e dagli enti pubblici statali.”

modo frammentario creando incertezza giuridica nei rapporti tra P.A. e cittadino.

La funzione assegnata alla noramativa dello Stato è pertanto quella di fissare i principi generali da porre a presidio delle situazioni giuridiche soggettive e del buon andamento dell'azione amministrativa, principi che andranno a costituire, insieme con i principi costituzionali e comunitari un nucleo di criteri di orientamento che dovranno essere osservati dal legislatore regionale.

La legge n. 241/1990, come modificata dalla legge n. 15/2005, assolve tale compito, senza particolari innovazioni e con scarsa convinzione, con i primi tre articoli della legge, rienunciando i criteri fondamentali (già espressi nella precedente formulazione) cui le pubbliche amministrazioni (statali e non) dovranno ispirare i propri comportamenti: economicità, efficacia, pubblicità.

Corollari dei quali sono : il diritto di accesso, la partecipazione al procedimento amministrativo, la comunicazione di avvio del procedimento, l'istituto del responsabile del procedimento, l'adozione di un provvedimento espresso e la motivazione.

L'unica novità rispetto alla formulazione originaria è costituita dalla menzione all'art. 1, comma 1, del criterio della trasparenza, inteso come conoscibilità esterna dell'azione amministrativa e quindi controllabilità e accessibilità agli atti e documenti del procedimento. Tale criterio era già pacificamente ritenuto sussistente nel nostro ordinamento. Si tratta perciò di una novità di scarso rilievo di *una mera sottolineatura di una impostazione preesistente*.⁴

⁴ CERULLI IRELLI, Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/1990 – I parte – Rivista telematica www.giustamm.it

Di maggior significato è il riferimento ai “principi dell’ordinamento comunitario” quale paradigma modale per il corretto esercizio dell’attività amministrativa.

Tali principi sono stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e sono rivolti all’organizzazione amministrativa dell’Unione Europea nonché alle amministrazioni nazionali qualora agiscano in applicazione di normative comunitarie.

Sono principi che da soli non troverebbero applicazione diretta nel nostro ordinamento se non attraverso una legge ordinaria. Ciò che è avvenuto con la legge n. 59/1997, all’art. 20, comma 8, lett. c) e successive modificazioni, ove ha espressamente previsto la soppressione dei procedimenti che risultano in contrasto con i “principi generali dell’ordinamento giuridico nazionale o comunitario”.

Si tratta di principi già ampiamente conosciuti nel nostro ordinamento : il principio di imparzialità, il termine ragionevole per concludere il procedimento amministrativo la risarcibilità dei danni prodotti dall’Amministrazione, il diritto di accesso e l’obbligo di motivazione. Oggi enunciati anche nella Costituzione Europea all’art. II – 101 e recepiti con legge n. 57/2005.⁵

⁵ CERULLI IRELLI, *op. cit.*, individua tra i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, due di particolare interesse in quanto almeno parzialmente innovativi, rispetto ai principi nazionali: il principio di proporzionalità, e il principio di legittima aspettativa (*legitimate expectation*). Il principio di proporzionalità, in realtà, 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. Per l’Autore 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

Costituiscono, tuttavia, insieme con i principi generali sanciti negli artt. 1-3 della legge n. 241/1990 (e i relativi corollari), il nucleo essenziale e inderogabile la cui osservanza nella produzione normativa (statale e regionale) garantisce quella tutela “minima” del cittadino di fronte all’azione della pubblica amministrazione e al di sotto della quale non si può scendere.

Le altre norme contenute negli articoli successivi hanno, invece, natura meramente dispositiva e si rivolgono esclusivamente alle pubbliche amministrazioni statali e agli enti nazionali. Non pongono criteri generali cui uniformare la legislazione regionale, ma semplicemente regole da osservare unicamente nell’ambito dell’organizzazione statale.

L’art. 29 della legge sul procedimento amministrativo stabilisce, infatti, al primo comma che : “ *Le disposizioni della presente legge si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell’ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali* ” Al secondo comma, nel rispetto della ripartizione legislativa ex. art. 117 Cost. prevede che ‘*Le regioni e gli enti locali nell’ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate 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.*’

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.”

Ciascuna amministrazione, quindi, organizza e dispone dei procedimenti amministrativi connessi alle funzioni costituzionalmente ad esse attribuite.

Nelle more dell'intervento legislativo ad opera delle regioni e salvo non siano già in vigore norme regionali specifiche, lo Stato detta le norme in materia di procedimento amministrativo sia a livello generale che di dettaglio, salva la loro caducità nei confronti di sopravvenute disposizioni regionali.⁶

§ 5

Derogabilità delle disposizioni della legge n. 241/1990 da parte delle regioni in sede di legislazione esclusiva e concorrente.

Considerato che la legge dello stato è cedevole nel momento in cui le regioni intervengono con proprie leggi nelle materie di propria competenza, e fermo restando il pieno ed incondizionato rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario e dei criteri posti nei primi tre articoli della legge n. 241/1990, ci si chiede se la normativa contenuta negli articoli successivi della legge medesima sia derogabile dal legislatore regionale.

In realtà l'unico limite imposto alle regioni è “il rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”, pertanto le regioni ben potrebbero prevedere modelli procedimentale autonomi e diversi da quelli introdotti dalla legge n. 241.

⁶ Diversamente CERULLI IRELLI, *op. cit.*, secondo l'Autore la legge sul procedimento amministrativo è formulata quasi interamente per principi (salvo alcuni casi in cui pone una disciplina di mero dettaglio) che assicurano livelli di partecipazione essenziali e perciò non comprimibili, fermo restando che i legislatori regionali possono stabilire “livelli ulteriori di tutela”, tenendo sempre presente l'esigenza di non aggravare le procedure. Le disposizioni di legge, in tutte le loro parti, anche quindi nelle prescrizioni di dettaglio (ad esempio si pensi all'individuazione di alcuni termini) si applicano ai procedimenti amministrativi statali; cioè quelli che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali. Per quanto riguarda i procedimenti di competenza delle regioni e degli enti locali, la norma affermerebbe che nell'ambito delle rispettive competenze disciplinano i procedimenti amministrativi (“le materie disciplinate dalla presente legge”) con il vincolo dei principi da questa stabiliti, in quanto considerati principi di rango costituzionale.

A conferma di quanto appena esposto si consideri la scelta del legislatore che nella nuova formulazione dell'art. 29 non impone più alle regioni a statuto ordinario di regolare “*le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto dei principi desumibili dalle disposizioni in essa contenute, che costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico*” e alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano di adeguare “*i rispettivi ordinamenti alle norme fondamentali*” contenute nella medesima legge.

La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prevista all'art. 10 – bis della legge n. 241/1990, ad esempio, potrebbe essere ravvisata quale adempimento non necessario dal legislatore regionale.

Si veda a tal proposito l'art 42 della legge regionale lombarda n. 12 dell'11 marzo 2005 che, al comma 9, stabilisce : “ *Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ovvero, laddove costituito, dello sportello unico per l'edilizia, qualora entro il termine sopra indicato di trenta giorni sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria ed il consiglio dell'ordine di appartenenza.* ”

Se il dirigente dell'ufficio comunale competente non comunica preventivamente i motivi del diniego adottando direttamente l'ordine motivato di non effettuare l'intervento, non commette un atto illegittimo.

La materia del governo del territorio appartiene alla competenza concorrente delle regioni e la legge n. 241 certamente non ne costituisce norma di principio (cd. legge quadro). Al più tale funzione potrà essere

assolta dal testo unico in materia di edilizia, che a sua volta non prevede alcuna comunicazione preventiva dei motivi ostativi.

La norma ex art. 10 bis è quindi una mera disposizione di dettaglio che produce i suoi effetti direttamente nell'organizzazione statale e cede il passo di fronte a norme regionali sopravvenute.

§ 6

Il destino dei procedimenti amministrativi pendenti all'entrata in vigore della legge n. 15/2005.

La legge n. 241/1990 prevede una serie di istituti giuridici già disciplinati da leggi di settore sia a livello statale sia a livello regionale con norme a volte incompatibili tra loro relativamente alle quali si è posto il quesito dell'efficacia abrogatrice o meno delle norme successive.

Anche tale problema va risolto con il criterio della competenza ripartita, riconoscendo carattere di legge speciale alla normativa posta in essere dall'ente competente.

In particolare laddove la normativa previgente detti una disciplina difforme, nel dettaglio, da quella della legge sul procedimento amministrativo, ma coerente con i principi generali (il cd. nucleo essenziale di principi), trova applicazione la normativa antecedente, in forza della sua specialità; laddove la normativa previgente si palesasse contrastante con i principi generali enunciati dalla legge n. 241/1990 e dall'ordinamento costituzionale e comunitario, deve attribuirsi una efficacia abrogatrice delle disposizioni incompatibili.⁷

I procedimenti amministrativi pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/2005 restano, pertanto, assoggettati alla normativa di settore, salvo la compatibilità con i principi sopra menzionati.

⁷ A tal proposito si veda con riferimento alla legge n. 241/1990 prima della riforma costituzionale e della legge n. 15/2005, FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1993, 22.

§ 7

La disciplina del procedimento amministrativo nel quadro delle competenze statutarie e regolamentari.

L'art. 117, comma 6, attribuisce ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Pertanto, seguendo il criterio del riparto delle competenze come sancito nel sistema costituzionale a seguito della riforma del titolo V, nell'ambito dei propri statuti, gli enti locali possono modificare le procedure amministrative senza incontrare particolare ostacoli in quanto ad essi è assegnato il compito di disciplinare le azioni amministrative correlate all'esercizio delle proprie funzioni amministrative.⁸

Il timore che una simile interpretazione possa dar vita ad un sistema eccessivamente frammentario, si rileva infondato perché il nucleo essenziali di principi costituzionali e comunitari richiamati nella legge sul procedimento amministrativo costituisce una barriera invalicabile oltre la quale soltanto lo Stato, in ragione dell'unità giuridica sancita all'art. 120 Cost., potrà porsi con gli opportuni rimedi legislativi.

Le regioni e gli enti locali potranno regolare i procedimenti di propria competenza anche in deroga a quanto previsto nella legge n. 241/1990 ma fermo restando l'ossequio dei detti principi.

⁸ In tal senso CERULLI IRELLI, op. cit., secondo il quale è interessante l'equiparazione posta dalla norma tra regioni ed enti locali, come quelli che nell'ambito delle rispettive competenze, regolano i propri procedimenti. In tal modo il legislatore avrebbe voluto dare ampia interpretazione all'art. 117, 6° comma il quale attribuisce agli enti locali potestà regolamentare, tra l'altro, in ordine alla disciplina "dello svolgimento delle funzioni loro attribuite" e perciò dei relativi procedimenti. Ciò farebbe intendere che l'ambito riservato alla potestà regolamentare degli enti locali, in ordine ai procedimenti che avvengono al loro interno, è piena e viene perciò a limitare l'ambito della potestà legislativa rispettivamente statale e regionale, nelle materie di rispettiva competenza. Le leggi statali e regionali avrebbero bensì la potestà di attribuire competenza in ordine a determinati procedimenti amministrativi agli enti locali, ma non anche di disciplinarne lo svolgimento all'interno degli enti locali medesimi.

Gli enti locali pertanto, in assenza di appositi regolamenti dovranno integralmente applicare tutte le norme contenute nella L. 241/90, ivi comprese le disposizioni, mentre in presenza di esercizio di autonomia statutaria e regolamentare potranno discostarsene, sia pure rispettando i principi generali, dal momento che le sue fonti, in ragione dell'autonomia costituzionale sulle materie di propria competenza, sicuramente non avranno forza minore della legge ordinaria.

Avv. Prof. Giuseppe Giannì

Dr. Claudio Biondi