



*Riforme amministrative, procedimento e codificazione del diritto amministrativo \**

di **BERNARDO GIORGIO MATTARELLA**

Sono il primo a parlare e ne approfitto per dire qualcosa sul libro che presentiamo e sul suo oggetto, cioè sulle leggi fondamentali del diritto amministrativo e sull'immagine del diritto amministrativo che ne viene fuori. Intanto il libro, come è stato appena notato, è un libro che colma un vuoto o perlomeno è una novità nel panorama editoriale: un Codice delle leggi amministrative commentato come questo non c'era ed è sicuramente un testo molto utile. In questi giorni è stato sulla mia scrivania perché dovevo preparare questa relazione; credo che ci rimarrà perché sicuramente è un testo di consultazione continuamente utile.

I commenti ai singoli articoli dei testi legislativi compresi hanno la struttura che è già stata descritta. Aggiungerei che – cosa non da poco – ci sono anche i riferimenti normativi: in calce ad ogni articolo sono riportate alcune altre norme che hanno un qualche rapporto con l'articolo commentato. Sono commenti rapidi, sintetici, dicono l'essenziale per ogni articolo, quindi sicuramente sono utili introduzioni per chi voglia un'informazione essenziale relativa al singolo articolo. Non ultimo, come è stato ricordato, il valore aggiunto di questo manuale è il fatto che vi abbiano collaborato diversi dottorandi o dottori di ricerca LUISS. Direi anche che il volume è arrivato al momento giusto, è tempestivo, perché ognuno di questi cinque testi legislativi o è del tutto nuovo, nel senso che è un testo normativo recente (come il testo delle società pubbliche), oppure è stato più o meno modificato negli ultimi anni. Quindi il testo ha anche il pregio dell'aggiornamento.

Vorrei poi dire qualcosa, in termini generali, sull'immagine del diritto amministrativo che emerge da questo Codice. Innanzitutto, gli autori e il curatore hanno scelto cinque testi legislativi e li hanno scelti bene: se io avessi dovuto scegliere cinque testi legislativi fondamentali del diritto amministrativo,

avrei scelto gli stessi cinque. Devo dire che personalmente sono anche un po' soddisfatto che uno di questi cinque è un testo legislativo di cui sono, diciamo, uno dei padri, cioè il testo unico sulle società pubbliche, che è uno dei numerosi decreti legislativi adottati sulla base della delega della legge Madia: direi anche, sperando che il Professor Mosco non ne parli troppo male, uno di quelli venuti meglio. Un altro di quelli venuti meglio è pure in questo Codice, perché è il decreto legislativo sulla conferenza di servizi, che ha sostituito alcuni articoli della legge n. 241 del 90. Giustamente, invece, in questo Codice non c'è la cosiddetta legge Madia, la legge n. 124 del 2005, e anche questa è una ragione di soddisfazione per me che ho un po' lavorato all'elaborazione di quella legge, perché quella era una legge che voleva essere un contenitore di norme che poi sono andate a collocarsi altrove: in effetti, tutte le previsioni della legge Madia o sono deleghe legislative, che sono state poi esercitate, o sono norme che hanno modificato norme della legge 241, del testo unico del pubblico impiego eccetera. Questo lo dico con soddisfazione perché quella è una legge che non ha alimentato l'inflazione normativa, ma ha fatto ordine nell'ordinamento normativo.

Vorrei farvi notare, in secondo luogo, che tutte e cinque queste leggi sono leggi relativamente recenti: la più vecchia è la legge 241, che ha meno di trent'anni. Quindi tutte le cinque più importanti leggi del nostro diritto amministrativo sono state elaborate nell'ultimo trentennio e non è che prima ce ne fossero altre: solo nel caso del pubblico impiego prima di questo testo unico ce n'era un altro (anzi in realtà c'è ancora, per cui il testo unico non è tanto unico perché ce ne sono due vigenti: stranezze del nostro ordinamento normativo); le altre quattro leggi prima non c'erano, nel senso che non c'era una disciplina generale del procedimento amministrativo, non c'era una disciplina generale delle società pubbliche, la disciplina del processo amministrativo risultava da diverse leggi con molti vuoti e altrettanto avveniva per quella sui contratti pubblici. Quindi il nostro diritto amministrativo come oggi lo conosciamo si è in buona parte formato, dal punto di vista dell'assetto normativo, negli ultimi decenni.

È stato già evocato il tema della codificazione, della sistemazione del diritto amministrativo, con riferimento al quale vorrei ricordare che fino a una trentina di anni fa, prima della legge 241, si dubitava della opportunità o della stessa possibilità di elaborare discipline generali in materia di diritto amministrativo. Molti ritenevano che il diritto amministrativo fosse una cosa troppo sfuggente, troppo volatile, che si modifica troppo rapidamente per poterlo cristallizzare in una disciplina generale. Poi invece è arrivata la legge 241 e ci siamo trovati molto bene.

Naturalmente queste cinque leggi – che anche io considero i cinque testi normativi più importanti – non esauriscono il diritto amministrativo e non esauriscono neanche il diritto amministrativo generale. Il diritto amministrativo, rispetto ad altri settori dell'ordinamento, come sapete, ha questa duplice disgrazia, quella di non essere un diritto codificato e quella di avere non solo una parte generale ma anche una parte speciale estremamente vasta, che sfugge a qualsiasi tentativo di codificazione. Anche nell'ambito delle norme generali sul diritto amministrativo, questi cinque testi sono i più importanti, ma ce ne sono anche altri. Per esempio, ci sono anche le norme sull'organizzazione: in realtà, le norme fondamentali in materia di organizzazione amministrativa sono contenute nel Codice, perché stanno nel testo unico del pubblico impiego, però ci sono anche altre norme, per esempio, il decreto legislativo n. 300 del 1999 sui ministeri e il testo unico sugli enti locali; però, come vedete, queste sono norme un po' meno generali, perché riguardano soltanto pezzi dell'amministrazione.

Se io avessi dovuto inserire una sesta legge, forse avrei inserito il codice dell'amministrazione digitale, perché è quello che sta un po' modificando il modo di essere, di funzionare della nostra amministrazione, però poi ci sono tante altre norme generali di diritto amministrativo sparse nella legislazione. Pensate a quanto è importante il decreto legislativo del 2010 di recepimento della direttiva servizi, che ha dato una nuova disciplina, nuovi principi in materia di autorizzazioni amministrative, o alla disciplina delle sanzioni amministrative del 1981, o a tante norme sparse che regolano l'attività delle pubbliche

amministrazioni e spesso appesantiscono l'attività delle pubbliche amministrazioni. Come vedete, nel Codice sono contenute probabilmente le discipline più generali del diritto amministrativo, ce ne sono altre un po' meno generali e d'altra parte anche all'interno di questi cinque testi ci sono norme un po' meno generali: per esempio nell'ambito della legge 241 ci sono norme sulle autorizzazioni, norme sulle sovvenzioni e così via.

Da tutto questo io trarrei una prima conclusione, quella per cui questa distinzione che noi facciamo sempre, fra diritto amministrativo generale e diritto amministrativo speciale, è una distinzione che facciamo per comodità di classificazione, ma in realtà è una distinzione che in pratica trova molte aree grigie, molte norme il cui grado di generalità è variabile.

Questi cinque testi legislativi dicono anche qualcos'altro sulle caratteristiche del diritto amministrativo. Tre di questi testi normativi, quello sul pubblico impiego – quello sulle società pubbliche e quello sui contratti pubblici – sono testi che potrebbero essere ricondotti a quello che un tempo si chiamava diritto privato speciale, cioè il diritto privato particolare delle pubbliche amministrazioni. Il diritto amministrativo ha quest'altra caratteristica, è nato per differenziazione: è una disciplina speciale rispetto al diritto comune, che rimane applicabile in via residuale. Queste leggi derogano alla disciplina privatistica, o meglio la integrano, per lo più regolando aspetti che il diritto privato non regola. Un esempio di ciò è la scelta di un soggetto di acquisire una partecipazione azionaria nel caso del testo unico delle società pubbliche: è una scelta che il diritto privato non regola; nel diritto pubblico, invece, la formazione di questa scelta deve essere regolata. Similmente avviene per la decisione di assumere un dipendente: il relativo processo decisionale, per il datore di lavoro privato, è giuridicamente irrilevante; nel diritto pubblico è rilevante e, quindi, il testo unico del pubblico impiego regola questa scelta, così come regola la rappresentatività delle associazioni sindacali con una disciplina che nel settore privato è forse superflua.

Gli altri due testi sono un po' più lontani da questo schema anche se pure per il codice del processo amministrativo si potrebbe dire lo stesso, perché

anche per esso vale la regola per cui per quanto non disciplinato dal codice si applica il codice di procedura civile e, quindi, per così dire, la disciplina comune.

La legge sul procedimento invece è diversa. La legge sul procedimento amministrativo è una legge squisitamente pubblicistica proprio perché regola vicende che nel diritto privato non sono regolate perché sono giuridicamente irrilevanti, cioè le modalità di formazione della decisione di un soggetto, che nel caso del procedimento amministrativo è la pubblica amministrazione. In realtà, tutti questi testi normativi contengono discipline procedurali: non solo la legge sul procedimento e quella sul processo amministrativo, ma anche le altre: pensate al codice dei contratti pubblici, che è essenzialmente la descrizione di una procedura, della procedura di scelta del contraente; sono pieni di procedure anche il testo unico delle società pubbliche e il testo unico del pubblico impiego (le procedure concorsuali, le procedure di contrattazione collettiva e così via).

Dunque, questo Codice dà un'immagine abbastanza procedurale del diritto amministrativo e questo non è un caso, perché le norme generali di diritto amministrativo spesso sono norme procedurali, che regolano la formazione delle decisioni della pubblica amministrazione. Naturalmente il diritto amministrativo non è solo procedura: le procedure sono forme, ma c'è anche una sostanza, però la sostanza del diritto amministrativo sta tutta nelle norme speciali, nelle norme settoriali. Se volessimo avere un codice amministrativo che comprenda anche la disciplina sostanziale, dovremmo cominciare con tutte le norme della prima parte della Costituzione: i miei studenti sanno che io dedico una buona prima parte del mio corso all'esame delle funzioni amministrative, quindi anche a esaminare molti articoli della prima parte della Costituzione; ma un simile codice dovrebbe contenere anche le migliaia di leggi e regolamenti relativi alle singole funzioni amministrative.

Vengo al procedimento amministrativo, che è il tema che mi è stato assegnato. La legge sul procedimento, come è stato già osservato, è la legge più importante nell'ambito del nostro diritto amministrativo, una legge talmente importante che non è più soltanto la legge sul procedimento amministrativo, ma

è in generale la legge sui rapporti fra amministrazioni e cittadini: questo è il nome che è stato dato tre anni fa alla corrispondente legge francese.

Stiamo parlando della stagione di riforme: quali sono le modifiche recenti, che sono descritte nei commenti ai corrispondenti articoli della legge 241 in questo Codice? La più importante l'ho già menzionata: è quella della conferenza di servizi. La conferenza di servizi, che originariamente occupava un articolo della legge 241, poi era diventata un po' una legge nella legge, con i vari articoli 14-*bis* eccetera, che costituivano una disciplina sempre più complessa, che da strumento di semplificazione spesso si era trasformata in uno strumento di rallentamento. E, soprattutto, quella della conferenza di servizi, cioè quella di sostituire una serie di adempimenti o di fasi procedurali con un'unica fase procedurale consistente in una o più riunioni, era una buona idea nel 1990, ma era diventata un'idea vecchia nel 2015. Per questo è stata modificata la disciplina della conferenza di servizi: l'idea di fare riunioni su riunioni, anche a distanza, quando oggi la tecnologia consente di scambiarsi documenti e osservazioni e di avere un *forum* di discussione in tempo reale, era diventata appunto un'idea superata. Oggi la disciplina della conferenza di servizi prevede che la conferenza si svolga normalmente in modalità asincrona, cioè senza riunioni, senza bisogno di essere presenti o connessi tutti nello stesso momento.

Altra innovazione che ha profondamente modificato le modalità di funzionamento della conferenza di servizi è l'introduzione del rappresentante unico: lo Stato in ogni conferenza deve avere un unico rappresentante, lo stesso ogni regione, ogni comune eccetera. Questo richiede naturalmente una certa capacità di organizzarsi delle varie amministrazioni: il rappresentante unico deve andare alla conferenza avendo una posizione chiara, quindi è necessario un lavoro istruttorio a monte. Qui si vede quanto è importante l'efficiente attuazione delle norme: ci sono una serie di amministrazioni che sono efficienti nell'individuazione del rappresentante unico e nella definizione della posizione dell'amministrazione, in cui questa riforma sta funzionando molto bene; altre che non riescono neanche a designare il rappresentante

unico, per le quali questa innovazione rischia di tradursi un ulteriore fattore di rallentamento.

Un'altra innovazione importante inerente alla legge 241 è quella che ha a che fare con i titoli abilitativi per l'avvio di attività private, diciamo tutto quello che ruota intorno agli articoli 19 e 20 della legge, la SCIA e il silenzio assenso. Le modifiche di questa disciplina, operate con due decreti legislativi, consistono essenzialmente nella individuazione, da parte di questi decreti legislativi, del regime giuridico applicabile a ogni singolo tipo di attività.

In precedenza, questi due articoli erano stati oggetto di ripetute riscritture: il legislatore si era più volte accanito su di essi, cercando sempre di ampliarne l'ambito di applicazione e ottenendo soltanto il risultato di renderlo incerto. Nel 2016, invece, con questi due decreti legislativi si è introdotta almeno un po' di certezza, cioè è stato fatto un lungo elenco di attività e con riferimento a ciascun tipo di attività è stato stabilito dal legislatore – che quindi ha sollevato l'interprete da questo onere – se l'attività è soggetta a silenzio assenso, SCIA, comunicazione o se è un'attività libera. Nel fare questi elenchi si è anche un po' liberalizzato, cioè si è abbassato il livello di controllo, per esempio passando dall'autorizzazione alla SCIA o dalla SCIA all'attività libera, e sono state aggiunte ulteriori previsioni che servono soprattutto a evitare che le amministrazioni complichino il procedimento, come spesso tendono a fare, imponendo adempimenti o chiedendo documenti che non sono previsti dalla disciplina settoriale applicabile al singolo tipo di attività. È un tentativo di applicare il principio di non aggravamento della procedura, che peraltro sta nell'articolo 1 della legge 241 fin dal 1990.

Una terza innovazione importante è quella del silenzio assenso tra amministrazioni, l'articolo 17-*bis*, che è nato per risolvere un problema che oggi rischia di tornare di attualità, in quanto inerisce ai rapporti fra i ministeri: quello dei ministeri che non dando i loro concerti agli atti di iniziativa di altri ministeri, bloccando le relative procedure. Il ministero che blocca il procedimento perché non dà il concerto normalmente è il Ministero dell'Economia, non perché sia cattivo, ma perché ha troppi concerti da dare. Si è dunque introdotto questo

meccanismo del silenzio assenso, ma la norma è stata formulata in termini molto più generali e quindi riguarda anche, per esempio, i rapporti fra comuni e uffici periferici dello Stato, come le soprintendenze. Sono queste le principali modifiche, tutte esposte e commentate nei vari commenti alla legge 241.

Detto di queste modifiche, anche qui si può proporre qualche riflessione ulteriore sia sul procedimento amministrativo, sia sulla sua disciplina. Un problema che dobbiamo porci è se la legge 241, che è sicuramente una legge importante come abbiamo detto, è una legge adeguata: dopo questi ventotto anni, è ancora una legge che funziona bene, adeguata a disciplinare il procedimento amministrativo? Teniamo conto che questa legge è stata molto spesso modificata, quasi tutti gli articoli della legge sono stati modificati almeno una volta, alcuni molte volte, quindi spesso si è ipotizzata una riscrittura complessiva della legge 241. È un'idea da prendere con molta attenzione perché la legge 241 è una di quelle leggi fondamentali che richiedono stabilità, va maneggiata con cura.

A me sembra che oggi il bilancio della legge 241, dopo questi trent'anni, lo dobbiamo fare e il problema di una sua revisione ce lo dobbiamo porre per due ragioni.

La prima ragione è che in questi ventotto anni è emerso sempre con maggiore evidenza il difetto fondamentale della legge 241: quello di guardare soltanto al privato interessato nel suo rapporto con un procedimento amministrativo, nel suo particolare rapporto con l'amministrazione, e di non guardare al cittadino in quanto tale, comunque interessato all'attività della pubblica amministrazione. Due esempi ovvi di ciò. Primo, la trasparenza amministrativa: per la legge 241 è il diritto del singolo interessato che ha un interesse diretto, concreto, attuale a un certo documento, però nel tempo anche nel nostro ordinamento si è imposto anche un altro tipo di trasparenza, quella del decreto legislativo n. 33 del 2013, altra disciplina generale piuttosto importante, che esprime un altro modello di trasparenza amministrativa. Secondo, la partecipazione al procedimento amministrativo: il principale difetto della legge 241 forse è proprio di escludere le norme sulla partecipazione per i



procedimenti generali, come quelli volti all'adozione di atti normativi o di atti amministrativi generali; anche qui, nell'ordinamento si sta affermando l'esigenza di partecipazione anche per i provvedimenti relativi alle opere pubbliche, ai regolamenti, alle decisioni generali, tant'è vero che il codice dei contratti pubblici prevede un regolamento sul dibattito pubblico, che è un po' un embrione di quello che in altri paesi è disciplinato proprio nelle leggi sul procedimento amministrativo.

La seconda ragione che potrebbe giustificare una eventuale revisione della legge, che ovviamente andrebbe fatta con molta attenzione e con adeguate istruttorie, è che ci sono almeno un paio di novità importanti che sono emerse in questi decenni. In primo luogo, si è affermato un nucleo di principi universali del procedimento amministrativo, enunciati per esempio dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali, ma ricorrenti nella giurisprudenza delle corti supreme di diversi ordinamenti occidentali sono i principi fondamentali del procedimento amministrativo: la trasparenza, il diritto di partecipazione, il principio di motivazione, il diritto di difesa. Sono principi che noi abbiamo nella legge 241, ma che forse meriterebbero di essere enunciati in modo un po' più solenne. In secondo luogo, come dicevo prima, l'amministrazione digitale: tenere distinta la legge 241 dal codice dell'amministrazione digitale significa disciplinare con due prospettive diverse un oggetto che spesso è lo stesso. Dobbiamo porci il problema dell'integrazione fra queste due discipline.

Questi sono solo spunti, non dico certo che bisogna riscrivere la legge 241 domani. Io sono molto affezionato a questa legge, ogni modifica va pensata con molta attenzione, però anche noi ogni tanto dobbiamo porci obiettivi ambiziosi come appunto quello che in Francia si sono posti, adottando tre anni fa il codice delle relazioni fra amministrazioni e cittadini.

Dobbiamo chiederci non solo se la legge sia adeguata ma anche se l'ordinamento sia adeguato a questa legge e ai suoi principi. Intendo dire che, dopo ventotto anni, molti dei principi della legge 241 sono ancora largamente inattuati. Per esempio, moltissimi comuni non hanno mai adottato i regolamenti di attuazione relativi al termine e al responsabile del procedimento. Questo è un

problema generale della legislazione amministrativa o delle riforme amministrative: una serie di principi fondamentali della legge non li prendiamo troppo sul serio. Quali sono i principi che non prendiamo abbastanza sul serio? Ecco, tanto per vivacizzare un po' dibattito concludo con qualche critica nei confronti dei giudici amministrativi. Il principio di trasparenza, per esempio: noi abbiamo sempre avuto nella legge 241 il principio del diritto d'accesso degli interessati, però abbiamo sempre avuto norme che, in termini altrettanto generali, affermavano che è diritto di tutti cittadini leggere determinati documenti in possesso delle amministrazioni. Nel testo unico sugli enti locali abbiamo norme che risalgono a loro volta al 1990, che prevedono l'accesso di tutti i cittadini, ma la giurisprudenza le ha sempre interpretate in modo molto restrittivo. Oggi norme simili le troviamo in modo più solenne per tutte le amministrazioni nel decreto legislativo n. 33 del 2013, però mi sembra che la giurisprudenza amministrativa continui ad applicare queste norme con una certa prudenza, ponendosi un problema di legittimazione: probabilmente anche saggiamente, però facendo una scelta diversa da quella che mi sembra codificata nel decreto legislativo 33.

Altri principi, che un po' tutti – e soprattutto la giurisprudenza – non abbiamo preso molto sul serio sono, per esempio il principio della certezza del termine del procedimento e quello di non aggravamento delle procedure. Ecco, nel commento all'articolo 2 della legge 241 troviamo riportata correttamente la tesi giurisprudenziale per cui il termine del procedimento è un termine acceleratorio. Ma che cosa vuol dire acceleratorio? Un termine o è perentorio o non è perentorio, e un termine per l'esercizio di un potere dovrebbe sempre essere perentorio, a pena di decadenza: secondo me, se il termine del procedimento va a vantaggio del privato, dovrebbe essere perentorio. Similmente, il principio di non aggravamento del procedimento: che cosa succede se un'amministrazione complica il procedimento, aggiungendovi indebitamente una frase procedurale? Non succede niente. Ecco, quando leggerò una sentenza che dichiara che un certo provvedimento è inesistente perché, essendo decorso il termine, il potere si è esaurito; quando leggerò una

sentenza che condanna l'amministrazione al risarcimento del danno per violazione del principio di non aggravamento del procedimento, allora forse potrò dire che questi principi li abbiamo presi sul serio.

\* Il testo riproduce in forma scritta l'intervento svolto al convegno "Le mobili frontiere del diritto amministrativo e la recente stagione di riforme", che si è tenuto a Roma presso la Luiss Guido Carli il 25 settembre 2018.