

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/01/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28801-le-modifiche-all-l-241-1990-introdotte-con-la-legge-n-69-del-18-giugno-2009-in-particolare-l-art-21-della-legge-sul-procedimento-amministrativo>

Autore: Asprone Maurizio - Martini Silvia

Le modifiche alla l. 241/1990 introdotte con la Legge n. 69 del 18 giugno 2009, in particolare: l'art. 21 della legge sul procedimento amministrativo

Maurizio Asprone , Silvia Martini,

**LE MODIFICHE ALLA L. 241/1990 INTRODOTTE CON LA
LEGGE N. 69 DEL 18 GIUGNO 2009**

**IN PARTICOLARE: L'ART. 21 DELLA LEGGE SUL
PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

1. Le novità introdotte dalla legge n. 69/2009

La l. 241/1990 rappresenta il cruciale punto di riferimento in materia di procedimento amministrativo. Entrata in vigore ormai un ventennio fa, si è ovviamente reso necessario apportare a più riprese delle modifiche, rispondenti ad una sempre crescente quanto inarrestabile esigenza di adeguatezza rispetto alle continue nuove problematiche che il procedimento amministrativo genera, in particolare con riferimento ai rapporti intercorrenti tra le Pubbliche Amministrazioni ed i cittadini e la tutela della posizione di questi ultimi. Ed a pochi anni dalla Novella varata con la l. n. 15/2005 il legislatore italiano è tornato ad occuparsi della disciplina del procedimento amministrativo, predisponendo la recente riforma operata con la l. n. 69 del 18 giugno 2009, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 19 giugno 2009, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”

ed entrata in vigore lo scorso 4 luglio¹. La menzionata riforma riveste un ruolo cruciale nella disciplina del procedimento amministrativo, in considerazione delle conferme e delle novità che apporta al nostro sistema giuridico. Proseguendo il compito iniziato con la legge n. 15/2005 citata, assolve ad un importante scopo, quello di continuare ad adeguare il testo della legge alle posizioni giurisprudenziali maggioritarie, contribuendo in questo modo alla cristallizzazione degli orientamenti interpretativi in norme positive². Per certi aspetti si può dire che siamo in presenza di una specie di sillabario del diritto amministrativo, redatto in forma di legge: si introducono concetti e se ne traggono precetti³. Infatti, come specificato, la l. n. 69 cit. dà espresso riconoscimento a principi ormai consolidatisi da tempo sia in dottrina che in giurisprudenza, ad esempio e significativamente il principio di imparzialità della Pubblica Amministrazione⁴, ed

¹ In particolare il provvedimento prevede una delega al Governo per l'adozione di norme istitutive della conciliazione in materia civile e commerciale, misure a favore della diffusione della banda larga, oltre a prevedere novità quanto alle risorse e funzioni degli enti territoriali, alla cd amministrazione digitale e alla diffusione del Voip, ed in materia di trasparenza (pubblicità delle retribuzioni dei dirigenti e dei tassi di assenza e presenza del personale), e Servizio Sanitario Nazionale (nuovi servizi erogati dalle farmacie), ecc... Risulta inoltre modificata la riforma del processo civile con, tra l'altro, l'introduzione della testimonianza scritta, la previsione di sanzioni per chi causa un allungamento dei tempi del processo, e l'introduzione della mediazione civile al fine di favorire la conciliazione stragiudiziale delle parti.

² V. Luigi Oliveti, *La riforma della Legge sul procedimento amministrativo: profili attuativi ed applicativi*, Halley editore.

³ Cfr. l'articolo di Filippo Satta, ordinario di diritto amministrativo presso la facoltà di giurisprudenza dell'università "La Sapienza" di Roma, *La riforma della legge 241/1990: dubbi e perplessità*.

⁴ V. art. 1 l. 241/1990, c. 1, che recita "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario", comma così modificato dall'articolo 1, comma 1, legge n. 15 del 2005 ed in seguito dall'articolo 7, comma 1, legge n. 69 del 2009.

introduce novità di rilievo nel tessuto degli istituti chiave che caratterizzano il procedimento amministrativo. Basti pensare alla nuova disciplina dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo⁵, al potenziamento dell’istituto della conferenza di servizi, in particolare attraverso la previsione di un più massiccio ricorso allo strumento della telematica e di un maggiore coinvolgimento dei privati⁶. Ma segnaliamo inoltre, secondariamente non in ordine di importanza ma semplicemente in base alla successione degli articoli relativi, le modifiche volte alla semplificazione delle procedure per il rilascio dei pareri⁷ e della DIA⁸, le precisazioni introdotte in tema di diritto d’accesso ai documenti amministrativi⁹, ed infine il nuovo assetto dei rapporti tra legislazione statale ed autonomie regionali¹⁰. Il Capo IV *□bis* della l. 241/1990, comprendente in particolare gli articoli da 21 *□bis* a 21 *□nonies*, dei quali ci occuperemo, è il capo maggiormente interessato dalle

⁵ V. art. 2 l. 241/1990, così come modificato dall’art. 7, c. 1 della l. 69/2009.

⁶ V. art. 14 *ter* l. 241 cit. In particolare, il c. 1, che recita “La conferenza di servizi assume le determinazioni relative all’organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti e può svolgersi per via telematica”, ed il c. 2-*ter*, a norma del quale “2-ter. Alla conferenza possono partecipare, senza diritto di voto, i concessionari e i gestori di pubblici servizi, nel caso in cui il procedimento amministrativo o il progetto dedotto in conferenza implichi loro adempimenti ovvero abbia effetto diretto o indiretto sulla loro attività. (...). Alla conferenza possono partecipare inoltre, senza diritto di voto, le amministrazioni preposte alla gestione delle eventuali misure pubbliche di agevolazione.

⁷ V. art. 16 l. 241 cit., che sancisce il termine entro il quale il parere va reso e precisa la possibilità di trasmissione del medesimo con mezzi telematici.

⁸ V. art. 19 l. 241 cit., che nel testo modificato dalla l. 69 cit., dispone che nei casi in cui la legge prevede la dichiarazione di inizio attività per l’esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi, compresi gli atti che dispongono l’iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta, l’attività può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all’amministrazione competente.

⁹ Introducendo un nuovo c. 2 dell’art. 22 in sostituzione del precedente, e che prevede che l’accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l’imparzialità e la trasparenza.

¹⁰ V. art. 29, c. da 2-*quater* e 2-*quinquies*.

innovazioni introdotte in questi ultimi anni, tanto da rendere la legge 241/1990 non soltanto una disciplina generale del procedimento, ma anche del provvedimento amministrativo.

2. L'art. 21 e il potere di autotutela della Pubblica Amministrazione

Tuttavia le novità che maggiormente interessano la presente trattazione sono quelle contenute nell'art. 21 della menzionata legge.

Il concetto cardine della trattazione è rappresentato dal potere autoritativo della Pubblica Amministrazione, ed in particolare dall'autotutela amministrativa, attorno al quale ruotano le previsioni normative di cui all'articolo 21 citato. Precisiamo innanzitutto che cosa per autotutela debba intendersi. In linea generale si tratta di una potestà riconosciuta alla Pubblica Amministrazione e consistente nella possibilità per quest'ultima di risolvere un conflitto attuale o potenziale di interessi, ed in particolare di sindacare la validità dei propri atti producendo effetti incidenti su di essi¹¹.

Secondo la nota definizione di Benvenuti, l'autotutela consiste nella capacità dell'amministrazione di “farsi giustizia da sé” e di esercitare la propria competenza fino alla sua più esatta e completa realizzazione. Tale concetto si traduce, in particolare, nella possibilità per la Pubblica Amministrazione di risolvere i conflitti, attuali o potenziali, eventualmente insorgenti con i soggetti interessati dai suoi provvedimenti o pretese, senza necessità d'intervento da parte del

¹¹ L'istituto dell'autotutela è disciplinato dalle previsioni contenute nell'art. 68 del D.P.R. n. 287 del 1992 e nell'art. 2-quater del D.Lgs n. 564 del 30 settembre 1994, convertito con modificazioni dalla l. n. 656 del 30 novembre 1994, ed è regolamentato dal decreto del Ministero delle Finanze n. 37 dell'11 febbraio 1997.

giudice¹². Caratterizza significativamente tale potere e stante la definizione appena fornita risulta lampante la considerazione del medesimo come elemento di differenziazione tra le potestà delle amministrazioni pubbliche e la situazione dei privati. A questi ultimi non è infatti ovviamente concesso procedere autonomamente per ottenere giustizia, ma devono necessariamente e previamente ottenere una pronuncia in sede giurisdizionale¹³. L'autotutela amministrativa può essere in sostanza definita come quel complesso di attività con cui ogni Pubblica Amministrazione interviene unilateralmente con i mezzi amministrativi che ha a sua disposizione tutelando autonomamente la propria sfera d'azione¹⁴. Il suo fondamento si rinviene pertanto nella potestà generale che l'ordinamento riconosce ad ogni Amministrazione Pubblica di intervenire unilateralmente su ogni questione di propria competenza, ed è per questo che la si considera espressione del più generale concetto di autarchia¹⁵.

¹² V. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987. Il Benvenuti propone una visione piuttosto ampia di autotutela, come "sostitutiva" dell'attività del giudice e che dà luogo a provvedimenti: le decisioni. Agli antipodi si pone la concezione di chi considera l'autotutela in maniera restrittiva, riferibile soltanto al momento di esecuzione del provvedimento ed esclusa dall'ambito dell'attività di amministrazione attiva o di controllo. Ad es. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970.

¹³ V. Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, anno 2005.

¹⁴ V. G. Napolitano, *Il nodo delle esecutorietà dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: il vuoto di autotutela esecutiva*, sul sito www.halleyconsulenza.it;

¹⁵ Cfr. l'articolo di Gianluca Sgueo "L'autotutela amministrativa" sul sito www.diritto.it. Quanto più propriamente al concetto di autarchia, si tratta di una caratteristica degli enti diversi dallo Stato, consistente nel disporre di potestà pubbliche e di essere dotati della capacità propria degli enti pubblici di amministrare i propri interessi svolgendo un'attività amministrativa avente gli stessi caratteri e la stessa efficacia giuridica di quella dello Stato. Si considera la cd autarchia presente in capo agli enti dotati di autosufficienza giuridica, ossia di autogoverno, che si concretizza nella titolarità di pubblici poteri. Cfr. la definizione presente sul sito www.wikipedia.it e sul sito www.simone.it.

In ogni caso, all'esercizio del potere di autotutela non si può ovviamente ricorrere arbitrariamente, né lo stesso è privo di limitazioni. Infatti presuppone innanzitutto la cura dell'interesse pubblico, obiettivo costante dell'azione della P.A., alla quale dev'essere comunque riconosciuta la potestà di rivalutare quanto antecedentemente disposto, di riprendere in considerazione precedenti provvedimenti della cui validità od opportunità essa abbia ragione di dubitare, assumendo, se del caso, nuove misure in ordine a questi ultimi. In conclusione l'autotutela va considerata come "la capacità riconosciuta dall'ordinamento all'amministrazione di riesaminare criticamente la propria attività in vista dell'esigenza di assicurare il più efficace perseguitamento dell'interesse pubblico¹⁶, ed eventualmente correggerla mediante l'annullamento o la revoca di atti ritenuti illegittimi", il tutto nell'esercizio di un potere di tipo discrezionale. Tali ultimi provvedimenti devono cioè fondarsi sulla improcrastinabile sussistenza di un interesse pubblico specifico, concreto ed attuale alla rimozione, che non si identifichi con la mera esigenza di ripristino della legalità violata¹⁷. Volendo utilizzare un'espressione contenente poco tecnicismo giuridico ma senza dubbio originale, possiamo affermare che «il riesame dell'attività amministrativa è una metafora del riesame interiore. In entrambi i casi occorre saper correggere gli errori o rivedere le scelte. In entrambi i

¹⁶ Trattasi infatti di norma di esercizio di funzione di amministrazione attiva, e deve conseguentemente obbedire alle regole generali di siffatta funzione, in base alle quali occorre sempre la dimostrazione dell'esistenza di un interesse pubblico attuale all'emanazione dell'atto o all'assunzione delle misure di autotutela.

¹⁷ V. TAR Lazio Roma, sez. I, n. 3123 del 14 aprile 2008.

casi occorre risolvere conflitti, interni od esterni¹⁸». Tali situazioni conflittuali, nel rapporto dialettico tra l'autorità e la libertà per usare un'espressione gianniniana, possono sorgere dall'affermazione dell'invalidità del provvedimento o dall'opposizione all'attuazione di questo da parte del soggetto interessato, dando così luogo ad un conflitto “attuale”, oppure l'amministrazione può riconoscere autonomamente l'invalidità del provvedimento che ha emanato e disporne l'eliminazione dal mondo giuridico, prevenendo in tal modo l'insorgenza del contrasto, e configurando la diversa ipotesi del conflitto potenziale.

Si tenga comunque presente che il termine autotutela non è esclusivamente di pertinenza di quel settore del diritto che è il diritto amministrativo, ma possiamo individuare anche un'autotutela privata, sindacale, o internazionale. Pur riferendosi ad ambiti giuridici profondamente differenti tra loro, indica comunque la possibilità riconosciuta ad un soggetto di agire senza far ricorso al giudice, esercitando un potere che di regola è riservato a quest'ultimo¹⁹.

L'autotutela amministrativa, dunque, può essere intesa in un certo senso anche come sintesi dei privilegi di cui è titolare una Pubblica Amministrazione²⁰: da questo punto di vista, la nozione di autotutela è

¹⁸ Cfr. il sito www.autotutela-pa.it, “La rassegna della Autotutela Amministrativa”.

¹⁹ V. l'opinione di B. G. Mattarella sul sito www.autotutela-pa.it cit.

²⁰ Aspetto che ha destato particolare attenzione e dedizione da parte degli studiosi di ispirazione liberale. Ad es. citiamo A. Klitsche de la Grange, con la sua critica al cd “dogma dell'autotutela amministrativa”, ne *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni*, edizioni Cedam, 1961. V. Bernardo Giorgio Mattarella “Il principio di legalità e l'autotutela

stata una concorrente di quella di imperatività²¹. Entrambi i termini esprimono l'idea della supremazia dell'amministrazione e della situazione di privilegio in cui essa si trova rispetto ai cittadini. La scienza giuridica ha infatti affermato che tutti gli enti pubblici hanno un “*minimum* di potestà pubblica”, risultante da “poteri pubblici di autorganizzazione”, da una potestà di certificazione e dalla prerogativa dell'autotutela²².

Occorre poi anche tenere presente che, come molti altri concetti giuridici, anche quello di autotutela, per il quale comunque manca una precisa ed univoca definizione normativa, è storicamente variabile: esso esprime l'esercizio, da parte di una “parte”, di poteri normalmente propri del giudice, ma risente del fatto che i poteri normalmente propri del giudice variano da ordinamento a ordinamento, nelle diverse fasi storiche e tra i diversi settori della normazione. Di conseguenza risulta complicato, ed anche poco utile stante la menzionata ed inevitabile variabilità, indicare un “significato” del termine autotutela che sia in grado di adattarsi alle varie situazioni che la Pubblica Amministrazione si trova ad affrontare con riferimento ai provvedimenti che la stessa adotta e alle situazioni giuridiche soggettive terze con cui entra in contatto nell'esercizio dei suoi poteri.

“amministrativa”, programma del 53° Convegno di Studi Amministrativi tenutosi a Varenna nel Settembre 2007.

²¹ V. B. G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, ed. Cedam, 2000.

²² Cfr. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XV edizione, Jovene editore, 1989.

Risolvendo un annoso dibattito, il legislatore, con l'art. 21 della l. 241/1990, ha disciplinato il potere di autotutela, segnando un'ulteriore e significativa tappa nel cammino di evoluzione del concetto che si era già avviato qualche anno fa, con la riforma operata con le leggi n. 15 e 80 del 2005 le quali, riconoscendo espressamente la possibilità, per l'amministrazione, di assumere determinazioni in via di autotutela, hanno “codificato” finalmente i relativi principi e criteri operativi²³.

²³ Cfr. Massimo Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Giuffrè editore, 2006.

2.1. In particolare: il rapporto tra autotutela amministrativa e principio di legalità

L'autotutela amministrativa è sempre stata uno strumento di affermazione della legge e, più in generale, della legalità²⁴. Difatti, l'autotutela deriva dal rapporto tra amministrazione e legge e non dal rapporto tra amministrazione e giudice. Essa si fonda su una sorta di equiparazione della soggezione dell'amministrazione alla legge e di quella del giudice alla stessa legge, e gioca a difesa del “monopolio statale della tutela giuridica²⁵”. Tale equiparazione è stata alimentata, nel corso del Novecento, dalla dottrina kelseniana ed è sopravvissuta al declino della concezione dell'amministrazione come esecuzione di legge e al riconoscimento della discrezionalità in capo ad essa. L'autotutela, così come oggi la consideriamo, è frutto della modernità, derivando dalla centralità della legge e dalla concezione dell'amministrazione come esecuzione della legge. Tuttavia è possibile notare, effettuando qualche passo indietro nel tempo, che la profonda ed ineludibile connessione esistente tra il concetto di autotutela amministrativa e quello di legalità, è dovuta anche alle origini storiche comuni. Infatti entrambi si sono affermati con la Rivoluzione Francese e nell'Ottocento. Anche in passato l'amministrazione era tenuta ad eseguire la legge, così come il giudice, e poteva a tal fine eseguire con la forza i propri atti ed

²⁴ V. anche N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della legge 241/1990*, sul sito www.giustamm.it.

²⁵ Cfr. E. Betti, voce “Autotutela”, in Enciclopedia del diritto, vol. IV, Giuffrè editore, Milano, 1959.

accertarne la validità. E con il tempo l'autotutela si è sempre più affermata come forma di esercizio di poteri giurisdizionali da parte della Pubblica Amministrazione, la quale ultima ha vissuto una graduale affrancazione rispetto alla figura del giudice, che accompagnata all'affermazione della specialità del diritto amministrativo, ha portato al consolidamento dei menzionati poteri²⁶. La posizione di un'amministrazione pubblica rispetto al principio di legalità porta a considerare l'avvenuta diffusione del controllo di costituzionalità delle leggi come “scollegato” rispetto all'operare giurisdizionale, ma occorre tener presente che coloro che esercitano le funzioni amministrative hanno sì l'obbligo di applicare le leggi in ossequio al principio di legalità, ma l'ulteriore dimensione della legalità costituzionale ha il proprio presidio naturale nella competenza esclusiva della Corte Costituzionale²⁷. È infatti da ricordare come anche il Consiglio di Stato, ormai diversi decenni fa²⁸, abbia affrontato la questione delle interazioni tra sindacato costituzionale ed atti amministrativi, sottolineando il carattere di autonomia del “momento normativo” rispetto al “momento amministrativo”. Le vicende che investono le norme non determinano automaticamente effetti sugli atti, in quanto una

²⁶ V. Bernardo Giorgio Mattarella “Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa”, programma del 53° Convegno di Studi Amministrativi tenutosi a Varenna nel Settembre 2007, cit.

²⁷ Non ha infatti trovato seguito la tesi di Onida, il quale affermava che le P.A. avessero il dovere di disapplicare una legge ritenuta palesemente illegittima. V. Onida, *Pubblica Amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957. V. inoltre M. Magri, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002.

²⁸ Cons. St., Ad. Pl., n. 8 dell' 8 aprile 1963, in Giur. Cost. 1963, una delle prime pronunce sulle interazioni tra sindacato costituzionale ed atti amministrativi.

pronuncia di incostituzionalità produce effetti sull'atto amministrativo in via derivata, ed è quindi da considerarsi inesistente un rapporto di consequenzialità tra la legge e l'atto amministrativo, consequenzialità riscontrabile invece tra un atto preparatorio ed un atto finale del procedimento amministrativo. In questo caso la caducazione del primo atto travolge necessariamente anche il secondo.

La legalità costituzionale, è tutelata e garantita attraverso il sindacato di costituzionalità, che ha come unico autore la Corte Costituzionale, e non attraverso ogni forma di tutela che l'ordinamento giuridico prevede, quale ad esempio l'autotutela amministrativa²⁹.

L'autonomia delle forme di tutela amministrativa può essere ulteriormente chiarita e ribadita considerando l'ipotesi dell'esercizio del potere di autotutela con riferimento ad un atto amministrativo affetto da illegittimità comunitaria³⁰. Anche in tal caso il parametro della legittimità dell'atto è dato da una norma di rango sovra – legislativo³¹, ed anche in questo caso l'annullamento operato dalla Pubblica Amministrazione in sede di autotutela non risponde alla mera esigenza di ripristino della legalità ma l'annullamento d'ufficio rimane subordinato alla valutazione della sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione, alla

²⁹ Cons. St., sez. VI, n. 3458 del 9/06/2006; TAR Calabria, n. 1721 del 05/10/2007.

³⁰ V. Musone, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo comunitario*, Napoli, anno 2007.

³¹ Il diritto comunitario impone poi alla Pubblica Amministrazione di riesaminare, a seguito di richiesta di parte, una decisione definitiva al fine di tener conto dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia ad una disposizione comunitaria pertinente. Al riguardo v. Corte Giust. CE, causa C-453/00 del 13 gennaio 2004.

ponderazione dell’interesse pubblico con gli interessi privati in gioco e del valore della certezza del diritto e dell’affidamento³², che rappresentano principi generali dell’ordinamento comunitario, e costituisce l’adempimento di un preciso obbligo internazionale assunto dallo Stato italiano in base all’art. 11 della Costituzione³³ e di fronte al quale le questioni di diritto interno perdono rilevanza³⁴.

L’attuale “regime”, anche per effetto delle riforme menzionate ed in particolare della legge n. 69, vede un’Amministrazione sempre più incentrata sugli obiettivi. Ciò sta a significare che in un certo senso diminuisce l’attenzione e la considerazione dell’atto amministrativo per dare invece maggiore rilevanza alle conseguenze dell’azione amministrativa, alla capacità dell’ente di fornire servizi e prestazioni nel rispetto del principio di legalità, ma soprattutto di risolvere i problemi e le esigenze del cittadino.

³² V. Cons. St., sez. V, n. 918 del 5 giugno 1998.

³³ L’art. 11 recita: «L’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

³⁴ Cfr. Barone, commento a Cons. St. sez. I, parere n. 372/1997. Tale orientamento ha resistito anche alla consistente giurisprudenza contraria, ad es. Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2008 n. 1414. Recentemente ed a sostegno dell’orientamento delineato, si veda segnatamente Corte Giust., C-2/06, Kempfer, del 12 febbraio 2008.

3. L’art. 21 bis: l’efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati

3.1. Il concetto di atto e di provvedimento amministrativo

Partiamo dall’articolo 21 \square bis, il quale è il primo del Capo IV \square bis, dedicato all’efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, nonché alla revoca ed al recesso. L’art. 21 \square bis è rubricato “Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati”. Innanzitutto possiamo fornire la definizione di “provvedimento amministrativo”, in particolare enunciando la distinzione tra esso e l’atto amministrativo. Quest’ultimo viene definito come qualsiasi manifestazione di volontà, desiderio, giudizio o conoscenza proveniente da una Pubblica Amministrazione nell’esercizio di una potestà amministrativa³⁵. È nell’ambito di questa categoria che si distingue per la sua importanza il provvedimento, ossia l’atto con il quale si chiude il procedimento amministrativo. Il provvedimento è un atto di disposizione che costituisce estrinsecazione di un potere rivolto al perseguimento dell’interesse pubblico, il quale ha la caratteristica di incidere altrui situazioni soggettive ed è pertanto necessariamente un potere autoritativo. Tale autoritatività caratterizza ogni provvedimento amministrativo con cui la Pubblica Amministrazione provvede alla cura di interessi pubblici e che produce effetti giuridici in capo ai terzi, indipendentemente dalla natura favorevole o sfavorevole di questi ultimi. Il provvedimento amministrativo rappresenta la più

³⁵ Cfr. la definizione di Zanobini.

importante e rilevante manifestazione del potere amministrativo, è l'atto tipico di esercizio dell'attività di amministrazione attiva, ossia la manifestazione del potere amministrativo cui è affidata la cura concreta dell'interesse pubblico primario assegnato all'amministrazione agente, ragione per la quale è dotato di caratteristiche ed efficacia peculiari, che inducono a trattarlo separatamente rispetto agli altri atti amministrativi. Di regola si tratta dell'atto finale di un procedimento amministrativo che articolandosi in diverse fasi, nelle quali vengono prodotti diversi atti amministrativi privi di rilevanza autonoma, culmina appunto con il provvedimento.

3.2. Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo

Quanto invece all'efficacia, possiamo definirla, con nozione quasi elementare, come l'idoneità di un fatto, atto o negozio a produrre effetti giuridici di natura costitutiva, modificativa o estintiva di una situazione o posizione giuridica. L'efficacia dell'atto presuppone il suo perfezionamento, che si ha nel momento in cui l'atto è completo di tutti gli elementi richiesti come necessari dall'ordinamento giuridico. L'elaborazione del concetto non è stata ovviamente lineare o priva di contraddizioni, ed ha origini non proprio recenti. Inizialmente l'efficacia è stata considerata dall'orientamento prevalente come una caratteristica connaturale al provvedimento amministrativo e pertanto dallo stesso inscindibile. Ad oggi bisogna invece tener presente che non sempre la perfezione dell'atto determina la sua efficacia, essendo quest'ultima talora subordinata alla ricorrenza di ulteriori presupposti, ad es. allo scadere di un termine iniziale o al verificarsi di una condizione sospensiva. È poi da considerare che il provvedimento amministrativo è, come in precedenza precisato, frutto del cd procedimento amministrativo, il quale consta di una serie di fasi: iniziativa, istruttoria, fase decisoria, e l'eventuale fase integrativa dell'efficacia. Il provvedimento sarà perfetto al momento della conclusione della terza delle fasi menzionate, al momento della decisione, salvo che la legge preveda espressamente l'esplicazione dell'ulteriore, ed eventuale, fase di

integrazione dell’efficacia³⁶. In tale ultimo caso la produzione degli effetti del provvedimento è subordinata al compimento di ulteriori adempimenti, che possono consistere in comunicazioni, pubblicazioni, notificazioni³⁷ o controlli. Il provvedimento sarà in simili ipotesi si perfetto, in quanto completo di tutti gli elementi richiesti dalla legge, tuttavia non ancora efficace, sino all’espletamento delle successive richieste formalità. L’efficacia continua ad essere ovviamente intrinseca nella natura dell’atto, e la perfezione dello stesso è suo necessario presupposto, tuttavia il panorama di requisiti richiesti come “essenziali” dalla legge si arricchisce, ad essi si aggiunge, per i provvedimenti “limitativi della sfera giuridica dei privati” di cui all’art. 21^{□bis}, la necessità della comunicazione ai relativi destinatari³⁸.

Quanto agli effetti che il provvedimento è suscettibile di produrre, distinguiamo effetti costitutivi, se danno origine ad una situazione giuridica *ex novo*, modificano una situazione preesistente o la

³⁶ Si tenga comunque presente il principio “*tempus regit actum*” in base al quale ciascun atto della serie procedimentale deve uniformarsi alla normativa vigente al momento in cui il procedimento, o una sua fase, risulta concluso, ossia si sia esaurita la fase decisoria, anche qualora non sia ancora completa la fase integrativa dell’efficacia. V., ad es. TAR Sicilia, Palermo, n. 802 del 19 ottobre 1995.

³⁷ Come previsto dall’art. 21-*bis* cit.

³⁸ Secondo il parere di Sandulli relativamente alla produzione degli effetti del provvedimento amministrativo, al momento della conclusione della fase decisoria, la fattispecie è da considerarsi già costituita, ma abbisogna di ulteriori elementi, quali l’approvazione o il visto della Corte dei Conti ad esempio, per spiegare effetti. La decorrenza degli effetti diventa inoltre lo strumento utilizzato per inquadrare un atto o un fatto ulteriore rispetto a quello principale nella categoria del fatto “costitutivo” o “integrativo”. Volendo addurre un esempio, si possono prendere in considerazione gli accordi di programma i quali comportino una variante al P.R.G. L’accordo stipulato dal Sindaco e dal Presidente della Regione dev’essere ratificato dal Consiglio Comunale entro un dato termine. Qualora l’efficacia della variante decorra dalla delibera del Consiglio, la stessa può considerarsi rientrante nella fattispecie costitutiva, se invece decorre dall’accordo, la delibera è integrativa dell’efficacia.

estinguono; effetti dichiarativi, ove consistenti nell'accertamento o chiarimento di una situazione giuridica preesistente; effetti ampliativi e restrittivi, a seconda che siano favorevoli oppure sfavorevoli per il destinatario.

In relazione ai provvedimenti amministrativi si suole distinguere l'efficacia in senso stretto dalla cd esecutività. L'art. 21*quater* della l. 241, rubricato appunto “efficacia ed esecutività del provvedimento” afferma che «I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento». Come poc'anzi indicato, la prima rappresenta la suscettibilità a produrre effetti giuridici nella sfera giuridica dei soggetti destinatari, mentre l'esecutività è la possibilità di porre in essere le attività materiali che danno esecuzione al provvedimento. L'esecutività presuppone l'efficacia ma può non coincidere con essa, ove lo preveda la legge o lo stesso provvedimento³⁹. A differenza dell'efficacia cioè, quest'ultima non indica l'idoneità del provvedimento a produrre effetti, bensì ad essere eseguito. L'art. 21*quater*, in sostanza, ci dice che i provvedimenti “efficaci” sono eseguiti immediatamente e che l'efficacia o l'esecuzione del provvedimento può essere sospesa dallo stesso organo che lo ha emanato o da altro organo previsto dalla legge.

Infine, occorre prendere in considerazione altresì la cd esecutorietà, termine quest'ultimo che sta ad indicare una caratteristica più incisiva

³⁹ Cfr. il sito www.wikipedia.it, voce “efficacia”.

dell'esecutività, consistendo nell'attitudine di un provvedimento amministrativo o processuale ad essere attuato coattivamente, ossia contro la volontà del soggetto nei cui confronti è destinato a produrre effetti e senza una preventiva pronuncia giurisdizionale.

L'art. 21^{□ter}, così come riformato dalla l. 69/2009, afferma infatti che «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». La *ratio* dell'art. 21^{□ter} sembra essere quella di fondare legislativamente la legittimazione dell'amministrazione a realizzare materialmente le pretese nascenti dall'attività provvidenziale nel rigoroso ambito delineato dal principio di legalità formale⁴⁰. Tale esecutorietà, in virtù del menzionato principio, presuppone a sua volta l'esecutività, ma soltanto nei casi in cui è prevista dall'ordinamento. Caratterizza tipicamente quei provvedimenti i quali non sono direttamente ed immediatamente satisfattivi dell'interesse pubblico primario per il raggiungimento del quale sono stati emanati. In simili ipotesi l'atteso effetto giuridico si realizza a seguito di una trasformazione della realtà

⁴⁰ Cfr. Nino Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*, sul sito www.giustamm.it; G. Napolitano, *Il nodo delle esecutorietà dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: il vuoto di autotutela esecutiva*, sul sito www.halleyconsulenza.it.

materiale, assumendo rilevanza l'esecuzione del provvedimento amministrativo. Volendo fornire un esempio, l'ordine di demolizione di un immobile che è stato costruito abusivamente, produce l'effetto giuridico di legittimare l'eliminazione dell'immobile ma richiede necessariamente una successiva attività materiale, la demolizione vera e propria, che adegui la realtà alla statuizione amministrativa. Come ulteriore esempio possiamo anche menzionare le sanzioni amministrative di cui al d.lgs. 285/1992, il codice della strada, che prevede che decorsi sessanta giorni dalla notifica il verbale di contestazione diventa esecutivo per una somma pari alla metà del massimo edittale. Tale somma, quindi, è esecutiva, e l'amministrazione può pretenderne il pagamento⁴¹. Sono diversi e molteplici i mezzi attraverso i quali l'esecutorietà si manifesta nel nostro ordinamento. Possiamo ad esempio distinguere a seconda che il provvedimento costituisca obblighi di fare infungibili o fungibili. Nel primo caso l'amministrazione può procedere con la coercizione diretta, ovviamente ove ciò sia previsto dalla legge e nel pieno rispetto dei principi costituzionali, oppure può altresì infliggere sanzioni e procedere con intimazioni sperando di ottenere un'esecuzione spontanea. Si pensi ad esempio all'accompagnamento alla frontiera degli stranieri destinatari di un decreto di espulsione. Quanto al secondo caso invece, ossia ove l'obbligo imposto col provvedimento sia costituito da una prestazione di fare fungibile, può essere prevista

⁴¹ In generale, quanto agli obblighi relativi a somme di denaro, possiamo distinguere l'esecuzione forzata esattoriale tramite ruoli e l'ingiunzione, quest'ultima disciplinata dal r.d. 639/1910. Si tengano comunque presenti anche le disposizioni di cui al successivo d.p.r. 46/1998, che ne ha ristretto il campo di applicazione, e del d.lgs. 46/1999.

l'esecuzione d'ufficio, ossia l'esecuzione diretta dell'attività richiesta da parte dell'amministrazione.

L'esecutorietà si fonda evidentemente sulla necessità che l'interesse pubblico sia realizzato quanto prima eliminando possibili ed eventuali ritardi da parte del privato⁴².

⁴² V. la definizione della Dott.ssa Barbara Piancastelli, sul sito www.avvocatobertaggia.it.

3.3. Il concetto di atto recettizio e l'acquisto dell'efficacia

L'art. 21 □*bis* afferma più precisamente che il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile.

Ciò sta a significare che la piena conoscenza del provvedimento amministrativo, ai fini della decorrenza del termine per la sua impugnazione, si ricollega all'avvenuta individuazione del relativo contenuto da parte del destinatario dell'atto, sicché lo stesso ne possa rilevare l'eventuale valenza lesiva; pertanto, a tal fine è sufficiente che l'interessato sia consapevole dell'esistenza dell'atto, del suo contenuto essenziale e della sua portata lesiva, fatta salva la proposizione di motivi aggiunti, ove emergano successivi ulteriori profili di illegittimità in corrispondenza della cognizione materiale ed integrale del provvedimento.

L'art. 21 □*bis*, nel testo novellato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, disciplinando il rapporto fra comunicazione ed efficacia del provvedimento, supera il tradizionale schema riferibile alla categoria degli atti recettizi, e per i provvedimenti "limitativi della sfera dei privati" condiziona l'efficacia alla comunicazione all'interessato⁴³. Risulta evidente lo scopo dell'innovazione introdotta con la legge n. 69, quello di estendere il principio di partecipazione e di trasparenza

⁴³ V. TAR Liguria, sez. I, n. 985 del 28 giugno 2005.

amministrativa⁴⁴, il quale risulta tradizionalmente operativo nell’ambito del procedimento amministrativo, anche con riferimento all’atto finale, il provvedimento. La scelta operata dal legislatore con l’effettuazione di tale previsione è senza dubbio giustificata da un intento garantista. Infatti la circostanza che questa categoria di provvedimenti determina il sorgere in capo ai destinatari di obblighi, o l’estinzione o riduzione di posizioni giuridiche, lo ha portato a introdurre una vera e propria forma di tutela nei loro confronti.

Affinché il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquisisca efficacia, e produca dunque un’incisione della sfera giuridica del destinatario, la Pubblica Amministrazione ha l’onere di comunicarlo a quest’ultimo, non essendo possibile “presupporre” l’attuabilità di tal tipo di provvedimenti se il privato non è stato messo in condizione di conoscerli, evidentemente al fine di metterlo in condizione di prendere coscienza delle decisioni dell’Amministrazione, e di attivarsi per chiedere eventualmente tutela davanti al giudice amministrativo⁴⁵. La disposizione dell’art. 21 \square bis imporrà alla giurisprudenza amministrativa di rivedere quell’orientamento interpretativo secondo cui la mancata comunicazione di un atto recettizio non ne impedisce l’efficacia qualora il destinatario ne sia comunque venuto a conoscenza⁴⁶.

Ma precisiamo l’esatto significato da attribuire all’espressione “atto

⁴⁴ V. l’art. 1 della l. 241/1990

⁴⁵ Cfr. Luigi Oliveti cit. V. anche Giuseppe Napolitano, Manuale di diritto amministrativo, aggiornato alla legge finanziaria 2008, Halley editrice.

⁴⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, n. 2551 del 7 maggio 2001; TAR Liguria, sez. I, n. 985 del 28 giugno 2005.

recettizio”. Negli atti recettizi tanto l'atto, quanto il fatto della partecipazione di esso, che sia attraverso una notifica, comunicazione o pubblicazione, hanno funzione costitutiva rispetto all'effetto giuridico. In questo senso, ed escludendo però gli atti normativi e regolamentari, che hanno una regola propria, sono definiti recettizi quegli atti che non sono in grado di perseguire l'interesse pubblico per opera esclusiva dell'autorità che li ha adottati ma abbisognano del concorso della volontà del destinatario.

Nell'atto recettizio la “misura” di conoscenza è parte integrante dell'atto, ma le opinioni relative alla natura di un atto recettizio non sono univoche dal punto di vista della dottrina. Volendo citare alcuni autorevoli autori possiamo menzionare anzitutto la vecchia teoria di Santi Romano, ora superata, secondo la quale la conoscenza è addirittura forma essenziale dell'atto; diversamente, secondo Sandulli si tratta di un'operazione, ossia un fatto e non un atto, ed infine ad avviso del Giannini va considerata un procedimento dichiarativo, che integra l'efficacia dell'atto.

I problemi interpretativi che sorgono sono in realtà molto complessi. Attualmente la dottrina tradizionale definisce recettizi quegli atti che la legge non consente che operino se non sono stati portati nella sfera di normale conoscibilità del destinatario. In questo senso sono definiti recettizi quegli atti che non sono in grado di perseguire l'interesse

pubblico per opera esclusiva dell'autorità che li ha adottati ma abbisognano del concorso della volontà del destinatario⁴⁷.

⁴⁷ V. L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto Amministrativo*, ed. Monduzzi, vol. II, Bologna, anno 1998.

3.4. La comunicazione ai destinatari

L'art. 21 *bis*, quanto alle modalità di comunicazione, prevede l'effettuazione della stessa «anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili previste dal codice di procedura civile». Tutta la materia e la procedura relativa è trattata dagli articoli da 137 a 151 del codice di procedura civile. In particolare, e per quanto riguarda quanto previsto dall'art. 21 della legge 241, l'articolo 143 c.p.c. prevede che qualora non siano noti la residenza, la dimora o il domicilio del destinatario, l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante il deposito dell'atto presso la casa comunale dell'ultima residenza di costui, e se questa è ignota, in quella del comune di nascita del destinatario, ed inoltre mediante l'affissione di un'ulteriore copia nell'albo dell'ufficiale giudiziario davanti al quale si procede. A norma dell'articolo 140 c.p.c., invece, qualora le persone indicate dai precedenti articoli⁴⁸, l'ufficiale giudiziario deposita la copia nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi, affiggendo avviso del deposito in busta chiusa e sigillata⁴⁹, alla porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario, e dandogliene notizia per raccomandata con avviso di ricevimento.

⁴⁸ L'atto viene, in assenza del destinatario, consegnato ad una persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda, purché non minore di quattordici anni o non palesemente incapace. Qualora manchino anche queste persone più "vicine" al destinatario, l'atto verrà consegnato al portiere dello stabile dove è l'abitazione, l'ufficio o l'azienda. Se dovesse mancare anche il portiere è possibile la consegna ad un vicino di casa che accetti di ricevere l'atto. Il portiere o il vicino debbono sottoscrivere una ricevuta.

⁴⁹ Al fine di garantire il rispetto della privacy.

Si aggiunga poi che l'art. 21 \square bis aggiunge che qualora per il numero dei destinatari la comunicazione *ad personam* non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Da tutto ciò si evince ancora una volta come il legislatore sia stato fiducioso nei confronti della Pubblica Amministrazione, attribuendole un indiscusso margine di autonomia e di “libertà di forma”.

Comunque il principio dell'acquisto dell'efficacia con la comunicazione non è privo di eccezioni, previste dallo stesso art. 21 \square bis, e riferibili più precisamente alla clausola di immediata efficacia, che motivatamente la Pubblica Amministrazione può introdurre con riferimento ai provvedimenti non aventi carattere sanzionatorio.

Sono inoltre immediatamente efficaci i provvedimenti aventi carattere cautelare ed urgente. Dunque un'ulteriore estensione dell'ambito di autonomia che all'ente è riconosciuto, ma anche espressione del sacrificio dell'interesse del privato, il quale viene privato della possibilità di agire tempestivamente avverso le determinazioni delle statuzioni autoritative dell'amministrazione. In questi casi è inevitabile affermare come si attribuisca all'amministrazione un pericoloso potere di autoattribuire efficacia immediata ai propri atti, senza che gli interessati ne sappiano nulla.

L'immediata efficacia è però da escludersi, stante il tenore della previsione menzionata, per i provvedimenti aventi carattere sanzionatorio.

Ovviamente la comunicazione incide sulla decorrenza del termine per l'impugnazione, aspetto indubbiamente da non tralasciare e di grande rilevanza per la questione che si sta esaminando. Il TAR Basilicata⁵⁰ al riguardo ha affermato che per i soggetti direttamente interessati ed espressamente contemplati negli atti deliberativi, i termini di impugnazione non decorrono dalla pubblicazione della deliberazione bensì dalla notifica o comunicazione dello stesso. In considerazione di una tale previsione il provvedimento non produrrà alcun effetto nel caso di omessa o erronea comunicazione al destinatario, ed all'amministrazione sarà conseguentemente precluso avviare un'eventuale azione esecutiva⁵¹. Non è quindi necessario attendere la conclusione dell'eventuale fase di integrazione dell'efficacia, in quanto a tal fine va preso in considerazione il carattere lesivo del provvedimento, il quale si ricollega al carattere costitutivo dei suoi effetti e non alla sua collocazione al termine del procedimento⁵².

⁵⁰ Cfr. TAR Basilicata, n. 740 del 2 agosto 2005.

⁵¹ V. Caringella, Corso di diritto amministrativo, ed. Giuffrè, Milano, anno 2001.

⁵² V. Cons. St., sez. IV, n. 6079 del 7 novembre 2002. Pertanto, si rende necessaria una valutazione caso per caso.

4. L'articolo 21^{sexies}: il recesso

L'articolo 21^{sexies} della legge 241/1990 afferma che «il recesso unilaterale dai contratti della Pubblica Amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto». In questi casi, comunque relativi ai contratti e non ai provvedimenti, si nega la possibilità per l'amministrazione di recedere a fronte della presenza di motivi di interesse pubblico, e si rinvia ai casi tipizzati dalla legge o dall'autonomia delle parti.

Per “contratti amministrativi” s'intendono i contratti stipulati tra un'amministrazione pubblica ed i privati, e soggetti ad una disciplina in parte divergente e derogatoria rispetto ai tradizionali contratti previsti dal codice civile. Si tratta di differenze logiche ed inevitabili, stante la particolarità che caratterizza tale tipologia contrattuale e consistente nel fatto che parte contraente è anche una Pubblica Amministrazione, e che ha come scopo il perseguitamento di interessi pubblici. La configurabilità o meno di contratti cd di diritto pubblico, stipulati tra amministrazioni o tra amministrazioni e privati, ha generato nel passato accesi dibattiti, in particolare quanto alla loro assimilazione a contratti di tipo privato nonostante si riferissero a beni, servizi e funzioni pubbliche. Ad accreditare l'esistenza di questa tipologia contrattuale soccorre la considerazione della possibilità per amministrazioni pubbliche e privati di stipulare accordi con riferimento ai quali la prima si spogliasse della veste di autorità e si

presentasse come un mero contraente⁵³, in posizione di parità rispetto al privato.

Possiamo ricordare ad esempio i poteri di cui all'art. 340 della l. 2248/1865 sui lavori pubblici, che attribuisce all'amministrazione il diritto di rescindere il contratto di appalto quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o grave negligenza o contravvenga alle condizioni ed obblighi stipulati.

Prof. Avv. Maurizio Asprone

dott.ssa Silvia Martini

⁵³ V. E. Capaccioli, Manuale di diritto amministrativo, Padova, 1980.