



UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE

Dipartimento di Giurisprudenza
e Scienze Politiche Economiche e Sociali

**DOTTORATO DI RICERCA IN
AUTONOMIE LOCALI,
SERVIZI PUBBLICI E DIRITTI DI CITTADINANZA**

Ciclo XXVI

Coordinatore scientifico: prof. Renato Balduzzi

***Rapporti fra legge statale e legge regionale
in materia di procedimento amministrativo***

Dottorando
Dott.ssa Monica Bartimmo

Tutore
Prof. Roberta Lombardi

Anni 2010 - 2013

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DI UNA DISCIPLINA GENERALE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

1. La nozione di procedimento amministrativo e la sua evoluzione nella dottrina prima della emanazione della legge n. 241 del 1990. 5
2. Il principio del giusto procedimento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Giudice Amministrativo sino agli anni novanta. 19
3. Il recepimento legislativo del procedimento come modulo generale dell'azione amministrativa: dai progetti di legge generale alla disciplina per principi nel progetto "Nigro". 25
4. La controversa natura delle relazioni procedurali fra amministrazione e cittadino introdotte dalla legge 241 del 1990. 29
5. Evoluzione del rapporto autorità cittadino nelle successive modifiche apportate alla legge 241 del 1990. 36

CAPITOLO II

IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELL' APPLICABILITA' DELLA LEGGE N. 241 del 1990 ALLE REGIONI PRIMA E DOPO LA RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE.

1. Le disposizioni della legge n. 241 del 1990 quali principi generali dell'ordinamento giuridico : presupposti di tale inquadramento e problematiche connesse. 39

2. I nuovi rapporti tra legge statale e legge regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione. I principi generali dell'ordinamento dello Stato perdono il loro carattere vincolante per i legislatori regionali; conseguenze sul fondamento costituzionale dell'applicabilità della legge sul procedimento agli ordinamenti regionali. 52

CAPITOLO III

IL NUOVO FONDAMENTO DELL'OBBLIGO DI RISPETTO DELLA LEGGE STATALE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DOPO LA L. COST 3/2001 DI RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

1. L'inquadramento della disciplina statale sul procedimento amministrativo nel regime delle competenze legislative previsto dal riformato art. 117 Cost.: aspetti problematici. 59
2. La cd. "costituzionalizzazione" dei principi generali della legge n. 241 del 1990. 65
- 2.1 Il richiamo alla Carta di Nizza. 68
3. La perdurante necessità di una legge generale sul procedimento amministrativo. 72
4. La prima riscrittura dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990 ad opera dell'art. 19 della legge 11 febbraio 2005 n. 15. 78
- ¹¹ 4.1 I rilievi della dottrina sulla nuova formulazione dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990. 83
- ¹² 4.2. L'inquadramento della legge sul procedimento nella materia della giustizia amministrativa. 84
- 4.3 La lettura che assegna alla legge n. 241 del 1990 natura di norma costituzionale interposta. 87

4.4	La teoria che ascrive il procedimento amministrativo tra i livelli essenziali delle prestazioni.	92
5.	Le ulteriori modifiche apportate dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69.	97
6.	L'inquadramento nei l.e.p. degli istituti afferenti l'azione amministrativa nella più recente normativa.	100
7.	La posizione della Corte costituzionale sulla inclusione degli istituti di trasparenza e semplificazione amministrativa nei l.e.p.	104

CAPITOLO IV

LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E GARANZIE PROCEDIMENTALI DEL CITTADINO NEI CONFRONTI DELLA P.A.

1.	L'esigenza di una uniforme applicazione del modello di azione amministrativa dal varo della L. 241 del 1990 ai nostri giorni. Considerazioni di sintesi.	110
2.	L.E.P. e principio di uguaglianza: la sfida del legislatore statale per uno statuto dei diritti fondamentali. Il contenuto della "prestazione" di cui all' art. 117 comma 2 lett. m) Cost. secondo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale.	113
2.1	Osservazioni critiche.	120
3.	Livelli essenziali delle prestazioni e posizioni soggettive procedurali.	124

Bibliografia

INTRODUZIONE

L'applicabilità della legge n. 241 del 1990 anche ai procedimenti amministrativi rientranti nelle materie di competenza dei legislatori regionali ha rappresentato un elemento problematico fin dalla sua approvazione.

Infatti, la pretesa della legge di dettare principi sull'azione amministrativa atti a delineare uno statuto dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione, le attribuisce una vocazione necessariamente generale in quanto investe diritti fondamentali di cittadinanza che tutte le articolazioni organizzative della p.a. sono tenute a rispettare.

Nondimeno, rinvenire il fondamento costituzionale di tale pretesa è operazione di notevole complessità. E ciò per diverse ragioni.

Prima di tutto l'assenza nella nostra Carta Costituzionale di ogni riferimento al procedimento amministrativo sia come sistema di garanzie del cittadino nei confronti del potere amministrativo sia come materia nell'ambito del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni.

Sotto questo profilo la Costituzione sembra risentire di una impostazione ancora fortemente legata ai postulati dello Stato liberale che vedevano nel rispetto della legge il fondamentale presidio del cittadino di fronte all'esplicarsi del potere amministrativo e nella giustizia, ordinaria ed amministrativa, la garanzia della tutela delle sue posizioni soggettive lese dalla violazione del principio di legalità.

Nel quadro di tali concezioni restava nell'ombra, oscurato dal mito dell'amministrazione come mera esecutrice della legge, il momento del farsi del potere amministrativo connotato dal fenomeno della discrezionalità amministrativa, modernamente intesa come comparazione fra diversi interessi, e della forma della sua estrinsecazione che è, appunto, il procedimento.

La piena consapevolezza della rilevanza di tali manifestazioni della attività amministrativa si manifesterà nella dottrina degli anni '50 e '60 ed entrerà solo molto più tardi nell'ambito delle concezioni della giurisprudenza.

Non deve, quindi, stupire il fatto che una volta recepita dal legislatore la necessità di dettare una disciplina generale del procedimento amministrativo sia subito apparso problematico il suo inquadramento costituzionale anche ai fini della ascrizione ad una specifica materia di competenza legislativa statale o regionale.

L'assenza di un riferimento al procedimento amministrativo nella Carta costituzionale ha alimentato fin dal principio le teorie autonomistiche secondo le quali, non potendo ascriversi le garanzie procedurali ad un nucleo di diritti fondamentali reclamanti uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale, la relativa disciplina rientrerebbe in quella delle funzioni amministrative facenti capo di volta in volta agli ambiti di competenza legislativa dello Stato o delle regioni.

Tale impostazione è, tuttavia, risultata recessiva nel panorama dottrinale e giurisprudenziale nel quale ha prevalso l'idea che la previsione di norme generali sull'azione amministrativa, vincolanti per tutte le pubbliche amministrazioni, spetti alla competenza legislativa dello Stato.

Si tratta di una tesi che nel quadro costituzionale antecedente alla riforma del titolo quinto si è poggiata alla allora imperante visione gerarchica dei rapporti fra legislazione statale e regionale secondo la quale i principi di sistema che garantivano l'unità dell'ordinamento giuridico nazionale potevano essere enucleati esclusivamente dalla legislazione dello Stato.

Successivamente alla entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, la conquistata parità (almeno sul piano teorico) fra fonti legislative statali e regionali ha indotto il legislatore, sulla scorta delle tesi avanzate dalla dottrina, a ravvisare il fondamento della competenza statale a dettare norme generali sul procedimento amministrativo in una delle specifiche materie di potestà legislativa esclusiva previste dal comma 1° del nuovo testo dell'art. 117

della Costituzione e, in particolar modo, nella facoltà di fissare i livelli essenziali delle prestazioni.

L'autoqualificazione operata dal legislatore statale non risolve, tuttavia, tutti i problemi. Si tratta, infatti, di un'operazione che, come è noto, non vincola l'interprete e, tantomeno, il giudice costituzionale che rimane libero di effettuare un'autonoma verifica sull'inquadramento di una determinata disciplina legislativa nell'uno o nell'altro degli ambiti materiali previsti dalla Costituzione ai fini del riparto delle competenze legislative.

Di qui la ragione del presente studio nel quale l'ascrivibilità ai LEP delle garanzie procedurali previste dalla legge 241 del 1990 verrà approfondita muovendo da due filoni di ricerca. Il primo teso a verificare se a tali garanzie, nel quadro attuale della giurisprudenza costituzionale ed alla luce della influenza del diritto europeo su quello interno, possa oggi riconoscersi il rango di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Ed il secondo volto, invece, a vagliare la natura della competenza legislativa in materia di livelli essenziali delle prestazioni nei suoi collegamenti con i diritti fondamentali e con il principio di uguaglianza.

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DI UNA DISCIPLINA GENERALE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. La nozione di procedimento amministrativo e la sua evoluzione nella dottrina prima della emanazione della legge n. 241 del 1990. – 2. Il principio del giusto procedimento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Giudice Amministrativo sino agli anni novanta – 3. Il recepimento legislativo del procedimento come modulo generale dell'azione amministrativa dai progetti di legge generale alla disciplina per principi nel progetto "Nigro". - 4. La controversa natura delle relazioni procedurali fra amministrazione e cittadino introdotte dalla legge 241 del 1990. - 5. Evoluzione del rapporto autorità cittadino nelle successive modifiche apportate alla legge 241 del 1990.

1. La nozione di procedimento amministrativo e la sua evoluzione nella dottrina prima della emanazione della legge n. 241 del 1990.

La legge n. 241 del 1990, recante norme generali in materia di procedimento amministrativo, ha colmato una lacuna del diritto amministrativo italiano.

Mentre nella maggior parte degli ordinamenti giuridici più sviluppati vigeva da tempo una codificazione dell'azione amministrativa¹ in Italia

¹ Meritevole di essere segnalata è la legge spagnola del 1889 che costituì la prima legge generale sulla procedura amministrativa in Europa con cui furono dettati principi unitari per limitare l'uso eterogeneo e piuttosto ampio del potere regolamentare dei Ministeri; la sua importanza è soprattutto ricondotta alla codificazione del principio di "audiencia del interesado". La prima sistemazione delle norme sul procedimento amministrativo si ebbe, invece, in Austria con l'emanazione di ben cinque leggi nel 1925 (una legge sui principi del procedimento, una legge generale sul procedimento, una in

l'esigenza di una disciplina legislativa generale che ne individuasse i *criteri conformanti* ha tardato ad affermarsi.

Per lungo tempo si è ritenuto che la codificazione di regole generali sulla procedura amministrativa potesse risultare di intralcio all'azione della p.a. rendendola più lenta ed inefficiente e favorire l'insorgere di iniziative giurisdizionali meramente strumentali.

Nel contempo ha predominato, nella cultura giuridica del nostro Paese, una concezione autoritaria della pubblica amministrazione che ha portato a sottovalutare l'importanza della partecipazione dei cittadini all'iter formativo del provvedimento². Le modalità da seguire per giungere alla adozione del provvedimento venivano considerate come un affare proprio dell'amministrazione e si riteneva che le norme che le disciplinano non potessero essere fonte di rapporti giuridici in quanto dettate nell'esclusivo

materia sanzionatoria, una legge in tema di esecuzione degli atti amministrativi e, infine, una sulla semplificazione amministrativa) a cui gli altri Paesi europei guardarono come modello; seguì la Germania nel 1976 con una legge a contenuto generale e disciplinante non solo il procedimento, ma anche l'atto amministrativo; infine negli Stati Uniti fu l'esigenza di ricondurre sotto il controllo statale i molteplici enti federali che godevano di eccessiva autonomia a favorire nel 1946 l'emanazione di una legge sul procedimento amministrativo "Administrative Procedure Act". Per un esame comparativo si segnalano: R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 604 e ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, 544 e ss.; R. SCARCIGLIA, *La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa.. Saggi ordinati in sistema* a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 21 ss.

² Solo in alcune leggi l'iter amministrativo era compiutamente delineato ed erano previste fasi partecipative del cittadino. Si ricorda la legge del 25 giugno 1865 n. 2359 in materia di espropriazioni per pubblica utilità in cui al cittadino era consentito prendere visione e fare osservazioni alla relazione e al piano di massima che accompagnava la richiesta di dichiarazione di pubblica utilità. La legge urbanistica del 17 agosto 1942 n. 1150 che consentiva la presa visione a chiunque del piano regolatore generale o particolareggiato e la possibilità di fare osservazioni ad alcune categorie qualificate (associazioni sindacali, altri enti pubblici ed istituzioni). Il testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, che al titolo VII dedicato alla procedura per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari, sanciva la previa contestazione per iscritto dell'addebito, la concessione di un termine all'impiegato per eventuali giustificazioni nonché la motivazione della sanzione e la successiva comunicazione per iscritto.

interesse degli apparati pubblici che dovevano osservarle³. Questi nel corso dell'iter burocratico avrebbero, quindi, agito nell'ambito della una propria "interna" sfera giuridica entrando in contatto con i privati solo nel momento della adozione del provvedimento amministrativo incidente sui loro diritti o interessi.

Il sopra descritto stato di cose era coerente con la visione che all'epoca si aveva dell'amministrazione come soggetto privo di una propria volontà in quanto mero esecutore della legge⁴: essendo il contenuto del provvedimento riconducibile alla volontà legislativa la partecipazione dei privati alla sua formazione nulla avrebbe potuto aggiungere o togliere a quanto già dalla stessa stabilito; sicché qualora l'amministrazione avesse rettammente osservato il dettato normativo, questi niente avrebbero potuto recriminare, mentre nel caso in cui la legge non fosse stata osservata i rimedi apprestati contro gli atti illegali o illegittimi sarebbero stati gli unici mezzi idonei a ripristinare la sua autorità.

In tale contesto era scontato che l'interesse degli studiosi si concentrasse sul provvedimento che costituiva lo snodo fondamentale del rapporto fra legge ed amministrazione e nello stesso tempo fra questa e le sfere di libertà dei privati che la legge stessa in modo diretto o indiretto proteggeva.

Si è così guardato per molti anni al fenomeno del procedimento solamente come momento preparatorio dell'atto finale: il problema era quello di comprendere quali rapporti si instaurassero fra il provvedimento da cui scaturiva l'effetto giuridico e la serie eterogenea di atti e operazioni che, secondo sequenze predeterminate, lo precedevano. Lo studio del

³ Scriveva F. CAMMEO nel suo *Corso di Diritto Amministrativo* che le norme sulle formalità degli atti amministrativi sono da reputarsi come poste a vantaggio dell'amministrazione e non danno luogo a diritti (Padova, 1914, vol. II, p. 251).

⁴ Affermava S. SPAVENTA che "il potere esecutivo non ha una sua volontà sostanziale. La sua volontà sostanziale è la legge" (*La giustizia nell'amministrazione*, discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880 pubblicato in opuscolo estratto dalla Gazzetta provinciale di Bergamo, n. 107)

procedimento si riallacciava, quindi, da un lato alla teoria della invalidità del provvedimento (dovendo stabilirsi in che modo le patologie del procedimento si riversassero sull'atto finale) e dall'altro al problema processuale della individuazione degli atti impugnabili (poiché non a tutti gli atti della sequenza veniva riconosciuta una autonoma efficacia lesiva).

La concorrenza di più atti nella produzione di un unico effetto giuridico fu in un primo momento inquadrata nella categoria dell'atto complesso⁵.

Ma ben presto la dottrina prese coscienza del fatto che il fenomeno del procedimento amministrativo, caratterizzato dalla concatenazione

⁵ U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso* in *Studi senesi*, 1903; D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione* in *Arch. Giur.*, 1903. Il primo riconosce una maggiore ampiezza alla nozione di atto complesso comprendendo in essa i casi in cui più dichiarazioni tendano concordemente ad un fine ultimo (atti su proposta, accordi); il secondo, invece, riconosce l'atto complesso solo in presenza di dichiarazioni aventi identico contenuto e miranti ad un medesimo effetto, per la realizzazione di un interesse unico e solo, così da escludere che le proposte, i pareri, le autorizzazioni, i visti potessero, insieme all'atto cui si riferiscono, rientrare in un solo atto complesso. In tal modo, secondo T. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro italiano*, 1933, III, p. 375 si dovrebbe parlare di atto complesso nei soli casi in cui le varie volontà cooperanti presentino il carattere della omogeneità. In tal senso anche SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3° ed. Padova, 1937, p. 231 e G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 2° ed. 1940, I, p. 293. L'accoglimento della tesi più restrittiva di atto complesso finì per lasciare fuori figure inizialmente comprese quali l'autorizzazione e l'approvazione che, ancorché non omogenee, risultavano composte da una serie di atti giuridicamente concatenati e preordinati ad un fine. Fu allora che la dottrina, nell'intento di dare una sistemazione a tali atti, iniziò a parlare di procedimento amministrativo. Nell'ambito dei procedimenti amministrativi, taluni poi distinguevano tra procedimento in senso ampio e procedimento in senso stretto o atti-procedimento. Questi ultimi sarebbero caratterizzati dal formarsi all'interno di un unico ente con la collaborazione di diversi organi di questo i cui atti, non avendo valenza esterna, non avrebbero vita giuridica autonoma. In tal senso si veda U. FORTI, *"Atto" e "procedimento" amministrativo*, negli *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, Padova, I, 1931, p. 456 e ss. e in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, p. 349 seguito da BODDA, *I regolamenti degli enti autarchici*, Torino, 1932 nota 12 a p. 306; *La conversione degli atti amministrativi*, Milano, 1935, p. 127 e ss., A. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 59, 73. Altri, estendendo la tesi di Forti hanno contestato l'autonomia dei singoli elementi, che nel procedimento si susseguono, anche qualora al procedimento cooperino più enti (C. VITTA, *Diritto amministrativo* Torino, I 1962 – II 1954 p. 367)

giuridicamente rilevante di atti o fatti legati da un ordine logico prestabilito⁶, non fosse riconducibile alla predetta nozione mancando il tratto della omogeneità delle dichiarazioni di volontà dirette alla produzione dell'atto finale.

Si osservò, così, che le sequenze procedimentali sono formate da atti che, pur essendo fra loro collegati da un fine unitario, hanno diversa natura (potendo consistere in comunicazioni, pareri, giudizi, ordini, permessi etc.) e, soprattutto, diversa rilevanza sull'effetto giuridico finale, assumendo, rispetto ad esso, talvolta un ruolo accessorio e talaltra un effetto costitutivo determinante⁷.

La sistemazione definitiva dello studio formale del procedimento amministrativo si deve ad A.M. Sandulli⁸ che classificò gli atti della sequenza procedimentale nell'ambito di diverse fasi (preparatoria, decisoria, integrativa dell'efficacia) mettendone in luce la natura e la funzione e traendo da ciò specifiche conclusioni in ordine alle conseguenze prodotte dalla loro mancanza o invalidità rispetto alla produzione dell'effetto finale.

Sandulli arrivò così a distinguere chiaramente il procedimento, inteso come elemento dinamico e formale caratterizzato dal modo del susseguirsi di una serie di atti preordinati ad un unico scopo, dal provvedimento finale e dagli

⁶ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, vol. II, p. 1079 e vol. III, p. 1234 ss. e p. 1271. L'Autore osservò che il processo di formazione della volontà non è confinato nel ruolo degli atti interni irrilevanti per il diritto in quanto l'ordinamento nel prevedere una sequenza necessaria di atti ed operazioni che concorrono alla produzione di un determinato effetto giuridico eleva tali atti e tali operazioni a requisiti necessari per la validità dell'atto finale.

⁷ G. MIELE, *op. cit.*, p. 375 e ss.

⁸ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (ristampa del 1964).

altri atti che lo compongono i quali costituiscono, invece, fenomeni di natura sostanziale⁹.

Come è stato autorevolmente osservato, la concezione formale si limitava a prendere atto della sussistenza del procedimento cercando di dare una veste giuridica alle relazioni fra i vari atti che lo compongono ma non spiegava la funzione svolta dal procedimento nell'ambito dell'azione amministrativa né si poneva la domanda se questa avesse dovuto uniformarsi ad un certo modello procedurale¹⁰.

Questi problemi furono al centro delle successive riflessioni dottrinali sul fenomeno.

I nuovi sviluppi teorici presero le mosse dalla constatazione che la complessità dei rapporti fra legge ed atto amministrativo non poteva essere spiegata in termini di mera applicazione del dettato normativo al caso concreto.

Si osservò in primo luogo che il rapporto fra legge e provvedimento è mediato da un terzo elemento costituito dalla *funzione*.

⁹ La teoria formale si collocava saldamente nel solco della concezione liberale delle relazioni fra cittadino ed amministrazione preoccupandosi di approfondire gli aspetti attinenti alla validità degli atti autoritativi della p.a. e alla loro giustiziabilità. Essa studiava, infatti, il procedimento solo nell'ottica di comprenderne le relazioni con l'atto quale momento autoritativo di produzione di effetti costitutivi, estintivi e modificativi di rapporti giuridici intersoggettivi. Come acutamente osservato, tale teoria, non consentiva, però, di comprendere "perché una procedura debba svolgersi in un determinato modo piuttosto che in un altro e perché, anzi, una procedura debba esserci, nell'ambito del rapporto fra amministrazione e privato e di questi con la "intera organizzazione costituzionale" (G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, in *Scritti Scelti*, Napoli, 2010, vol. I). Nell'ambito di tale concezione nessuno spazio poteva, quindi, trovare l'idea che già nel procedimento si potesse costituire una relazione giuridica fra p.a. e privato: l'unica rilevanza riconosciuta agli atti preparatori era data, infatti, dal loro legame con il provvedimento finale i cui prodromi restavano saldamente confinati all'interno della organizzazione amministrativa. Sandulli ripudiò espressamente la teorica che, accostando il procedimento al processo, vedeva gli atti infraprocedimentali come fonte di rapporti giuridici autonomi connotati da uno stato di pendenza rispetto all'effetto finale e considerava l'aspettativa del privato rispetto al prodursi di tali effetti come un fenomeno esclusivamente psicologico del tutto privo di rilevanza giuridica (II *Procedimento* cit. p. 57).

¹⁰ G. PASTORI, *op. cit.* in particolare vol. I, p. 363 e ss.

Secondo questa nuova e feconda impostazione teorica che si deve a F. Benvenuti¹¹ l'essere l'azione amministrativa "funzione" comporta che l'attività attraverso cui si procede a tradurre il fine astrattamente previsto dalla legge in un atto concreto di cura dell'interesse pubblico debba essere obiettivata in un procedimento il quale diviene, così, *forma della funzione*, manifestazione esteriore e percepibile del modo in cui il potere si traduce in atto¹².

Se Benvenuti evidenziò la necessità logica della individuazione del momento della funzione come *trait d'union* fra legge ed atto amministrativo fu poi la teoria della discrezionalità amministrativa di M.S. Giannini a riempire di contenuti questo spazio.

Tale teoria mise in evidenza che la applicazione al caso concreto delle norme di diritto amministrativo non si esaurisce in un processo logico interpretativo, ma implica la formulazione di un giudizio di comparazione fra l'interesse pubblico primario affidato alle cure dell'amministrazione rispetto ad altri interessi secondari sia pubblici che privati compresenti in una determinata fattispecie concreta¹³.

¹¹ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 128.

¹² La concezione della funzione di Benvenuti come momento intermedio fra potere ed atto si contrappone alle preesistenti teorie secondo cui il carattere funzionale della azione amministrativa si tradurrebbe in un rapporto diretto fra legge (che prefigura il pubblico interesse da perseguire) e l'atto (che ne costituisce l'attuazione); il vincolo di scopo si tradurrebbe, in quest'ottica, in un elemento dell'atto variamente identificato nella volontà, nella causa o nel contenuto.

¹³ L'osservazione che nell'agire della p.a. vi è un *quid* di politico e creativo che le consente di pervenire ad un giudizio di opportunità il quale non si risolve in una meccanica applicazione della legge ma produce, attraverso la comparazione degli interessi, una regola del caso concreto che ne costituisce la sintesi è comunemente accettata in dottrina si vedano fra i tanti A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa* in *Enc. del diritto* XIII, 1964; Si è, quindi, osservato che la funzione organizzatrice del procedimento si manifesta anche come conseguenza della incapacità del legislatore di comporre gli interessi stabilendo quelli destinati a prevalere: il compito di individuare il criterio di ordinazione fra gli interessi viene quindi devoluto all'amministrazione mentre la legge finisce con l'occuparsi più che del contenuto della decisione del modo in cui essa deve essere assunta. In tale senso, M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*,

Alla stregua di tale impostazione la funzione amministrativa si identifica con il momento di elaborazione della scelta comparativa e il procedimento diviene lo strumento di acquisizione di conoscenza dei fatti e degli interessi su cui essa si basa¹⁴.

Merito delle anzidette teorie è stato quello di aver messo in luce che fra legge e provvedimento esiste uno spazio giuridico che non si esaurisce in una operazione meramente intellettuale, ma comporta lo svolgimento di una attività; attività la cui rilevanza non sta tanto nel suo concorso alla produzione dell'effetto finale, ma attiene alla costruzione graduale della decisione discrezionale che nell'atto si trasfonde¹⁵. In tale ottica il ruolo assunto dal procedimento amministrativo diviene quello di obiettivare il momento del formarsi di decisioni amministrative, facendolo assurgere a *giustificazione sostanziale del provvedimento* che non deve rispecchiarsi solo nella legge, ma anche in un' istruttoria diretta ad acquisire una conoscenza quanto più possibile completa di tutti gli elementi della fattispecie concreta.

La presa di coscienza della autonoma rilevanza della funzione e del procedimento amministrativo attraverso il quale essa si manifesta ha aperto così la strada ad un ampliamento delle possibilità di sindacato giurisdizionale sulla azione amministrativa senza scalfire la concezione tradizionale che escludeva l'instaurarsi di una relazione fra amministrazione e cittadino prima della adozione del provvedimento confinando, quindi, le possibilità di difesa di

Milano, 2002, p. 15, nonché R. VILLATA - G. SALA, voce "Procedimento Amministrativo" in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, 576 e ss.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 11 e ss..

¹⁵ Osserva G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 284 che nella prospettiva formale è il procedimento ad essere visto nel prisma dell'atto e dei suoi effetti, mentre in quella sostanziale è l'atto a divenire un prodotto del procedimento in quanto essenza storica che rende giuridicamente controllabile il momento in cui dalla fattispecie normativa astratta si trapassa alla realtà della fattispecie concreta.

quest'ultimo di fronte all'esercizio del potere alla impugnazione dell'atto lesivo¹⁶.

Il procedimento amministrativo, nella formulazione originaria della teoria di Benvenuti, continuava, infatti, ad essere concepito, al pari dell'atto, come fatto unilaterale di esercizio del potere disciplinato da norme di azione e finalizzato alla concretizzazione di un interesse pubblico astrattamente previsto dalla norma attraverso una sequenza di atti intesi a soddisfare unicamente l'interesse dell'amministrazione procedente¹⁷.

Tuttavia, fu lo stesso Benvenuti ad intuire precocemente che i profili formali della funzione avrebbero potuto andare disgiunti da quelli materiali e che, quindi, sarebbe stato astrattamente possibile esercitare una funzione amministrativa passando attraverso forme processuali che prevedessero la partecipazione al procedimento delle *parti* private interessate alla decisione¹⁸. L'aspetto più significativo di tale intuizione fu quello di intravedere che si

¹⁶ Sul punto, diffusamente, A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 89 e ss.

¹⁷ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit. p. 134 laddove si afferma che "non è senza una profonda ragione che questo nome di procedimento è di solito usato a designare la forma di esplicazione della funzione amministrativa. Perché proprio questa è trasformazione di poteri principalmente preordinati alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione, che ne usi; che solo di riflesso possono ridondare a soddisfazione dell'interesse di un soggetto da lei distinto e, in particolare, del cittadino. Onde è logico che gli atti che cooperano all'esplicazione di quella funzione e che sono gli atti del procedimento siano normalmente intesi a soddisfare l'unico interesse dell'autore dell'atto che è l'unico interesse per la cui soddisfazione è dato il potere".

¹⁸ Nell'esplicarsi di tutte le funzioni dello Stato, la forma procedimentale è espressione di valori suoi propri che possono essere apprezzati su un piano distinto rispetto alla giustizia ed alla correttezza del contenuto degli atti che ne costituiscono il risultato: il procedimento legislativo parlamentare connota il carattere democratico del processo di produzione delle norme giuridiche distinguendolo da quello autoritario; il procedimento giurisdizionale di tipo accusatorio porta con sé il valore della autonomia della posizione delle parti rispetto a quella dell'autorità procedente distinguendolo da quello inquisitorio. Allo stesso modo la funzione amministrativa, benché normalmente esercitata attraverso la forma del procedimento (dominato dall'interesse pubblico della p.a.), secondò Benvenuti, ben potrebbe svolgersi secondo canoni vicini al processo introducendovi canoni ed istituti garantistici propri di questo.

potesse guardare al procedimento non solo come momento di obiettivazione del passaggio dall'astratto del potere al concreto dell'atto, ma anche come strumento di *giustizia procedurale*¹⁹ che potesse consentire agli stessi destinatari dell'atto "la possibilità di partecipare alla trasformazione del potere e cioè alla concretizzazione del potere in quell'atto che è determinativo di una loro posizione giuridica"²⁰, in modo tale da produrre una decisione che non sia solo rispondente al pubblico interesse, ma altresì "giusta"²¹.

Le intuizioni di Benvenuti sono state riprese e sviluppate dalla dottrina successiva.

L'analisi del legame fra procedimento e partecipazione ha costituito, infatti, una costante negli studi del fenomeno a partire dagli anni '60 del secolo scorso.

L'inserimento del modulo partecipativo nel corpo dell'azione amministrativa è stata, tuttavia, un'operazione problematica sotto più profili.

Innanzitutto nel panorama legislativo degli anni '60 la partecipazione procedimentale era prevista dalla legge solo in modo sporadico ed occasionale²², per cui la sua generalizzazione più che trarsi dal diritto positivo

¹⁹ Osserva G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione in Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 784, che Benvenuti, nella distinzione tra procedimento e processo "sembra voler affermare, di fronte alla funzione, il valore qualificante che ha il procedimento in senso stretto ovvero il processo": "se il processo significa, rispetto al procedimento in senso stretto, una diversa presenza e un diverso peso degli interessi coinvolti, giacché gli interessi dei destinatari dell'atto tendono a mettersi sullo stesso piano dell'interesse di chi è il vero promotore dell'atto stesso, c'è invero da chiedersi se non sia alla fine molto più forte e più determinante la forma (processo procedimento) che non [...] la funzione".

²⁰ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., p. 136.

²¹ Afferma, infatti, Benvenuti che la collaborazione del cittadino che si avrebbe nel caso di processualizzazione del procedimento costituirebbe garanzia di "giustizia della decisione" (*Funzione amministrativa* cit., p. 145).

²² Per il vero l'art. 3 dell'allegato E della L. 20 marzo 1865 n. 2248 (legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo) prevedeva - e prevede tutt'ora - che anche prima di promuovere una impugnativa contro un provvedimento già formato il cittadino potesse presentare all'amministrazione osservazioni e deduzioni sulle quali la stessa

avrebbe potuto giustificarsi solo qualora se ne fosse rinvenuto il fondamento nella Carta costituzionale e, più precisamente, nel modo in cui la Costituzione configura la pubblica amministrazione ed i suoi rapporti con i cittadini²³.

In secondo luogo l'intuizione benvenutiana che ipotizzava la processualizzazione dell'azione amministrativa appariva difficilmente armonizzabile con la nostra tradizione giuridica in cui l'amministrazione pubblica non è collocata in posizione di neutralità rispetto agli interessi pubblici e privati in gioco ma è, per legge, titolare del pubblico interesse e responsabile della sua corretta realizzazione.

In terzo luogo occorre chiarire se il fenomeno partecipativo avesse un fondamento sociale e democratico, comportando la facoltà per tutti i cittadini e le loro organizzazioni di dare un apporto collaborativo alle decisioni di livello sub legislativo, oppure fosse uno strumento di difesa preprocessuale di posizioni soggettive individuali.

Una risposta ai predetti interrogativi è stata data dalla elaborazione scientifica di Mario Nigro.

Il noto autore muove da una ricostruzione del procedimento amministrativo come fenomeno attinente alla sfera organizzativa della pubblica amministrazione e quindi governato dai principi dettati dall'art. 97 della

avrebbe dovuto decidere con decreto motivato. Tale norma, tuttavia, fu ritenuta quasi unanimemente dalla dottrina come dotata di valenza esclusivamente programmatica e, quindi, inapplicabile al di fuori dei casi in cui una legge di settore (come, ad esempio, quella sulle espropriazioni per pubblica utilità) contemplasse espressamente una qualche forma di partecipazione del privato al procedimento amministrativo (E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1943, p. 89)

²³ Nella dottrina precostituzionale la partecipazione del cittadino al procedimento non è mai stata riconnessa ad un principio generale, ritenendosi che le prerogative del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione potessero essere fatte valere in sede di contenzioso amministrativo o giurisdizionale, mentre se anticipate alla fase istruttoria avrebbero comportato un appesantimento e un rallentamento della azione amministrativa non compensato da un apporto di conoscenze di fatto se non in quei rari casi in cui il privato disponesse di informazioni che non fossero autonomamente conoscibili da parte della stessa p.a. (E. GUICCIARDI, *op. ult. cit.*, p. 90)

Costituzione. In particolare, da quello di imparzialità che vincola « a far emergere nell'azione amministrativa tutti gli interessi coinvolti, "soggettivandoli" in modo da associarli effettivamente alle scelte amministrative »²⁴. La partecipazione non si risolve, quindi, nella introduzione nel procedimento di interessi antagonisti ed alternativi rispetto a quello pubblico, ma si inserisce nel processo di costruzione di un assetto concreto di interessi che oltre ad essere legale sia anche "giusto" in quanto nato dal confronto di tutte le posizioni coinvolte.

La partecipazione al procedimento, in tal modo, viene ad essere strumento di garanzia delle posizioni soggettive e, al contempo, di democrazia²⁵. Di garanzia perché i titolari di situazioni soggettive qualificate attraverso l'intervento nel procedimento possono influenzare il corso dell'azione amministrativa proponendo soluzioni di contemperamento fra interesse pubblico e privato per essi favorevoli e realizzare, così, prima e al di

²⁴ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* in *Riv. dir. proc.* 1980, p. 265. In senso analogo anche U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965 il quale tesi muove dall'assunto che la portata precettiva del principio di imparzialità non si limiterebbe all'obbligo del legislatore di organizzare i pubblici uffici in modo da preservare la cura dell'interesse generale dalla indebita interferenza di interessi personali o politici, ma riguarderebbe lo stesso modo di agire della p.a. che, per essere davvero "super partes", non dovrebbe considerare l'interesse pubblico da essa perseguito come un'entità superiore e nello stesso tempo contrapposta agli altri interessi pubblici, collettivi e privati compresenti in ciascuna fattispecie, ma dovrebbe operare una composizione di tali interessi cercandone la sintesi secondo un canone di giustizia distributiva e sociale. La soluzione giusta ed imparziale non sarebbe, quindi, quella che fa necessariamente prevalere l'interesse pubblico, dovendo la p.a. essere pronta anche a rinunciare al perseguimento del proprio interesse qualora ciò impedisca la realizzazione di interessi altrui (inclusi quelli privati) dotati di un valore oggettivamente maggiore. In quest'ottica non potrebbe più ammettersi che l'amministrazione agisca da sola come un corpo separato rispetto alla società ed agli amministrati; se l'attività amministrativa è giusta composizione di interessi, il procedimento amministrativo deve essere il luogo in cui tutti i soggetti che ne sono titolari devono avere la possibilità di rappresentarli in modo adeguato concorrendo, così, alla definizione della loro sintesi che rappresenta l'essenza della stessa funzione amministrativa.

²⁵ Secondo Nigro, infatti, "garanzia ed esigenza sociale sono due aspetti dello stesso fenomeno, l'esigenza di giustizia"

fuori del processo il loro interesse materiale²⁶. Di democrazia perché la partecipazione al procedimento risulta essere uno schema aperto²⁷ che non riguarda solo singoli soggetti titolari di interessi protetti, ma anche le formazioni che sono espressione del pluralismo della società civile che, in tal modo, possono concorrere alle scelte di politica economica e sociale del Paese per la parte in cui esse si attuano attraverso l'attività della pubblica amministrazione²⁸.

La teoria di Nigro riusciva così ad integrare la partecipazione procedimentale nelle categorie tradizionali del diritto amministrativo: l'inserimento del procedimento nel quadro della organizzazione amministrativa, e la conseguente qualificazione dei soggetti che vi partecipano come "componenti" di tale organizzazione, consentiva di conciliare le esigenze di democrazia, garanzia e giustizia con la posizione istituzionale della p.a. quale titolare del pubblico interesse che il procedimento tende a realizzare e di

²⁶ Sicché la possibilità di partecipare al procedimento diviene il modo in cui l'interesse legittimo si manifesta sul piano sostanziale mentre il ricorso giurisdizionale ne costituisce la proiezione processuale (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 125 e ss.)

²⁷ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale* cit. p. 266 ove si afferma anche che "il procedimento non si limita a registrare soggetti ed interessi preesistenti ma li crea o ne stimola la nascita" (p. 273).

²⁸ Il fondamento democratico della partecipazione procedimentale è posto in primo piano da L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, pp. 85 e ss.. Secondo l'Autrice il giusto procedimento costituirebbe uno strumento di partecipazione democratica dei cittadini alle scelte dell'amministrazione che trova il suo fondamento nel principio democratico di cui all'art. 1 della Costituzione e nel riconoscimento del diritto di tutti i cittadini a concorrere alla organizzazione politica, economica e sociale le Paese. Tali tesi muove dalla constatazione che la limitazione al momento squisitamente politico delle istanze di democrazia e partecipazione, sarebbe perfettamente logica in un sistema in cui l'unico centro decisionale fosse il parlamento, rivela tutta la sua insufficienza allorché accanto alle camere si presentino altri centri decisionali estranei al cittadino. Il momento sempre più accentuatamente politico della discrezionalità amministrativa in un'ottica democratica deve, quindi, essere bilanciato dalla partecipazione del cittadino alla formazione delle decisioni amministrative che trova nel procedimento il suo luogo di elezione.

continuare, perciò ad escludere, che nell'ambito del procedimento potessero interessarsi vere e proprie relazioni intersoggettive fra p.a. ed amministrati.

Il prezzo di questa operazione era, tuttavia, quello di negare o, comunque, sminuire la pienezza della soggettività dell'amministrato che per entrare in contatto con il potere doveva spogliarsi della propria individualità e divenire (strumentalmente) un organo della p.a. che deve collaborare a realizzare un interesse a lui alieno per cercare di salvaguardare anche il proprio²⁹.

A questa visione si contrappose idealmente quella che, invece, vedeva nella partecipazione proprio il riconoscimento della centralità dell'individuo nello svolgersi del potere amministrativo³⁰.

Tale tesi, muove da una riconsiderazione complessiva della posizione della pubblica amministrazione nell'ambito della Costituzione che la vede non più come autorità contrapposta agli individui, ma come mezzo per la realizzazione dei diritti che la Carta riconosce ai singoli ed alle formazioni sociali intermedie. Sulla scorta di tale premessa la teoria in discorso arriva ad affermare che le regole che governano l'attività amministrativa non possono più ritenersi funzionali ad un sistema amministrativo che per entrare in contatto con la società deve fagocitarla. Tali regole devono, invece, essere costruite per rispondere alle esigenze ed alle attese della società medesima nei

²⁹ Il carattere *strumentale* della partecipazione procedimentale la pone sullo stesso piano del ricorso giurisdizionale; il ricorso, infatti, al pari della partecipazione, attribuisce all'istante solo una possibilità di realizzare l'interesse materiale ad esso sotteso attraverso l'annullamento dell'atto impugnato che, tuttavia, non precludendone la riedizione, non assicura il conseguimento del risultato favorevole. Di qui la riconduzione della facoltà di partecipare al procedimento amministrativo alla categoria dell'interesse legittimo.

³⁰ G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive* in AAVV, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributo alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna 18-20 settembre 1986. La tesi secondo cui il rapporto procedimentale potrebbe essere fonte di diritti ed obblighi per le parti è tesi avanzata anche da C. ESPOSITO, *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione Italiana*, Padova, 1954, 256 e ss.

confronti della p.a. che rispetto a tali bisogni è servente. A questa stregua la posizione del cittadino nell'ambito del procedimento non è più *strumentale* alla realizzazione di un interesse a lui alieno, bensì è quella di chi esercita nei confronti della pubblica amministrazione veri e propri diritti che trovano in nuce il loro fondamento nella stessa Carta costituzionale³¹.

2. *Il principio del giusto procedimento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Giudice Amministrativo sino agli anni novanta*

Le tesi dottrinali che hanno ravvisato nella partecipazione procedimentale un canone indefettibile della azione amministrativa non hanno, tuttavia, trovato pieno riscontro nella giurisprudenza della Corte Costituzionale la quale per lungo tempo ha negato un fondamento costituzionale alla regola del "giusto procedimento", pur riconoscendole il rango di *principio generale* dell'ordinamento giuridico.

Secondo la Corte, infatti, la legislazione dello Stato prevederebbe normalmente che laddove si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini la norma enunci delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo

³¹ Secondo PASTORI (*op. ult. cit.* p. 407 e ss.) l'essere la p.a. strumento per la realizzazione dei diritti è una conseguenza della sua collocazione istituzionale in seno alla Carta costituzionale come entità separata dal Governo. Si tratta, tuttavia, di un disegno incompiuto che avrebbe dovuto essere completato con una disciplina dei diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione e del procedimento amministrativo che, invece, in sede costituente fu accantonata, sul presupposto che gli interessi dei cittadini potessero trovare adeguata tutela mediante la garanzia di ricorso alla giustizia amministrativa ed ordinaria (artt. 24 e 117 Cost.).

i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico" ³².

Tuttavia, tale modulo operativo si imporrebbe soltanto al legislatore regionale, in quanto tenuto al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, ma non anche a quello statale che sarebbe libero di derogarvi non essendo esso imposto dalla Carta Costituzionale.

Plurime sono le ragioni che la Consulta ha posto a fondamento del predetto assunto.

Si è affermato che il principio del giusto procedimento non potrebbe ricavarsi dall'art. 97 Cost. in quanto tale norma comporterebbe esclusivamente la predisposizione da parte del legislatore di strutture e di moduli d'organizzazione che salvaguardano l'imparzialità della burocrazia, ma non imporrebbe al legislatore medesimo l'adesione a modelli di procedimento amministrativo che prevedono la necessaria partecipazione dei soggetti privati alla formazione del provvedimento³³.

A giudizio della Consulta il principio del giusto procedimento nemmeno potrebbe ricavarsi dall'art. 24 della Carta Costituzionale, atteso che la garanzia del diritto di difesa delle situazioni giuridiche soggettive prevista da tale norma opererebbe solo nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali e non anche in quelli amministrativi³⁴. Sicché, *sotto il profilo sostanziale*, gli interessi correlati all'azione amministrativa, ivi compresi quelli "procedimentali", non avrebbero una soglia costituzionalmente garantita, ma sarebbero configurabili,

³² C. Cost. sent. n. 13 del 1962 con commento di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"* in *Giur. Cost.* 1962, p. 132.

³³ C. Cost. 7 marzo 1962 n. 14 in *Giur. Cost.* 1962, I, p.146 e C. Cost. 25 ottobre 1985 n. 234 in *Giur.it* 1986, I, p. 1156.

³⁴ C. Cost. 7 febbraio 1963 n. 10 in *Giur. Cost.* 1963, p. 80; C. Cost. 2 luglio 1966 n. 83 in *Giur. Cost.* 1966, II, 1074 e C. Cost. 6 luglio 1966 n. 90 in *Giur. Cost.* 1966, II, p. 1136; C. Cost. n. 32 in *Giur. it.* 1995, I, p. 241; C. Cost. 1 marzo 1995 n. 74 in *Giur. cost.* 1995, p. 694; C. Cost. 31 maggio n. 210 del 95 in *Giur. cost.* 1995, II, 1586.

nella loro effettiva consistenza, in relazione alla disciplina sostanziale di rango ordinario di volta in volta presa in considerazione che ne definirebbe la misura ed il contenuto in base ai quali essi possono poi essere fatti valere dinanzi al giudice³⁵.

Un ulteriore argomento che la Consulta ha addotto per negare dignità costituzionale al principio del giusto procedimento attiene alla mancanza nella Costituzione di una riserva di amministrazione. La determinazione delle scelte concrete non costituirebbe, infatti, una prerogativa esclusiva dell'azione amministrativa da attuarsi secondo i canoni del contemperamento dei diversi interessi nell'ambito di un giusto procedimento, ma, in casi particolari, ben potrebbe essere effettuata attraverso la legge ordinaria dello Stato³⁶.

³⁵ C. Cost. 19 marzo 1993 n. 103 in *Giur. Cost.* 1993, II, 841; C. Cost. 7 aprile 1988 n. 409 in *Giur. Cost.* 1988, I, 2, 1833. Va detto, però, che in alcune sentenze (Corte cost., n. 151 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1029 ss, *Corte cost.*, n. 220 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1647) la Consulta ha riconosciuto che il contraddittorio procedimentale costituisce un valore costituzionale non disponibile da parte del legislatore. Ciò è stato affermato con riguardo ai procedimenti amministrativi di carattere contenzioso, come quelli disciplinari, facendo appello "al principio di proporzionalità nella sanzione", quindi ad una garanzia sostanziale, ed all'esigenza di "salvaguardare un nucleo essenziale di valori inerenti ai diritti inviolabili della persona. Nella sentenza n. 143 del 1989 la Corte Costituzionale ha, altresì, riconosciuto che il giusto procedimento possa costituire modulo necessitato per la garanzia del diritto di proprietà tutte le volte in cui la legge non delimiti in modo sufficientemente preciso i criteri ed che la p.a. deve osservare nella imposizione dei vincoli che ne limitano le facoltà.

³⁶ La Corte Costituzionale nelle pronunce successive alla sentenza n. 13 del 1962, ha poi abbandonato la tesi secondo cui al legislatore statale sarebbe vietato emanare leggi-provvedimento, e ha ammesso, a più riprese, che la legge ordinaria possa disciplinare materie e oggetti normalmente affidati all'azione amministrativa (come ad es. le procedure di esproprio), mancando un'espressa previsione costituzionale che riservi all'amministrazione l'adozione dei provvedimenti. "E' possibile che in casi particolari, il legislatore provveda direttamente alla valutazione e alla determinazione di scelte concrete che, altrimenti sarebbero affidate alla discrezionalità dell'amministrazione"; in tal senso si veda C. Cost. 16 febbraio 1993, in *Riv. giur. ambiente*, 1994, p. 639 (nota di Collevicchio) C. Cost. 7 luglio 1995 n. 306 in *Giur. Cost.* 1995, p. 2396.. Tale principio è stato esteso anche alle leggi regionali C. Cost. 21 marzo 1989 n. 143 in *Le Regioni*, 1990, p. 1106 con commento di F. SALVIA *Giusto procedimento e leggi provvedimento regionali*, in *Le Regioni* 1990, 1111; C. Cost. 4 dicembre 1995 n. 492 in *Foro it.* 1996, I, p. 5 ove la Corte ribadisce che la Costituzione non vieta l'adozione di leggi, statali o regionali, a contenuto particolare e

La posizione assunta dalla Consulta con riguardo al ruolo della partecipazione procedimentale nella Costituzione trova la sua ragione nella scarsa attenzione dedicata dalla Costituzione alla pubblica amministrazione della quale i costituenti intesero salvaguardare una certa indipendenza dal potere politico e dalle influenze partitiche senza apportare grosse innovazioni sul versante delle garanzie. Con ciò presupponendo che il principio di legalità (rafforzato dalle numerose riserve di legge) e la costituzionalizzazione del preesistente sistema dei rimedi contro gli atti amministrativi illegittimi costituissero presidi sufficienti ad assicurare al cittadino la tutela dei suoi diritti fondamentali. In quest'ottica non v'è da stupirsi se partecipazione procedimentale sia stata vista solo come modalità di difesa dei diritti³⁷ *aggiuntiva* rispetto alle garanzie giurisdizionali e, per questo, rimessa alla discrezionalità del legislatore (statale).

E' tuttavia opinione diffusa in dottrina³⁸ che, nel negare dignità costituzionale al principio del giusto procedimento, la Consulta sia rimasta entro orizzonti troppo ristretti omettendo di compiere quella operazione di vitalizzazione costituzionale che sarebbe stata necessaria per adeguare lo statuto dell'amministrazione ed il sistema dei suoi rapporti con i cittadini ai valori del pluralismo e della democrazia sottesi all'*intero* disegno costituzionale ai quali la pubblica amministrazione non avrebbe potuto restare impermeabile costituendosi come corpo separato ed autosufficiente.

Questo passaggio sarà effettuato dal legislatore con il varo della legge 241 del 1990 rispetto alla quale, tuttavia, come meglio vedremo, la mancanza di

concreto. P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquantenni di giurisprudenza costituzionale* in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale* a cura di Giacinto della Cananea e Marco Dugato, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 387 ss.

³⁷ C. Cost. 30 dicembre 1972 n. 212 in *Giur. Cost.* 1972, III, 2277.

³⁸ U. ALLEGRETTI, *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Le Regioni*, 1981, p. 1181 ss; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, p. 433 ss.

una precisa copertura costituzionale continuerà a costituire un fattore di debolezza e precarietà delle pur rilevanti innovazioni apportate nella ridefinizione dei rapporti fra burocrazia e società.

Il principio del giusto procedimento nella giurisprudenza amministrativa

La qualificazione del giusto procedimento come principio generale dell'ordinamento giuridico, ad opera della Corte Costituzionale, avrebbe comunque potuto favorirne una applicazione estensiva ai casi in cui la legge non prevedeva in modo espresso la partecipazione dei privati all'esercizio della funzione pubblica.

Il suggerimento della Consulta, tuttavia, non ha fatto breccia nella giurisprudenza amministrativa.

Questa, per il vero, attraverso la elaborazione delle figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere, ha avuto il merito di fissare alcune regole della azione amministrativa che chiaramente presuppongono la sua procedimentalizzazione come quella secondo cui il provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento deve fondarsi su una istruttoria adeguata che garantisca una fedele rappresentazione degli elementi di fatto idonei a giustificare l'esercizio del potere e una adeguata presa in considerazione del quadro degli interessi compresenti³⁹.

Nonostante ciò, prima della entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, i giudici amministrativi hanno costantemente ribadito che "la fase

³⁹ Sull'ampliamento del sindacato giurisdizionale del g.a. in conseguenza dello spostarsi dell'oggetto del giudizio dall'atto alla funzione si sofferma G. PASTORI in *Il procedimento amministrativo fra vincoli formali e regole sostanziali* in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza* (Atti del convegno di Rimini, 14, 15 e 16 marzo 1985), Rimini, 1987, p. 805 e ss.

istruttoria si svolge senza la partecipazione del privato destinatario dell'atto finale della procedura" a meno che non si tratti di casi nei quali è la legge stessa a contemplarla espressamente⁴⁰.

Il legislatore statale, secondo quanto affermava all'epoca la giurisprudenza del giudice amministrativo, resta, quindi, libero di determinare i modi migliori per l'espletamento dell'attività amministrativa e di attenersi o meno al principio del giusto procedimento, essendo la tutela giurisdizionale un presidio sufficiente a garantire i privati contro la lesione dei propri diritti o interessi legittimi.

Nelle motivazioni delle pronunce del g.a. si percepisce chiaramente una perdurante visione del procedimento amministrativo come luogo di elaborazione dell'interesse pubblico concepito come un'entità a se stante del tutto separata dagli interessi individuali la cui interferenza nella formazione della volontà della p.a. è vista come fonte di possibili deviazioni piuttosto che come utile apporto di conoscenza⁴¹.

⁴⁰ G. SCIULLO, *Il principio del "giusto procedimento" fra giudice costituzionale e giudice amministrativo* in *Jus* 1986, pp. 321 e ss. Per un'analisi critica della giurisprudenza amministrativa sull'obbligo del contraddittorio nel procedimento amministrativo si veda anche A. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*

⁴¹ T.A.R. Friuli - Venezia - Giulia n. 116/1981; C.d.S. sez. VI n. 422/1981 in *Foro Amm.* 1981, I, 1718 p. 875. Corollario di questa concezione del procedimento è la percezione della partecipazione del privato, ove prevista dal legislatore, in una chiave meramente collaborativa ed ancillare all'interesse pubblico perseguito dalla p.a. e non come strumento di difesa di interessi individuali. Il riferimento è alla ben nota giurisprudenza del g.a. relativa alle osservazioni presentate dai cittadini nel corso dell'iter di formazione del piano regolatore generale.

3. *Il recepimento legislativo del procedimento come modulo generale dell'azione amministrativa: dai progetti di legge generale alla disciplina per principi nel progetto "Nigro".*

I limiti e le chiusure della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa nei confronti del principio del giusto procedimento fecero capire agli studiosi più accorti che l'introduzione di un nuovo modello di rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione sarebbe stato possibile solo introducendo anche nel nostro ordinamento una regolamentazione legislativa del procedimento amministrativo già, peraltro, presente in altri Stati europei.

Per il vero, a livello parlamentare i tentativi di far approvare dalle camere una legge che contenesse una disciplina organica della azione amministrativa sono risalenti nel tempo.

Un primo progetto di legge fu predisposto dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Ugo Forti nel 1948⁴². L'elaborato aveva ampie ambizioni contenendo regole volte a disciplinare oltre al procedimento amministrativo, i soggetti della p.a. e i loro organi, l'atto amministrativo e la responsabilità della p.a.⁴³.

Esso non ottenne, tuttavia, l'approvazione delle camere neppure dopo il ridimensionamento (venne espunta la parte relativa ai soggetti e alla responsabilità della p.a.) operato dalla Commissione presieduta dal prof. Lucifredi nei primi anni cinquanta⁴⁴.

Le ragioni di tale desistenza erano riferibili alla sua lunghezza che ne rendeva difficile l'applicazione ed al timore che una normativa dettagliata sulla

⁴² Schema di legge generale sulla pubblica amministrazione della Commissione (affidata alla direzione del Prof. Ugo Forti) per la riforma dell'amministrazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri (1948) in *La procedura amministrativa*, a cura di G. Pastori, Milano, 1964.

⁴³ Nell'ambito della responsabilità della p.a., con notevole anticipo sui tempi era stato previsto il risarcimento derivante da lesione di interessi legittimi.

⁴⁴ Proposta di legge Lucifredi A.C. 195, III legislatura in data 1.8.1958.

procedura avrebbe determinato un irrigidimento nel funzionamento delle strutture impreparate a gestire un procedimento articolato e responsabilizzato.

Venne, altresì, osservato, che tale progetto, nella sua minuziosità, non rappresentava una radicale innovazione nei modi di agire e rapportarsi della p.a. nei confronti degli amministrati limitandosi – per stessa affermazione contenuta nella relazione accompagnatoria – ad effettuare un'opera di sistemazione tecnica delle regole diversificate allora vigenti nei vari settori di intervento dell'amministrazione.

Sicché, in mancanza di una spinta realmente innovativa atta a consentire di superare le resistenze, non v'è da stupirsi se il predetto testo normativo giacque nelle aule parlamentari per circa venti anni senza essere mai approvato.

Il problema di una disciplina dell'azione amministrativa tornò in auge nel 1979, quando l'allora Ministro per la funzione pubblica M.S. Giannini trasmise alle Camere un rapporto⁴⁵ ove evidenziava lo scarso rispetto che le leggi dell'epoca avevano verso le garanzie di libertà dei cittadini, tra cui per prima la libertà di essere informati sui fatti/atti dei poteri pubblici.

Seguì l'istituzione di una nuova commissione presieduta dal prof. Mario Nigro che, memore dei passati insuccessi, non ebbe la pretesa di disciplinare nel dettaglio tutta l'attività amministrativa, ma si concentrò, invece, sulla elaborazione di un nucleo di principi essenziali volti alla democratizzazione ed alla semplificazione dell'azione amministrativa⁴⁶. La proposta di legge venne

⁴⁵ Si tratta del "*Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione*" che l'allora Ministro per la funzione pubblica Prof. M.S. Giannini trasmise alle Camere il 16 novembre 1979.

⁴⁶ Nei lavori della Commissione presieduta dal prof. Nigro vanno ritrovate le linee ispiratrici della futura legge n. 241 del 1990 che nel periodo 1983-1984 operò presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. In particolare, già l'Appunto introduttivo predisposto da Nigro per la seduta iniziale della Commissione metteva in rilievo che il compito affidato dal Governo alla Commissione era quello di elaborare una normativa che ponesse fine, con riguardo ai procedimenti amministrativi, da un lato agli *autoritarismi e alle*

inviata al Consiglio di Stato, il cui parere sostanzialmente favorevole, mise in luce come la proposta mirasse a “realizzare un nuovo tipo di rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino, assicurando – assieme alla trasparenza, alla speditezza, economicità dell’azione amministrativa – il coinvolgimento del cittadino nella procedura”⁴⁷, manifestando apprezzamento, altresì, per l’aver utilizzato disposizioni di principio integrabili da altre fonti, come suggerito dal rapporto Giannini.

La proposta fu trasfusa in un disegno di legge che venne approvato dalla Camera dei Deputati (A.C. 1913) nella seduta del 22 marzo 1990, mentre il Senato lo approvò alcuni mesi più tardi, il 31 luglio 1990 a causa della contrarietà di alti esponenti della burocrazia manifestata, in particolare, verso le norme sulla trasparenza e sulla pubblicità.

Fu da subito chiaro che nonostante i ripetuti tagli a cui era stata sottoposta nel travagliato iter di approvazione, la legge era fortemente innovativa avendo di mira un profondo mutamento della azione amministrativa finalizzato ad avvicinare il cittadino alla pubblica amministrazione⁴⁸.

imperscrutabilità e, dall’altro, alle *immotivate lentezze* della pubblica amministrazione. Il che significava assumere un duplice obiettivo: democratizzare il procedimento amministrativo al fine di rimuovere gli autoritarismi e le imperscrutabilità e semplificarlo per rimuoverne le immotivate lentezze. L’Appunto introduttivo è stato pubblicato in *Riv. trim. Scienza amm.* 1984, n. 4, pp. 79 e ss..

⁴⁷ Cons. Stato parere A.G. n. 7 del 19 febbraio 1987 pubblicato nel volume a cura di F. TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, Milano, 1990, contenente gli *Atti* del Convegno tenutosi a Messina-Taormina il 25-26 febbraio 1988.

⁴⁸ Tale innovazione è stata ben colta dal Consiglio di Stato nel parere al testo della legge ove si afferma che «lo schema del disegno di legge in esame si segnala rispetto alle precedenti iniziative per il particolare “taglio” che lo caratterizza: la ricerca di un assetto procedurale (e organizzativo) in condizione di corrispondere alle esigenze di una società nuova che concepisce in termini diversi dal passato le relazioni fra collettività e pubblico potere» (Cons. Stato Ad. Gen. parere 17/02/1987 n. 7)

CAPITOLO PRIMO

Con essa è stata, finalmente, introdotta come regola applicabile ad ogni procedimento la *partecipazione degli interessati*, prevedendosi a carico della pubblica amministrazione l'obbligo di dar loro avviso dell'avvio del procedimento e di tener conto dei loro apporti nell'emanazione del provvedimento finale, il cui contenuto può, ora, anche essere con essi concordato.

E' stato generalizzato l'obbligo di motivazione, prima riconosciuto solo per talune categorie di atti, al fine di consentire al privato di comprendere le ragioni, di fatto e di diritto, poste a base del provvedimento e consentire al giudice l'esercizio del proprio sindacato sull'atto attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Sempre all'insegna della trasparenza è stata introdotta la regola della pubblicità sugli atti emanati o detenuti dalla p.a. imponendo alla p.a. l'obbligo di renderli ostensibili a chiunque possa vantare un interesse giuridicamente rilevante alla loro conoscenza.

E' stata istituita la figura del responsabile del procedimento al quale è stato affidato il compito di costituire il referente unico per il privato durante tutto l'iter procedimentale seguendo l'istanza nei suoi passaggi attraverso le diverse articolazioni organizzative.

E' stato disciplinato il tempo dell'azione amministrativa prevedendo l'obbligo per la p.a. di concludere il procedimento con un provvedimento espresso entro un termine prefissato.

E' stata, inoltre, tenuta presente anche la necessità di semplificare i procedimenti amministrativi la cui lentezza e farraginosità, spesso dovuta all'intrecciarsi di competenze locali e statali, era stata causa di rallentamento, se non di vera e propria paralisi, delle attività economiche private.

4. *La controversa natura delle relazioni procedurali fra amministrazione e cittadino introdotte dalla legge 241 del 1990.*

E' stato assai discusso in dottrina se le rilevanti novità apportate dalla legge 241 del 1990 nel modo di atteggiarsi della p.a. di fronte agli amministrati abbiano inciso sulle categorie giuridiche attraverso le quali tali rapporti vengono tradizionalmente ricostruiti⁴⁹.

Secondo una parte della dottrina le norme procedurali sancite dalla legge 241 – con l'unica eccezione del diritto di accesso - continuerebbero ad iscriversi nella tradizionale relazione fra potere amministrativo ed interesse legittimo: la legge avrebbe, infatti, attribuito al privato una serie di poteri e garanzie *strumentali* attraverso le quali egli potrebbe già nel corso della formazione del provvedimento (e non più solo successivamente) interloquire con l'amministrazione al fine di orientarne le decisioni in modo a sé favorevole⁵⁰.

La novità introdotta consisterebbe, quindi, nell'aver sancito un "plafond minimo" di garanzie strumentali valido per tutti i procedimenti amministrativi in modo tale da attribuire all'interesse legittimo, nella sua dimensione sostanziale, un *contenuto essenziale* che tale figura in precedenza non aveva, dipendendo la sua consistenza dal modo in cui la legge di volta in volta disciplinava lo specifico potere amministrativo preso in considerazione.

Tale prospettiva teorica non è stata, peraltro, unanimemente condivisa.

Si è, infatti, osservato che alla riconduzione delle facoltà di partecipazione al procedimento nella figura dell'interesse legittimo sembra

⁴⁹ Osserva A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Roma, 1996, p. 6, che la portata innovativa della L. 241/90 è tale da mettere in discussione, ben oltre l'immediata apparenza, alcune consolidate convinzioni presenti nella scienza del diritto pubblico ed amministrativo.

⁵⁰ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 127.

ostare la maggiore ampiezza della platea dei soggetti che la stessa legge 241 del 1990 ammette a partecipare rispetto a quelli in capo ai quali viene riconosciuta la titolarità di tale posizione soggettiva.

L'art. 9 della legge legittimerebbe l'intervento nel procedimento anche di entità organizzative non dotate di soggettività giuridica, come i comitati, ai quali non è di regola riconosciuta legittimazione processuale, attribuendo, perciò, rilevanza anche ad interessi partecipativi di natura meramente collaborativa e democratica che, diversamente dagli interessi legittimi, non avrebbero come termine di riferimento beni della vita a fruizione differenziata da parte di singoli o soggetti esponenziali di interessi collettivi⁵¹.

In secondo luogo è stato messo in evidenza che l'esercizio delle prerogative partecipative risulta essere, talvolta, ininfluente rispetto alla determinazione del corretto assetto di interessi operata dal provvedimento⁵²; pertanto, in tali ipotesi, la partecipazione procedimentale non svolgerebbe alcuna funzione strumentale rispetto al conseguimento del bene della vita che costituisce il sostrato materiale dell'interesse legittimo.

Sicché, il confluire delle pretese partecipative nascenti dalla legge 241 del 1990 nella figura dell'interesse legittimo sembrerebbe comportare una indebita riduzione della sua portata confinando in un'area di irrilevanza giuridica tutte le ipotesi in cui essa prevede la partecipazione al procedimento

⁵¹ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, p. 170 e ss. secondo il quale le richiamate posizioni partecipative sarebbero qualificabili come *interessi meramente procedimentali* che, a differenza, di quelli legittimi sarebbero tutelati mediante azione innanzi al g.a. solo limitatamente alla violazione delle prerogative legate alla partecipazione e non anche per i profili attinenti al contenuto del provvedimento.

⁵² In particolare ciò accade quando l'amministrazione operi nell'ambito della cd. attività vincolata nel quale il contenuto del provvedimento dipende esclusivamente dall'accertamento della situazione di fatto descritta dalla fattispecie normativa e non da una decisione discrezionale che presuppone l'acquisizione ed un bilanciamento fra diversi interessi. Sul problema dell'influenza della partecipazione sulla legittimità del provvedimento si veda COGNETTI S., *"Quantità" e "Qualità" e della partecipazione, Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.

di organizzazioni sociali prive di legittimazione processuale o in cui l'osservanza delle garanzie di partecipazione non possa influire sul contenuto del provvedimento finale⁵³.

A tale esito ha ritenuto, tuttavia, che non si debba pervenire quella parte della dottrina che ha qualificato la posizione soggettiva del cittadino nell'ambito del procedimento in termini di vero e proprio *diritto soggettivo*⁵⁴.

Da un lato v'è stato chi, enfatizzando l'estensione della legittimazione ad intervenire nel procedimento anche a organizzazioni portatrici di interessi diffusi prevista dall'art. 9 della legge, ha ritenuto che la partecipazione al procedimento non sarebbe stata prevista solo in funzione della tutela di interessi individuali ed egoistici, ma anche e soprattutto di interessi sociali nuovi e peculiari facenti capo all'art. 2 della Costituzione che intende assicurare l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.

La legge 241 del 1990 avrebbe, quindi, tradotto in pratica il modello di democrazia partecipativa prefigurato da tale norma attribuendo agli individui, in quanto membri delle diverse comunità nazionali e locali, un vero e proprio diritto soggettivo di partecipazione diretta dell'individuo all'esercizio della funzione amministrativa⁵⁵.

Dall'altro lato anche una parte degli autori che hanno posto l'accento sulle finalità garantistiche della legge 241 del 1990 hanno ritenuto che le forme

⁵³ E tale, infatti è la conclusione a cui perviene G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, p. 174 e ss. a proposito degli interessi partecipativi che egli chiama meramente formali.

⁵⁴ Afferma A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 107 che il dato per il quale i criteri di individuazione della legittimazione procedimentale e di quella processuale non coincidono è sintomatico della non coincidenza fra interessi procedimentali ed interessi legittimi.

⁵⁵ E. DELFINO - A PACCIONE, *Basi per il diritto di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Foro It.*, 1992, V, 382.

di protezione degli interessi individuali da essa predisposte siano inquadrabili nello schema del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo.

I percorsi concettuali attraverso i quali si è pervenuti a tale conclusione sono diversi.

Un primo filone di pensiero ha inquadrato l'iter procedurale previsto dalla predetta legge nello schema del processo⁵⁶ che postula l'instaurarsi di un *contraddittorio* fra amministrazione e privati nell'ambito del quale questi rivestirebbero la qualità di vere e proprie *parti* dotate di diritti e poteri idonei a metterle in grado di concorrere, su un piano di *parità* rispetto alla stessa amministrazione, alla determinazione del contenuto finale della decisione⁵⁷.

Tali teorie, in particolare, affermano che nella relazione fra amministrazione e cittadino si debbano tenere distinti il rapporto provvedimentale da quello procedimentale⁵⁸. Il carattere autoritativo della azione amministrativa si manifesterebbe solo rispetto al primo, mentre nell'ambito del procedimento non sussisterebbe una gerarchia precostituita di interessi avendo la posizione espressa dal privato rispetto all'assetto finale degli interessi pari dignità e possibilità di affermarsi rispetto a quella assunta dalla p.a.⁵⁹

⁵⁶ A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento*, cit. p. 52. Secondo l'Autore è indubbia l'ispirazione in senso lato processuale delle norme che dettano una disciplina del procedimento improntata essenzialmente a regole di garanzia del diritto alla difesa e al contraddittorio, che sono le garanzie tipiche dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

⁵⁷ Significativi in tal senso appaiono, fra i tanti, i contributi di A. ZITO, *Le pretese partecipative* cit., A. SCOGNAMIGLIO *Il diritto di difesa* cit. e F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.

⁵⁸ A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa* cit. p. 34 e ss. In una linea per certi versi simile si colloca A. ZITO, op. ult. cit., p. 116 e ss., secondo il quale bisognerebbe distinguere la decisione amministrativa che si forma nel contraddittorio procedimentale dal provvedimento che è atto unilaterale ed autoritativo la cui funzione sarebbe quella di produrre gli effetti giuridici necessari alla sua attuazione.

⁵⁹ Osserva A. ZITO, op. ult. cit. che la dialettica procedimentale fra amministrazione e privato ha sempre ad oggetto una ipotesi iniziale predefinita di assetto

Il ruolo del privato nel procedimento non si limiterebbe, quindi, ad un generico apporto di interessi e conoscenze *servente* rispetto alla migliore determinazione dell'interesse pubblico (secondo lo schema che qualifica le norme di procedura come "norme di azione") ma sarebbe, invece, quello di un soggetto dotato di propria *autonomia* che ivi interviene a difesa dei propri interessi⁶⁰ esercitando poteri e diritti a tal fine attribuitigli dalla legge. Siffatta posizione non potrebbe, quindi, rientrare nello schema dell'interesse legittimo che, per sua natura, postula la sussistenza di un rapporto diseguale fra autorità e cittadino.

Per altro verso le teorie di cui si discute hanno osservato che le norme procedurali dettate dalla legge 241 del 1990 non costituirebbero solo mezzi strumentali per conseguire (o conservare) il bene della vita che costituisce l'oggetto del provvedimento, ma tutelerebbero *interessi di tipo diverso la cui soddisfazione prescinde dal contenuto favorevole o sfavorevole del provvedimento* (al quale, invece, si correla la figura dell'interesse legittimo).

Così, l'art. 2 della legge 241 del 1990, che stabilisce l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso da adottarsi entro

di interessi che nei procedimenti di iniziativa officiosa è formulata dall'amministrazione, mentre in quelli ad iniziativa del privato è contenuta nella istanza che apre il procedimento. Pertanto, analogamente a quanto accade nel processo con riguardo alla domanda, è su tale ipotesi che possono scontrarsi le diverse posizioni delle parti. In precedenza, la dottrina aveva affermato che un vero e proprio contraddittorio procedimentale avrebbe potuto crearsi solo nei procedimenti di tipo ablatorio, essendovi in essi, quasi per definizione, un conflitto di interessi rispetto ad un bene della vita; mentre in quelli di tipo concessorio o autorizzatorio, potendo l'interesse dell'amministrazione e quello del privato convergere, il ruolo di questi non sarebbe quello di contraddittore ma di "codecisore" rispetto ad una decisione volta a realizzare un assetto di interessi di comune soddisfazione (G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, p. 176 e ss.). A seguito della introduzione dell'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi (previsto dall'art. 10 bis della L. 241/90 introdotto dalla L. 35/2005), non si dovrebbe, tuttavia, più dubitare del fatto che anche nei procedimenti ad istanza di parte possa realizzarsi, quantomeno nella fase conclusiva, un vero e proprio contraddittorio fra amministrazione e privati sulla base di un'ipotesi di decisione oramai prefigurata in tutti i suoi aspetti.

un termine predefinito, attribuirebbe rilievo alla certezza del tempo dell'azione amministrativa la quale costituisce di per sé un valore per il privato che entra in contatto con l'amministrazione a prescindere dall'esito finale del procedimento, atteso che nella programmazione delle proprie attività e dei propri investimenti il cittadino deve poter contare su un orizzonte temporale certo entro il quale conoscere se una propria iniziativa può essere o meno realizzabile.

Sulla base di tale presupposto si è, quindi potuto affermare che l'amministrato vanta un vero e proprio diritto soggettivo alla tempestiva conclusione del procedimento che si giustappone all'interesse legittimo rispetto al favorevole esito della propria istanza⁶¹.

Parimenti, anche alla base della comunicazione di avviso di avvio del procedimento è stato ravvisato non solo l'interesse alla partecipazione al procedimento in funzione strumentale al suo favorevole esito, ma anche il diritto ad avere una conoscenza preventiva dell'esercizio dei poteri amministrativi che possono incidere sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei privati in modo da consentire agli stessi di evitare investimenti su beni che di lì a poco potrebbero andare perduti⁶².

Estraneo alla figura dell'interesse legittimo è apparso anche l'istituto della dichiarazione di inizio attività⁶³ il quale, come ha osservato la dottrina, non costituisce una forma tacita di esercizio del potere autorizzativo ma, per le attività che rientrano nel suo ambito di applicazione, dà luogo ad un fenomeno di arretramento del potere e di avanzamento della sfera di libertà del cittadino al quale è conferito il diritto di dare corso alle proprie iniziative senza

⁶¹ M. CLARICH *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995. Riconduce, invece, il dovere di concludere il procedimento alla figura dell'interesse legittimo, F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

⁶² A. ZITO, *op. ult. cit.*

⁶³ Oggi segnalazione di inizio attività a seguito delle modifiche apportate dalla D.L. 78/2010 convertito nella L. 122/2010 all'art. 19 della L. 241/90.

dover preventivamente ottenere un atto di assenso della pubblica amministrazione⁶⁴.

Alla stregua delle sopra richiamate ricostruzioni il procedimento amministrativo assume una valenza del tutto nuova rispetto alle impostazioni tradizionali. Esso non è più solo il luogo di formazione del provvedimento nel quale confluiscono (anche in forza della partecipazione) i diversi interessi pubblici e privati coinvolti dalla decisione amministrativa. Le norme procedurali tengono conto anche di esigenze ed aspettative⁶⁵ collaterali ed ulteriori rispetto al tradizionale rapporto fra l'interesse pubblico perseguito dalla p.a. ed il bene finale della vita che il privato aspira a conservare o ad ottenere; pertanto, nell'ambito di una moderna visione del rapporto fra pubblica amministrazione e cittadino assumono esse stesse una rilevanza tutt'altro che secondaria divenendo meritevoli di *autonoma* protezione⁶⁶.

⁶⁴ Per la ricostruzione delle varie tesi prospettate in ordine alla dichiarazione di inizio attività si rinvia a A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enc. Dir.*, Annali, II-2, 2008 e, più di recente a R. GISONDI, *Le azioni proponibili dai terzi controinteressati alla s.c.i.a.*, in *Diritto pubblico*, 2012, 3, p. 921 e ss.

⁶⁵ Come quelle relative alla certezza dei tempi dell'azione della p.a., ad essere informato delle iniziative della p.a. che coinvolgono in via diretta i propri interessi, a dar inizio alle proprie attività senza necessità di ottenere un preventivo atto di assenso.

⁶⁶ Si è infatti osservato (A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* in *Enc. Dir.*, Agg. 2., Milano, 1998, 966 e ss.) che le regole di procedura sancite dalla legge 241 del 1990 risponderebbero ad una duplice funzione: quella, immancabile, di tutelare la dignità del cittadino di fronte all'esercizio del potere pubblico e quella, eventuale, di consentirgli di difendere nel procedimento un suo interesse materiale indirizzando il potere della pubblica amministrazione. A tali a tali due finalità corrisponderebbero situazioni giuridiche diverse: di diritto soggettivo al rispetto dei doveri di correttezza non immediatamente finalizzati alla più favorevole disciplina di un interesse materiale di base del cittadino e di interesse legittimo allorché l'osservanza della norma procedimentale violata avrebbe potuto influire sul contenuto dispositivo della decisione.

5. *Evoluzione del rapporto tra autorità e cittadino nelle successive modifiche apportate alla legge 241 del 1990.*

La legge 241 del 1990 ha subito nel corso della sua esistenza profonde modifiche e trasformazioni.

Nell'articolato, alla disciplina del procedimento è stata affiancata quella relativa alla efficacia e validità del provvedimento⁶⁷; è stato arricchito l'ambito dei principi guida della azione amministrativa⁶⁸; è stato notevolmente esteso l'ambito di applicazione degli istituti afferenti la semplificazione amministrativa con la creazione di ampi settori nell'ambito dei quali gli atti di assenso vengono sostituiti dal silenzio assenso o da una dichiarazione preventiva del privato che intenda dare inizio ad una certa attività⁶⁹; è stata resa ancora più stringente la disciplina dei tempi della azione amministrativa⁷⁰; è stato rafforzato il

⁶⁷ Si veda l'intero Capo IV bis "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, revoca e recesso" introdotto dall'art. 14 della L. 11 febbraio 2005 n. 15 ancora recentemente modificato dalla legge 7 agosto 2015 n. 124 (cd. legge Madia). In dottrina si veda CERULLI IRELLI V., *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Saggi ordinati in sistema, Napoli, 2006.

⁶⁸ Agli originari criteri di economicità, efficacia e pubblicità previsti dall'art. 1 della L. 241/90 è stato dapprima espressamente aggiunto il criterio di trasparenza (L. 15/2005) poi quello di imparzialità (L. 69/2005), che, peraltro, sin dall'origine ne sono stati i principi ispiratori; in seguito è stato introdotto il rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario nonché l'osservanza delle norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa (L. 15/2005).

⁶⁹ Si vedano, a tal proposito, gli artt. 19 e 20. La dichiarazione di inizio attività è oggi divenuta "segnalazione di inizio attività" a seguito dell'intervento di modifica apportate dall'art. 49 comma 4 bis del D.L. 31 maggio 2010 n. 78 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.

⁷⁰ Il termine di conclusione del procedimento non è più rimesso alla regolamentazione di ciascuna amministrazione, ma ne è stato fissato il limite massimo in 90 giorni e ne è stato previsto l'obbligo di comunicazione all'interessato in sede di avvio (L. 15/2005); detto termine è stato poi ridotto a 30 giorni (L. 69/2009) ed è stato previsto, altresì, il risarcimento del danno cagionato dalla sua violazione dolosa o colposa da parte dell'amministrazione procedente (art. 2 bis introdotto dalla L. 69/2009).

contraddittorio procedimentale⁷¹; sono stati implementati gli strumenti di coordinamento fra le diverse competenze amministrative come la conferenza di servizi⁷².

Uno dei principali *leit motive* dei vari interventi di riforma è stata l'esigenza di ridurre la lentezza e la farraginosità del sistema burocratico dei controlli sulle attività private, nella consapevolezza che esso costituisca uno dei principali ostacoli al dispiegarsi delle libertà economiche di matrice comunitaria e allo sviluppo della economia nazionale.

Ciò ha comportato un notevole *rafforzamento della tutela degli interessi del cittadino che afferiscono ai tempi e alle modalità (semplificate) per la conclusione del procedimento* i quali, come si è detto, vanno sempre più assumendo una propria autonoma consistenza rispetto a quelli che riguardano il contenuto (favorevole o sfavorevole) del provvedimento.

Più contraddittorio è stato, invece, l'atteggiamento tenuto dal legislatore nei riguardi degli interessi partecipativi (la cui codificazione, come si è detto, costituiva in origine uno dei principali elementi di novità della legge 241 del 1990).

Se da un lato, infatti, la partecipazione dell'amministrato ai procedimenti che nascono da una sua istanza è stata resa più incisiva, imponendo all'amministrazione di instaurare dopo il termine dell'istruttoria una nuova fase di confronto sui motivi ostativi che potrebbero comportarne il rigetto, dall'altro, tuttavia, la rilevanza di tutto il sistema della partecipazione procedimentale è stata posta in discussione per effetto della introduzione nella legge dell'art. 21 *octies* nella parte in cui prevede che i vizi procedurali non

⁷¹ Tramite la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ai sensi dell'art. 10 bis introdotto dalla L. 15/2005; la predisposizione di un calendario di incontri tra p.a., destinatario ed eventuali contro interessati al fine di favorire la conclusione di accordi sostitutivi del provvedimento ai sensi dell'art. 11 (L. 273/1995).

⁷² Si veda l'art. 14 e successive articolazioni.

possano comportare l'annullamento del provvedimento laddove, in ragione della sua natura vincolata, questo non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, e che, in caso di mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, l'amministrazione sia sempre ammessa a dimostrare che, in concreto, l'eventuale partecipazione sarebbe stata ininfluenza.

Il regredire degli istituti partecipativi a regole formali la cui violazione può restare priva di conseguenze sulla annullabilità dell'atto finale ha suscitato molte discussioni.

Solo una parte minoritaria della dottrina ha, tuttavia, tratto dalla disciplina dettata dall'art. 21 octies della legge 241 del 1990 la conclusione che la mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, nelle ipotesi ivi previste, sarebbe stata relegata nel campo delle mere irregolarità formali.

E' prevalsa, invece, (anche in giurisprudenza) la tesi secondo cui la suddetta norma inciderebbe sulle condizioni (interesse o, secondo, alcuni, legittimazione) per la proposizione dell'azione di annullamento innanzi al giudice amministrativo, ma non minerebbe la rilevanza sostanziale dell'interesse alla partecipazione procedimentale la cui lesione, anche nelle ipotesi previste dal citato art. 21 octies, potrebbe rilevare sul piano risarcitorio (qualora abbia causato un danno patrimoniale o non patrimoniale), atteso che il rispetto delle norme sulla partecipazione, anche qualora esse non siano idonee ad influire sul contenuto del provvedimento, costituirebbe sempre un obbligo che la p.a. deve adempiere per tutelare l'integrità morale e patrimoniale del cittadino di fronte all'esercizio del potere pubblico.

CAPITOLO II

IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELL'APPLICABILITA' DELLA LEGGE N. 241 del 1990 ALLE REGIONI PRIMA E DOPO LA RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE.

SOMMARIO: 1. Le disposizioni della legge n. 241 del 1990 quali principi generali dell'ordinamento giuridico : presupposti di tale inquadramento e problematiche connesse – 2. I nuovi rapporti tra legge statale e legge regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione. I principi generali dell'ordinamento dello Stato perdono il loro carattere vincolante per i legislatori regionali; conseguenze sul fondamento costituzionale dell'applicabilità della legge sul procedimento agli ordinamenti regionali.

1. Le disposizioni della legge n. 241 del 1990 quali principi generali dell'ordinamento giuridico : presupposti di tale inquadramento e problematiche connesse.

La concezione "procedimentale" della relazione fra cittadini e pubblici poteri introdotta dalla legge 241 del 1990 rappresentava una indubbia novità rispetto ai canoni tradizionali propri dello Stato liberale.

Come si è già detto, infatti, secondo quei canoni il punto di rilevanza esterna della attività amministrativa era dato dal provvedimento a cui si riconnettevano gli effetti giuridici prodotti nei confronti dei privati, mentre tutta l'attività precedente la sua adozione si reputava non pertinente alla sfera di azione del privato in quanto rientrante nella dimensione organizzativa della p.a.

Queste concezioni, ancora molto diffuse nei primi anni '90, ebbero notevole influenza allorché si pose il problema di inquadrare la legge sul procedimento amministrativo in un preciso ambito materiale al fine di stabilire se essa rientrasse nell'ambito della competenza legislativa dello Stato, oppure dovesse rientrare in una o più delle materie attribuite alla competenza concorrente delle regioni.

CAPITOLO SECONDO

Il legame fra procedimento e organizzazione della p.a. e, nello stesso tempo, l'idea che tale organizzazione costituisse un'entità separata rispetto alle soggettività dei privati, portatrice di un interesse pubblico superiore e contrapposto a quello individuale, non fece percepire appieno la portata innovativa della legge 241 del 1990.

Questa, essendo diretta ad innovare profondamente il rapporto fra pubblica amministrazione e cittadini, attenuandone i caratteri autoritari, ben avrebbe potuto essere considerata come *fonte di posizioni soggettive attinenti lo status civitatis*, come tali, insuscettibili di trattamento territorialmente differenziato¹.

Prevalse, invece, l'idea che si trattasse di una legge sulla organizzazione delle funzioni amministrative contenente mere "norme di azione" volte, cioè, a porre regole oggettive di legittimità dell'esercizio del potere in funzione della ottimale realizzazione dell'interesse pubblico².

La conseguenza di tale impostazione fu che la legge in esame venne considerata come potenzialmente interferente con competenze legislative che avrebbero dovuto spettare alle regioni.

¹ Sulla natura di norme di relazione e non di azione delle disposizioni contenute nel progetto di legge elaborato dalla Commissione NIGRO si veda G. PASTORI *Il procedimento amministrativo fra vincoli formali e regole sostanziali* cit. che ravvisava il fulcro di novità della predetta iniziativa legislativa nel fatto che essa fissava non tanto "uno o più modelli procedurali quanto i principi qualificanti dei rapporti fra cittadini ed amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa. Si veda, altresì, C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, secondo il quale le norme costituzionali enunciate di principi generali in tema di attività amministrativa sarebbero fonte di altrettanti diritti fondamentali per il cittadino e, sempre in tal senso tutti gli autori citati alla nota n. 19 del precedente capitolo.

² Secondo la nota definizione di E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 3. Peraltro anche in tempi relativamente a noi prossimi è stato affermato che le norme che disciplinano il procedimento sono dirette a regolare l'esercizio unilaterale del potere della pubblica amministrazione, in modo da assicurare la conformità dei valori dell'imparzialità e della trasparenza e non già a conferire ai privati situazioni soggettive personali; in tali termini A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.* 1994, p. 680 e ss. Nella medesima direzione si veda M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 357, secondo il quale la legge sul procedimento disciplinerebbe le forme di esercizio del potere siccome attribuito agli enti pubblici dall'ordinamento giuridico, concernendo, ad esempio, la ripartizione delle competenze ed in senso lato l'organizzazione amministrativa.

A queste, infatti, l'art. 117 Cost. (nella versione precedente la riforma del Titolo V) affidava l'organizzazione dei propri uffici.

La stessa legge regionale veniva, inoltre, concepita come emanazione della potestà di governo³, fonte disciplinatrice del potere pubblico per l'attuazione dei compiti affidati dalla Costituzione agli enti regionali; era, quindi inevitabile che proprio la disciplina delle funzioni amministrative (corrispondenti allora alle materie elencate dall'art. 117 in virtù del criterio del "parallelismo"⁴) fosse considerata il suo terreno di elezione.

³ Illuminanti rispetto ai rapporti fra legislazione regionale e potestà di governo sono le parole di P. VIRGA, *La Regione*, Milano, 1949, p. 37, secondo cui "l'esercizio della potestà legislativa porta con se anche l'esercizio della potestà governativa... Indubbiamente anche l'attività amministrativa obbedisce a direttive politiche impartite dal governo, ma la determinazione dell'indirizzo politico assume un rilievo di gran lunga maggiore ed una più pronta realizzazione con la potestà legislativa. Pertanto la regione, essendo dotata di potestà legislativa è un ente politico, che attua il proprio indirizzo politico mediante l'esercizio della potestà amministrativa, la quale si svolge in applicazione delle leggi da essa emanate".

⁴ E' del resto considerazione diffusa in dottrina che le materie previste dal 117 Cost. (ante riforma del Titolo V) abbiano un carattere eminentemente «amministrativo», costituendo uno strumento per la realizzazione dei compiti sociali che la Costituzione affida alle regioni. Sul punto si veda PASTORI G., *Procedimento amministrativo e competenza regionale*, in *Le Regioni 1992*, 1349 e ss. L'autore commentando la sentenza della Corte costituzionale n. 465 del 1991, afferma che «non si vede come possa esplicitarsi la competenza delle regioni nelle singole materie se non disciplinando, appunto, in primo luogo, l'attività amministrativa». Sul tema si veda anche G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione* in *Le Regioni 2001*, 1252. Anche la Corte costituzionale, inoltre, ha sempre ritenuto che l'ambito naturale della legislazione regionale fosse costituito dai rapporti di diritto pubblico. Cfr. Corte cost. 2 luglio 1956 n. 7; Corte cost. 7 gennaio 1958 n. 6; Corte cost. 12 luglio 1965 n. 72. In particolare pare utile richiamare le considerazioni di R. TOSI, *Principi fondamentali e legge statale nelle materie di competenza concorrente delle regioni*, Padova, Cedam, 1987, p. 12 secondo la quale l'attribuzione della potestà legislativa alle regioni ha sancito « la definitiva trasformazione dei contenuti e degli scopi dell'atto "legge" che non rappresenta più uno strumento di garanzia del cittadino contro il potere esecutivo ma, qui, più ancora che a livello statale, diviene prevalentemente strumento di organizzazione e azione del potere pubblico per la realizzazione dei compiti che esso si è assunto in campo sociale ed economico. Sicchè, "ferma rimanendo la distanza tra atto legislativo e atto amministrativo per il diverso regime che l'ordinamento ad essi riserva, si raccorcia, invece, la distanza fra le funzioni che i due atti esprimono – con forma ed efficacia diverse – entrambe espressione di una più comprensiva funzione di governo".

CAPITOLO SECONDO

Su tali basi si spiega l'orientamento assunto dalla Corte Costituzionale fin dai primi anni '90 secondo cui «il procedimento amministrativo, in quanto modo di esercizio delle diverse competenze, non coincide con uno specifico ambito materiale di competenza, sicché la disciplina dei vari procedimenti dovrà essere affidata a fonti statali o a fonti regionali, a seconda che gli stessi attengano all'esercizio di competenze materiali proprie dello Stato o delle Regioni. E ciò, anche, in considerazione della naturale connessione esistente tra la disciplina del procedimento e la materia dell'organizzazione, connessione che conduce a individuare nella regolamentazione ad opera della Regione dei procedimenti amministrativi di propria spettanza un corollario della competenza regionale, richiamata nell'art. 117 della Costituzione, concernente l' "ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalle Regioni»⁵.

In tale contesto una disciplina generale del procedimento amministrativo dettata con legge dello Stato poteva avere come termine diretto di riferimento l'organizzazione degli apparati ministeriali e del cd. parastato, mentre la sua applicabilità anche all'attività amministrativa delle regioni ordinarie e (a maggior ragione) di quelle a statuto speciale doveva poggiarsi su un titolo di competenza che abilitasse lo Stato a regolare una materia (come quella dell'organizzazione e della disciplina delle funzioni) che la Costituzione riservava (ancorché non in via esclusiva) all'autonomia normativa di tali enti.

Una prima soluzione avrebbe potuto consistere nel classificare la legge 241 del 1990 come norma cornice inerente i principi fondamentali dell'organizzazione degli uffici e degli enti dipendenti dalle regioni a statuto ordinario.

⁵ Corte cost. sentenza del 13 dicembre 1991 n. 465. Con tale sentenza la Consulta escluse l'applicabilità alle regioni della disciplina attuativa degli artt. 19 e 20 della L. 241/90 in materia di d.i.a. (art. 19) e di silenzio assenso (art. 20) contenuta in un regolamento statale, affermando che la disciplina dei procedimenti amministrativi rientranti nelle materie di competenza regionale spettava alle regioni stesse.

Ma non fu questa l'opzione prescelta dal legislatore che, probabilmente, intuì che la disciplina del procedimento, contenendo uno statuto generale del modo di atteggiarsi della p.a. di fronte al cittadino, aveva un respiro assai più ampio di un testo normativo settoriale riguardante l'organizzazione degli apparati burocratici.

Oltretutto, qualificare la legge 241 del 1990 nell'ambito della competenza concorrente prevista dall'art. 117 Cost. avrebbe significato decretarne l'inapplicabilità a quelle regioni a statuto speciale nell'ambito delle quali l'organizzazione degli uffici rientrava nella competenza legislativa esclusiva.

L'aspirazione, quasi naturale, della legge sul procedimento a costituire un modulo di azione valido per tutte le pubbliche amministrazioni della Repubblica fu assecondata dal legislatore nazionale inquadrandola nell'ambito dei "principi generali dell'ordinamento giuridico"⁶ che, nel quadro

⁶ Secondo la Corte costituzionale (sent. 6/56, 68/61, 415/94) costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico « gli orientamenti e le direttive di carattere generale e fondamentale che desunti dalle norme positive attraverso un procedimento di astrazione investono, per la loro generalità, l'intero ordinamento giuridico in ciò differenziandosi dai principi fondamentali fissati dalle leggi dello Stato per le singole materie ». Sono stati riconosciuti come principi generali dell'ordinamento, per esempio: la libera concorrenza nelle attività lavorative manuali (sent. 6/1956), l'obbligo di indennizzare il proprietario espropriato (sent. 49/1958), l'esclusiva competenza statale in materia processuale (*ibidem*) la definitività del controllo (sent. 73/1961), il giusto procedimento (sent. 13/1962, 30/1964, 7/1982), l'attualità e la concretezza dell'interesse pubblico nell'espropriazione (sent. 90/1966), il "principio di contabilità pubblica" circa la separazione della spesa corrente da quella per investimenti (sent. 245/1984); il principio organizzativo del sindacato maggiormente rappresentativo (sent. 975/1988), la tutela delle minoranze linguistiche (sent. 289/1987 e 768/1988), la c.d. contingenza (45/1978), l'irretroattività della legge regionale se si riflette sulla continuità dell'ordinamento giuridico (44/1957, 116/1957, 123/1957, 13/1980, 91/1982, 19/1989, 389/1991, ord. 713/1988), il silenzio-rifiuto (sent. 191/1986), il principio del *neminem laedere* (sent. 16/1992); il "valore" della certezza del diritto (sent. 101/1986).

Sulla nozione di principio generale si vedano V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa* in *Jus* 1940, Milano, p. 193 e ss. e dello stesso autore, *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto* in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1941, p. 117 ss.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 842; L. GIOVENCO, *Principi dell'ordinamento giuridico dello Stato e potestà legislativa delle Regioni* in *Riv. trim. di d. pubblico*, 1956, p. 456 e ss.; C. MORTATI, *Funzione dei principi generali*

costituzionale precedente alla riforma del titolo V della Costituzione, potevano germinare dalla sola legislazione dello Stato ed ai quali anche le regioni a statuto speciale, nell'esercizio della propria potestà legislativa esclusiva, erano tenute a prestare osservanza⁷.

L'art. 29 della legge n. 241 del 1990 imponeva, così, a tutte le regioni di adeguare la propria legislazione ai nuovi principi sul procedimento amministrativo, autoqualificandoli come principi generali dell'ordinamento giuridico. La disciplina transitoria, tenendo conto del diverso grado di autonomia normativa degli enti regionali, prescriveva alle regioni a statuto speciale di conformare entro un anno i rispettivi ordinamenti ai principi della legge n. 241 del 1990, mentre, per le regioni a statuto ordinario, era previsto che la legge trovasse integrale applicazione fino a quando esse non avessero legiferato in materia⁸.

dell'ordinamento, voce Costituzione dello Stato in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, p. 62; A. D'ATENA, voce *Legge regionale (e provinciale)* in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 982; NANIA, *Limite dei principi e autonomia legislativa regionale*, in *Giur. cost.* 1980, p. 1778 e ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto* in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1986, p. 494 ss; R. TOSI, *Principi fondamentali* cit., p. 67 e ss..

⁷ Il limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, sebbene previsto dai soli statuti delle regioni ad autonomia speciale (salvo quello siciliano), furono *a fortiori* ritenuti cogenti anche per le regioni a regime ordinario in quanto dotate di un minor grado di autonomia rispetto alle prime. Tale assunto era corroborato dalla constatazione che anche gli statuti delle regioni a regime ordinario, in base all'art. 123 Cost. (vecchio testo), dovevano armonizzarsi alle leggi dello Stato. In proposito si vedano: M. A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 33; G. PASTORI, *Legge 7 agosto 1990 n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, Cedam, 1995, p. 24. Nello stesso senso V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, p. 369 «deve riconoscersi anche nelle materie di competenza piena una incidenza su di esse della legge statale, limitatamente ai principi più generali, dovendo pur sempre le norme più generali poggiarsi, per così dire, sui principi dell'ordinamento giuridico della comunità statale» e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova, Cedam, 1967, p. 771, secondo il quale «i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato limitano ogni specie di legge regionale (anche nella materia di legislazione esclusiva)».

⁸ Il primo ed il secondo comma dell'art. 29, nell'enunciare la vincolatività dei principi della legge n. 241/90 alle regioni li qualificava rispettivamente come principi generali per le regioni a statuto ordinario e come principi fondamentali per le regioni a statuto speciale. Di tale impropria terminologia ne dette atto il senatore L. Elia nella discussione parlamentare alla Commissione Affari costituzionali del Senato, durante la quale affermò che «i principi generali dell'ordinamento sono un limite specifico per le

La scelta compiuta dal legislatore non era, tuttavia, esente da risvolti critici.

In primo luogo, a differenza dei principi fondamentali della materia previsti dall'art. 117 Cost., era assai dubbio che i principi generali dell'ordinamento potessero costituire uno specifico "titolo di competenza" legislativa.

I predetti principi, infatti, venivano tradizionalmente considerati dalla dottrina alla stregua di regole generali *immanenti* nel sistema legislativo che spettava all'interprete individuare attraverso un procedimento induttivo dall'insieme della legislazione dello Stato⁹.

Si era perciò ritenuto che essi, diversamente da quelli fondamentali che delimitano la legislazione regionale concorrente¹⁰, non potessero essere introdotti con carattere di novità attraverso precetti legislativi espressi i quali, a tutto voler concedere, avrebbero potuto avere esclusivamente carattere ricognitivo di indirizzi già esistenti¹¹.

Regioni a statuto speciale, mentre il limite delle norme fondamentali stabilite nelle leggi dello Stato attiene specificamente alle Regioni a statuto ordinario. Comunque, il senso della disposizione è chiaro: tutte le Regioni, nella volontà del legislatore sono vincolate ai principi desumibili dalla legge n. 241/90 » TRAVI A., *Art. 29 in Id. (Commentario a cura di) Legge 7 agosto 1990 n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Le nuove leggi civili e commente*, Padova, Cedam, 1995, p. 140 ss.; G. PASTORI, *op. cit.*

⁹ Si veda nota 5.

¹⁰ I principi fondamentali avrebbero dovuto essere positivamente formulati dal legislatore statale attraverso apposite leggi statali (cd. cornice) ai sensi dell'art. 117 Cost.

¹¹ Sul punto si veda D'ATENA (voce *Legge regionale (e provinciale)* cit.) secondo il quale « i principi generali benché normalmente riconducibili a fonti legislative statali, eccedono la normale portata di queste. Essi costituiscono il prodotto (o la conseguenza giuridica) non di singoli atti normativi, ma del loro reciproco combinarsi, non cioè di volontà legislative dirette a porli, ma del sistema ovvero dell'ordinamento». La loro nascita, pertanto, è ricollegata dall'ordinamento, non alla fonte legislativa, in quanto tale, ma al "fatto" della compresenza di disposizioni espressive di un medesimo indirizzo, ovvero, almeno in taluni casi, al consolidamento di prassi legislative costanti, se non, addirittura, alla consuetudine ». Pertanto, secondo l'Autore, " nei settori in cui la competenza legislativa piena delle regioni ad autonomia speciale può esplicitarsi, al Parlamento deve ritenersi interdetto di intervenire con enunciazioni di principio, devianti dagli indirizzi che, in concreto, ne ispirino la legislazione (ed esclusivamente preordinate a condizionare gli

Era, quindi, lecito dubitare che i principi ricavabili dalla legge n. 241 del 1990 fossero tutti genuina espressione di indirizzi già consolidati nell'ordinamento legislativo statale, trattandosi di un testo legislativo che, sotto plurimi aspetti, innovava degli assetti preesistenti.

sviluppi della normazione regionale)". Il pensiero di D'ATENA si rifà espressamente alla concezione di E. BETTI (*Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 842) il quale ravvisava il carattere dei principi generali nella «eccedenza di contenuto deontologico», che li renderebbe capaci di disciplinare un numero indefinito di fattispecie e ne impedirebbe una formulazione in termini strettamente precettivi, poiché se così fosse, ne sarebbe compromesso il carattere di razionalità e finirebbero per essere ridotti al "rango di altre norme qualunque". Di contrario avviso è stata altra parte della dottrina (F. CUOCOLO, *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 30 ss.) secondo la quale i principi generali sono vere e proprie norme giuridiche di diritto positivo che si distinguono per il loro carattere programmatico, ossia l' idoneità a contenere un tema normativo suscettibile di sviluppo attraverso un'ulteriore normazione (di dettaglio), per cui la norma-principio è un frammento di norma che solo unendosi ad altri atti normativi, almeno già parzialmente impliciti in essa, diviene imperativo giuridico perfetto, diretto a tutti i soggetti dell'ordinamento. In quanto aventi natura di vere e proprie norme i principi generali potrebbero, quindi, essere contenuti in espresse disposizioni del legislatore statale divenendo in tal modo vincolanti anche per i legislatori regionali (concorde sul punto anche CRISAFULLI V. *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa* in *Jus* 1940, Milano, p. 193 e ss.. Si veda anche l'approfondito studio sull'argomento di V. ITALIA *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 81) il quale afferma che i principi generali sono disposizioni normative stabilite dal legislatore e cita a dimostrazione della bontà di questa tesi gli artt. 76, 99 III, 115, 117, 128 della Costituzione e l'art. 5 dello statuto FVG, gli artt. 5 e 56 dello statuto TAA, l'art. 4 e 46 dello statuto SA, l'art. 46.

Diversa questione è quella se il legislatore possa autoqualificare una disposizione come principio generale. Sul punto è stato sostenuto (A. TRAVI, *commento all'art. 29 della legge 7 agosto 1990 n. 241*, cit., 141) che «l'autoqualificazione di "principi generali dell'ordinamento" data dalla legge a determinate disposizioni normative non ha un valore vincolante, perché la qualificazione di un principio come "principio generale dell'ordinamento" dipende dal suo contenuto effettivo, e non dalla attribuzione di tale carattere da parte del legislatore ordinario». Nel medesimo senso si esprime G. FARES, *Il procedimento amministrativo*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali* a cura di G. CORSO e V. LOPILATO, Milano, 2006, p. 567, secondo cui « il vincolo per i legislatori regionali discende dalla natura, più che dalla qualificazione, da considerarsi al limite come avente valore confermativo o ricognitivo, in quanto di per sé non determinante, secondo l'insegnamento fornito dallo stesso giudice costituzionale ». Per la giurisprudenza della Corte Costituzionale si vedano le seguenti pronunce: Corte cost. 27 giugno 1986 n. 151, in *Le Regioni*, 1986, p. 1283; Corte cost. 3 aprile 1987 n. 99, ivi, 1987, p. 1116; Corte cost. 26 febbraio 1990 n. 85, ivi, 1991, p. 290; Corte cost. 21 maggio 1987 n. 192 in *Giur. cost.*, 1987, p. 1413 e ss; Corte cost. 7 novembre 1995 n. 482 in *Giur. cost.*, 1995, p. 4093 e ss. con nota di M. CARTABIA.

In particolare, se la qualificazione di principio generale, in forza del già citato orientamento della Corte Costituzionale¹², poteva forse attagliarsi al principio del «giusto procedimento» o della necessaria motivazione dei provvedimenti amministrativi,¹³ altrettanto non pareva potersi affermare con riguardo ad altri istituti come, ad esempio, il silenzio assenso o la d.i.a., i quali non rappresentavano certo moduli diffusi nel panorama della legislazione statale dell'epoca¹⁴.

Inoltre, non tutte le disposizioni della legge n. 241 del 1990 parevano avere carattere di norme di principio, molte di esse essendo vere e proprie regole di dettaglio riferite a fattispecie concrete e, quindi, immediatamente applicabili¹⁵.

¹² Si veda il cap. I par. 2.

¹³ Si veda la nota 27 del cap. I.

¹⁴ Per le stesse ragioni la dottrina dubitò, altresì, della rispondenza ai principi generali anche dell'istituto della conferenza di servizi che, parimenti, appariva innovativo rispetto a regole consolidate in ordine alla manifestazione della volontà dei plessi amministrativi deputati ad esprimere assensi o nulla osta rilevanti ai fini dell'adozione di un certo provvedimento. G. CORSO – F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, p. 33 il quale ravvisa proprio nel carattere innovativo delle disposizioni in questione un ostacolo al loro inquadramento come principi generali dell'ordinamento implicante un radicamento attuale nel sistema.

¹⁵ La difficoltà di operare una netta distinzione fra norme di dettaglio e norme di principio è, peraltro, testimoniata dal tormentato dibattito intorno alla individuazione della nozione di principi fondamentali della materia previsti dall'art. 117 Cost. Come è noto il disegno costituzionale che poneva, alla base del riparto della competenza legislativa fra lo Stato e le regioni a statuto ordinario (nelle materie previste dall'art. 117 Cost.), la distinzione fra norme di principio di carattere programmatico e non autoapplicativo, da adottarsi attraverso apposite leggi cornice, e norme di dettaglio contenenti la disciplina dei rapporti giuridici (sul quale si veda F. CUOCOLO, *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, cit.), non si è mai compiutamente realizzato. Il legislatore statale, salvo sparute e settoriali eccezioni, non ha mai adottato leggi cornice, ma ha continuato ad esercitare la sua funzione emanando norme a carattere autoapplicativo anche nelle materie assegnate alla competenza regionale. La Corte Costituzionale ha avallato tale prassi stabilendo che i principi vincolanti per le regioni avrebbero dovuto essere estrapolati, attraverso un'operazione interpretativa, dalle leggi statali. Ne è derivato un sistema basato non più sul concorso fra norme di principio e di dettaglio, destinate ad integrarsi ed a formare un unico corpo, ma sulla sovrapposizione di fonti omogenee regolata dal principio della "cedevolezza" della legge statale di dettaglio rispetto alla legge regionale sopravvenuta. A ciò si è aggiunta poi la difficoltà di dare un preciso significato al concetto, quasi inafferrabile, di norma di principio. Numerosi sono stati i casi in cui la Corte

Si riproponeva così, anche per la legge n. 241 del 1990, il problema se i principi dovessero identificarsi esclusivamente con le direttive di fondo della legge (partecipazione, trasparenza, pubblicità, semplificazione etc.) o potessero anche coincidere con talune sue puntuali disposizioni.

La dottrina, optò per questa seconda soluzione, ravvisando le disposizioni di principio nell'intera disciplina contenuta nei capi II e III della

Costituzionale ha stabilito l'inderogabilità da parte delle regioni di precetti puntuali di carattere non programmatico sulla base dell'assunto che essi sarebbero "coessenziali" rispetto ad un sottostante principio (ad esempio, secondo Corte Cost. sent. n. 355/93, la presenza al vertice delle ASL di un direttore generale sarebbe norme di principio e allo stesso tempo di dettaglio), oppure perché sancirebbero standard minimi di tutela destinati ad avere uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale. I criteri che la stessa Consulta ha talvolta enucleato per arginare il fenomeno della integrazione fra norme di dettaglio e di principio si sono spesso rivelati effimeri. Ad esempio, si è negato che i principi possano "identificarsi con le finalità, connesse a situazioni contingenti, che hanno potuto dar luogo a una o ad alcune norme particolari, difformi dal sistema generalmente vigente", ma ciò non ha impedito di avvalorare come "principio fondamentale" o addirittura come principio di "grande riforma" norme transitorie di riorganizzazione del servizio sanitario (cfr. sent. n. 1011/1988 e sent. n. 274/1988; sent. n. 1033/1988, in cui si ammette che "fondamentale" possa essere anche la norma tratta da deroghe temporanee). Per una più dettagliata indicazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale si veda M. CARLI, *Un punto fermo in tema di principi fondamentali*, in *Le Regioni*, p. 1043 ss. Parte della dottrina ha, peraltro, ritenuto compatibile tale sistema con il disegno costituzionale. Si è affermato che, ancorché le interferenze reciproche fra legislazione statale e regionale abbiano fortemente attenuato l'idea che fra esse sussista un rigido riparto di competenza, la legge regionale conserverebbe pur sempre la "preferenza" su quella statale quando si tratta di definire la disciplina di dettaglio (V. CRISAFULLI, *Vicende della questione regionale*, in *Le Regioni*, 1982, p. 495 e ss. 502 ss.; Id. *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 210 ss., A. ANZON, *Mutamento dei principi fondamentali delle materie regionali e vicende della normazione di dettaglio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, p.1668; L. CARLASSARE, *La «preferenza» come regola dei rapporti fra fonti statali e fonti regionali nella potestà legislativa ripartita* in *Le Regioni*, 1986, p. 236 ss.). In altra e più aggiornata prospettiva il criterio di riparto sancito dall'art. 117 Cost. (ante riforma del Titolo V) è stato collegato non più ai connotati strutturali che distinguerebbero le proposizioni legislative di principio da quelle di dettaglio, ma ai diversi contenuti che le stesse potrebbero assumere; contenuti che andrebbero individuati sulla base del diverso livello degli interessi rispettivamente affidati alla cura dello Stato e delle regioni. Allo Stato, in particolare, spetterebbe disciplinare, attraverso leggi di riforma, gli interessi che trovano diretto aggancio e protezione nella Carta costituzionale, in relazione ai quali è più sentita l'esigenza di uniformità che si correla ai principi di uguaglianza ed unità dell'ordinamento giuridico. Nello svolgimento di tale compito ben potrebbero essere emanate norme puntuali ed auto applicative anche negli ambiti materiali assegnati alla legislazione regionale (cfr. R. TOSI, *Principi fondamentali e leggi regionali nelle materie di competenza regionale*, cit.).

legge e in quelle norme del capo IV attinenti i rapporti fra cittadino e p.a. con esclusione di quelle riguardanti i risvolti organizzativi interni¹⁶.

Il richiamo ai principi generali dell'ordinamento si rivelò, quindi, una comoda copertura che consentì di giustificare la pressoché integrale applicazione della legge statale sul procedimento agli ordinamenti regionali riducendo l'operazione di "adeguamento" demandata alle regioni dall'art. 29 della L. 241 del 1990 ad un adempimento poco più che formale.

La cosa non destò, tuttavia, particolare scalpore nonostante che, anche allora, una disciplina eteronoma, talvolta minuziosa, delle modalità con le quali gli uffici regionali avrebbero dovuto esercitare le proprie competenze amministrative rappresentasse una discutibile forzatura dei rapporti istituzionali fra Stato e regioni¹⁷.

Probabilmente ciò fu dovuto al fatto che le reali ragioni che sottostavano alla estensione dell'ambito di applicazione della legge 241/90 rimasero "sotto traccia" essendo correlate al suo essere non solo legge sulla organizzazione amministrativa ma anche, e soprattutto, legge che regolava la posizione del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione.

Le concezioni al tempo dominanti in ordine alla natura del procedimento amministrativo come strumento di esercizio del potere e delle posizioni soggettive che il cittadino poteva vantare all'interno di esso non permisero di valorizzare appieno il "profilo soggettivo" insito nella predetta legge che, pure, avrebbe agevolmente consentito di rendere ragione della sua generalizzata applicazione.

¹⁶ A. TRAVI, *Art. 29* in Id. (*Commentario a cura di*) *legge 7 agosto 1990 n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, cit..

¹⁷ La disciplina dell'art. 29 della L. 241/90 (forse grazie anche alla sua ambiguità) non suscitò all'epoca alcun un contenzioso fra Stato e regioni diversamente da quanto sarebbe accaduto con le successive modifiche di tale norma intervenute dopo la riforma del titolo V della Carta.

CAPITOLO SECONDO

Se, infatti, si fosse guardato alla legge 241 del 1990 come legge fonte di prerogative fondamentali del cittadino nei confronti della p.a. non sarebbe stato difficile compiere una operazione simile a quella che la Corte costituzionale aveva effettuato attraendo direttamente alla legislazione statale (senza dover ricorrere alla intermediazione dei principi fondamentali o generali) la materia penalistica e quella afferente i rapporti di diritto privato, sul presupposto che la disciplina degli attributi e dei diritti fondamentali della persona umana non può tollerare differenziazioni territoriali nell'ambito dello Stato¹⁸.

La classificazione delle norme della legge 241/90 nell'ambito delle norme di azione sulla organizzazione della p.a. comportò, invece, che le posizioni soggettive coinvolte nella loro applicazione venissero qualificate in

¹⁸ Si veda la sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 1957 n. 21 secondo la quale « Il potere legislativo penale appartiene soltanto allo Stato, principalmente in virtù di un principio generale che trova fondamento soprattutto nella particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante la pena. La quale incide sugli attributi e beni fondamentali della persona umana, in primo luogo sulla libertà personale; onde la necessità che tali restrizioni siano da stabilirsi in base a una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dalla legge dello Stato. Il principio discende inoltre da altri criteri informativi della Costituzione, quali sono consacrati nelle norme generali, e nell'art. 3, che garantisce l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, e nell'art. 5, che consacra l'unità politica dello Stato proclamando che la Repubblica è "una ed indivisibile". Per quanto riguarda l'ordinamento civile si vedano Corte cost. 27 luglio 1972 n.154; Corte cost. 5 febbraio 1992 n. 35 secondo cui « il limite del "diritto privato" si basa sull'esigenza che sia assicurata su tutto il territorio nazionale una uniformità di disciplina e di trattamento riguardo ai rapporti intercorrenti tra i soggetti privati, trattandosi di rapporti legati allo svolgimento delle libertà giuridicamente garantite ai predetti soggetti e al correlativo requisito costituzionale del godimento di tali libertà in condizioni di formale eguaglianza (artt. 2 e 3 della Costituzione) ». Analogamente, Corte cost. 26 ottobre 1995 n. 462; Corte cost. 1 aprile 1998 n. 82; Corte cost. 6 novembre 2001 n. 352. Per un approfondimento dottrinale della questione si vedano C. MORTATI, *Sulla potestà delle regioni di emanare norme di diritto privato*, in *GiC* 1956, p. 981 ss. e dello stesso autore *Disciplina dei rapporti ecc.*, in *GiC* 1958, 40 ss.; L. PALADIN, *Diritto privato e leggi regionali*, in *GiC* 1957, p. 1119 ss., con *Postilla* di ESPOSITO; V. SICA, *Legislazione regionale e rapporti privati*, in *Giur. It.*, 1957, I, 1, p. 655 ss.; L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, cit., Padova, 1958, p. 97 ss.; L. MAZZIOTTI, *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*, Milano, 1961, p. 154 ss.; S. BARTOLE, *Recessività o separazione ecc.*, in *GiC* 1968, p. 929 ss.; P. CLARIZIA, *Pubblico e privato nell'ordinamento regionale*, Napoli, 1983; E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia «ordinamento civile» di esclusiva competenza statale* in *Le Regioni*, n. 2001 p. 1343 e ss.

termini di interesse legittimo. E da ciò derivarono le difficoltà che impedirono di affermare con altrettanta chiarezza che l'intervento del legislatore statale era volto a creare uno *statuto uniforme* delle garanzie del cittadino nei confronti dell'esplicarsi del potere amministrativo non più limitato alle possibilità di reazione giustiziale e giurisdizionale contro i provvedimenti lesivi dei suoi interessi, ma comprensivo della possibilità di dialogo con il potere medesimo nel suo farsi prima della adozione del provvedimento.

Ostavano all'accoglimento di una simile ricostruzione le incertezze sulla natura dell'interesse legittimo e sul suo contenuto e, soprattutto, l'idea, più volte espressa dalla Corte Costituzionale, secondo cui gli interessi legittimi, nella loro dimensione sostanziale, non sarebbero assistiti da una soglia costituzionalmente garantita, essendo la loro consistenza interamente rimessa alla disciplina dell'azione amministrativa di volta in volta sancita dal legislatore ordinario (statale o regionale)¹⁹.

Il fatto che non si trattasse di posizioni costituzionalmente garantite (nel loro contenuto sostanziale)²⁰ fece sì che, rispetto ad esse, non si ponesse l'esigenza di uniformità che aveva indotto la Corte a ritagliare dagli ambiti della competenza legislativa concorrente delle regioni previsti dall'art. 117 Cost. le materie dell'ordinamento penale e civile.

Stante il disconoscimento del rango costituzionale delle regole sul procedimento amministrativo sancite dalla legge 241 del 1990 il fondamento della loro uniforme applicazione non poté che riposare sulla potestà dello Stato di imporre alle altre articolazioni della Repubblica il rispetto dei principi generali della propria legislazione. E, cioè, su un dato che faceva leva sulla istituzionale posizione di supremazia della legislazione statale rispetto alle fonti regionali più che sull'intrinseco contenuto della legge medesima; posizione che,

¹⁹ C. Cost. 19 marzo 1993 n. 103 in *Giur. Cost.* 1993, II, 841; C. Cost. 7 aprile 1988 n. 409 in *Giur. Cost.* 1988, I, 2, 1833.

²⁰ O meglio garantite solo sotto il profilo delle possibilità di reazione processuale, ma non del loro contenuto sostanziale; si vedano, in proposito gli artt. 24 e 103 Cost..

tuttavia, dopo poco più di un decennio dalla entrata in vigore della legge 241 del 1990, sarebbe venuta meno.

2. I nuovi rapporti tra legge statale e legge regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione: i principi generali dell'ordinamento dello Stato perdono il loro carattere vincolante per i legislatori regionali; conseguenze sul fondamento costituzionale dell'applicabilità della legge sul procedimento agli ordinamenti regionali.

L'impalcatura concettuale su cui si reggeva l'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo alle regioni non ha retto al mutato assetto dei rapporti fra leggi dello Stato e leggi regionali attuato dalla riforma del Titolo V della Costituzione avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001

Questa, come è noto, ha considerevolmente ampliato l'ambito di autonomia legislativa delle regioni a statuto ordinario operando in una duplice direzione.

Da un punto di vista quantitativo la riforma costituzionale ha non solo aumentato il numero e l'importanza delle materie devolute alla legislazione concorrente, ma ha altresì circoscritto la competenza legislativa esclusiva dello Stato ad un numero chiuso di materie puntualmente enumerate, prevedendo per gli ambiti in esse non ricompresi una nuova competenza residuale ed, al contempo, esclusiva delle regioni a statuto ordinario.

All'aumento quantitativo ed orizzontale della potestà legislativa delle regioni si è accompagnato anche un ampliamento del grado di autonomia della stessa rispetto alla legge dello Stato.

Le leggi regionali, infatti, sono state sottoposte ai medesimi limiti di quelle statali individuati nel rispetto della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali.

Sicché, al di fuori delle materie rientranti nella competenza concorrente (nelle quali spetta ancora allo Stato definire i principi fondamentali), le regioni godono ora di una sfera di competenza non solo generale, ma altresì piena in quanto soggetta ai soli limiti che la Costituzione pone a tutte le fonti di rango primario.

Secondo la dottrina prevalente nel nuovo assetto costituzionale sarebbero, perciò, state eliminate quelle prerogative generali che l'ordinamento previgente assegnava al legislatore statale per assicurare l'unità politica e giuridica dell'ordinamento repubblicano²¹. Sarebbe stato, in particolare, superato il vincolo che sottoponeva le leggi regionali all'osservanza ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato²².

²¹ Si tratta del potere attribuito allo Stato di dettare i principi generali dell'ordinamento giuridico, di adottare le leggi di riforma economico-sociale della Repubblica e di dare attuazione agli obblighi internazionali. Nell'esercizio di tali prerogative il legislatore statale poteva intervenire in qualunque ambito che la Costituzione o gli statuti delle regioni ad autonomia speciale riservassero alla legislazione regionale (piena o concorrente) la quale ne risultava, in tal modo, limitata. Sull'argomento si vedano F. CUOCOLO, *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, cit., p. 30 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, Cedam, 1976, p. 929 ss; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 43 ss.; R. TOSI, *Principi fondamentali e leggi statali nelle materie di competenza regionale*, cit., p. 20.

²² Sul punto si veda Corte Cost. e Corte Cost. 24 luglio 2003 n. 174 secondo cui "nelle materie di cui al quarto comma del nuovo art. 117 della Costituzione valgono soltanto i limiti di cui al primo comma dello stesso articolo (e, se del caso, quelli indirettamente derivanti dall'esercizio da parte dello Stato della potestà legislativa esclusiva in "materie" suscettibili, per la loro configurazione, di interferire su quelle in esame". Più di recente la Corte ha altresì affermato che in forza della clausola di cui all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, secondo la quale le disposizioni della stessa legge costituzionale, che prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite, si applicano anche alle Regioni a statuto speciale, sarebbero venuti meno anche i limiti più stringenti posti dagli statuti delle regioni a regime speciale laddove impongono che le leggi di tali regioni devono sottostare ai principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, interessi nazionali, norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica (sentenza n. 326 del 1 agosto 2008 parte in diritto 8.1)

In dottrina per la scomparsa del limite dei principi generali dell'ordinamento si sono espressi P. CAVALERI, *La nuova autonomia legislativa delle regioni* in *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Tre anni dopo* in Foro it. anno 2004, parte V, col. 61. l'autore esclude che la legge regionale possa essere sottoposta a limiti diversi da quelli espressamente indicati, i quali, senza ricorrere a nessun altro strumento, dovranno garantire il valore dell'unità dell'ordinamento consacrato nell'art. 5 Cost.; R. GRANATA,

Si è osservato, in proposito, che la sopravvivenza di tale limite sarebbe incompatibile non solo con l'equiparazione delle fonti legislative statali e regionali operata dal primo comma dell'art. 117 della Costituzione, ma anche con la nuova formulazione dell'art. 114 della Carta dal quale emerge una chiara separazione fra l'ordinamento giuridico dello Stato e quello degli altri enti territoriali la cui sfera di competenza, al di fuori dei limiti espressamente previsti, deve considerarsi ora originaria ed intangibile²³.

Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione in Foro it., 2001, V, col. 87; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici* in *Le Regioni*, 2001, p. 1223; G. FALCON, *Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione* in *Foro it.*, 2001, V, col. 87; M. OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali* in T. GROPPi e M. OLIVETTI, *La repubblica delle autonomie ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, p. 91 ss. L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2002 p. 343 e ss.; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 409 ss.. Non sono, però mancate voci che, richiamandosi all'articolo 5 della Costituzione, hanno ritenuto ancora vigente il limite dei principi generali. In tal senso, si vedano: C. E. GALLO, *Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale. Una prima lettura*. Torino, 2001, 85 e ss.; G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001* in *Le Regioni*, 2002, pp. 337 e 338 per il quale i principi generali dell'ordinamento permangono traendo il loro fondamento dal principio unitario dell'art. 5 Cost. che conserva la sua formulazione originaria; A. RUGGIERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione con specifico riguardo alle dinamiche della formazione e al piano dei controlli. Relazione al seminario organizzato dall'A.I.C. su Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione* (Bologna, 14 gennaio 2002), Milano 2002, 11 ss., nonché in www.associazionedeicostituzionalisti.it e in *Quad. reg.*, 2/2001, 565 ss., per il quale il limite dei principi generali, essendo funzionale al bene dell'unità, sarebbe indisponibile e valevole non solo per la legislazione regionale, ma anche per le leggi statali; G. MORBIDELLI, *Materie residue e limite dei principi fondamentali dell'ordinamento* in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/01_91_morbidelli.pdf.

²³ C. PINELLI, *I limiti generali della potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario* in *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Tre anni dopo*, Foro it. anno 2004, parte V, col. 61; L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, cit., p. 346 secondo la quale: « La portata innovativa dell'art. 114, 1° comma, sta dunque nell'aver posto le diverse parti della Repubblica su di un piano di parità quanto alla loro capacità « costitutiva ». La capacità costitutiva è attribuita in egual misura a tutti gli enti indicati nell'art. 114, anche se questi enti dispongono, poi, di poteri diversi quanto a misura e natura, sul piano della potestà legislativa, regolamentare e amministrativa, come si desume già dalla lettura dell'art. 114, 2° comma: « I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione » ».

Sicché, nel nuovo assetto costituzionale, la posizione delle regioni non sarebbe più quella di enti dotati di una relativa autonomia, ma pur sempre soggetti in tutto il dispiegarsi della loro attività a principi giuridici e ad indirizzi politici stabiliti dallo Stato persona. Esse, nella sfera di competenza legislativa residuale che la riforma del Titolo V ha loro attribuito, godrebbero, invece, di *indipendenza giuridica* ed anche *politica*, non essendo più vincolate né ai principi né al rispetto di indirizzi politici stabiliti dallo Stato in nome della unità dell'ordinamento giuridico o dell'interesse nazionale ²⁴.

²⁴ L'interesse nazionale, era, prima della riforma del titolo V, uno strumento (art. 117 comma 1 e 127 Cost.), finalizzato a superare l'eventuale contrasto tra l'interesse politico perseguito dalla regione con una sua legge e quello perseguito dalla maggioranza parlamentare, la quale poteva essere chiamata in via preventiva dal Governo a pronunciarsi sulla conformità di una legge regionale al superiore interesse della nazione (art. 127 Cost.), anche se, nella prassi ciò non è mai accaduto (A. BARBERA, *Regioni ed interesse nazionale*, Milano, 1973; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976 tomo II, 944 ss.). Tale limite fu trasformato da limite di merito in limite di legittimità da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale secondo la quale il legislatore regionale non solo avrebbe incontrato nell'interesse nazionale un limite che il Parlamento avrebbe potuto far valere in via successiva ed eventuale in forza del controllo di merito, ma anche un presupposto delimitativo della propria competenza legislativa che si aggiungeva a quelli già citati alla nota n. 23. E ciò in quanto, secondo la Consulta, il legislatore statale, in qualità di garante della unità ed indivisibilità della Repubblica, sarebbe stato abilitato ad intervenire in qualunque ambito materiale per dettare una disciplina unitaria di interessi esorbitanti l'ambito di una singola regione ed afferenti esigenze proprie della intera collettività nazionale (Corte cost. 18 maggio 1960 n. 32 in *Giur. cost.* 1960, 537 ss; Corte cost. 26 gennaio 1957 n. 9 in *Giur. cost.* 1957, 58 ss; Corte cost. 12 luglio 1965 n. 72 in *Giur. cost.* 1965, 895 ss; Corte cost. 16 luglio 1956 n. 20 in *Giur. cost.* 1956, 680 ss.). Dopo la riforma del Titolo V la Costituzione non contempla più l'interesse nazionale fra i limiti a cui è soggetta la potestà legislativa delle regioni la quale può essere ora sottoposta unicamente al sindacato di costituzionalità in ordine alla conformità ai limiti previsti dal comma primo dell'art. 117 e, nelle materie di competenza concorrente, ai principi della materia stabiliti con legge dello Stato. Tuttavia, parte della dottrina, ritiene che l'interesse nazionale rimanga quale limite implicito nell'ordinamento a tutela di istanze unitarie. R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma : continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale* in *Le Regioni*, 2001, p. 1213 ss.; T. MIELE, *La riforma costituzionale del titolo V della seconda parte della Costituzione : gli effetti sull'ordinamento*, in www.lexitalia.it, 2004. Altri, invece, hanno ritenuto che un approccio per interessi al tema del riparto di competenza legislativa fra Stato e Regioni non sembra trovare alcuna base nel nuovo testo della Costituzione nel quale l'interesse nazionale risulta cristallizzato nelle materie affidate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e non può essere utilizzato come titolo autonomo per l'esercizio di ulteriori poteri legislativi da parte del Parlamento. Cfr. M. OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali* in T. GROPPi e M. OLIVETTI, *La repubblica*

CAPITOLO SECONDO

L'attuazione che la riforma del titolo V della Costituzione ha ricevuto nel decennio successivo alla entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 ha, tuttavia, dimostrato che la complessità dei rapporti fra Stato e regioni non si lascia inquadrare nello schema di una assoluta separazione di competenze.

La Corte Costituzionale nella sua pluridecennale giurisprudenza ha, infatti, riconosciuto al legislatore nazionale ampie possibilità di intervento in tutti gli ambiti assegnati alle regioni.

Ciò è avvenuto in primo luogo attraverso un'interpretazione estensiva di alcune delle materie attribuite dall'art. 117 Cost. alla competenza esclusiva dello Stato che non sono state ritenute sfere di competenza circoscritte e separate da quelle regionali, ma espressione di finalità o valori di preminente interesse nazionale in funzione dei quali lo Stato è abilitato a dettare una disciplina trasversale che può interessare anche gli ambiti di competenza legislativa regionale a garanzia della loro uniforme realizzazione su tutto il territorio della Repubblica²⁵.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale ha ampliato la portata del principio di sussidiarietà, considerandolo non più come semplice criterio di distribuzione delle funzioni amministrative fra i diversi enti territoriali che

delle autonomie ed enti locali nel nuovo Titolo V, Torino, 2003, p. 91 ss. A questa posizione sembra aver aderito anche la Corte Costituzionale la quale nelle sentenze 1 ottobre 2003 n. 303, 23 dicembre 2003 n. 370, 16 gennaio 2004 n. 16 e 19 luglio 2005 n. 285 ha affermato che «Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa precedente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale».

²⁵ La Corte costituzionale ha riconosciuto il carattere di materia trasversale alla tutela dell'ambiente (Corte cost. 15 febbraio 2000 n. 54; Corte cost. 18 novembre 2000 n. 507; Corte cost. 26 luglio 2002 n. 407), alla tutela della concorrenza (Corte cost. 13 gennaio 2004 n. 14), alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (Corte cost. 6 giugno 2002 n. 282), all'ordinamento civile e penale (Corte cost. 28 gennaio 2005 n. 50; Corte cost. 24 giugno 2004 n. 185). In dottrina si veda BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie*. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione, Milano, 2006 pag. 99 – 114.

compongono la Repubblica, ma anche come criterio di riparto della competenza legislativa fra Stato e regioni. Ciò sulla base dell'assunto che ove lo Stato decida di attrarre a sé lo svolgimento di determinate funzioni amministrative lo stesso debba necessariamente disporre anche del potere di stabilirne con legge la relativa disciplina²⁶.

In questa cornice appare difficile affermare che sia venuto meno il ruolo di garante dell'unità dell'ordinamento giuridico da sempre riconosciuto allo Stato persona. Risultano, invece, profondamente mutati gli *strumenti* di cui questo può avvalersi nella sua opera unificante.

Appare, infatti, oramai definitivamente superato il dogma secondo cui l'unità dell'ordinamento giuridico si realizzerebbe attraverso una cornice di principi generali promananti dalla legislazione dello Stato a cui qualunque tipo di legge regionale dovrebbe fare riferimento. Così come è impensabile che le leggi regionali possano essere oggetto di un sindacato di merito volto a vagliarne la compatibilità con gli indirizzi politici di fondo stabiliti a livello nazionale²⁷.

²⁶ Corte cost. 1 ottobre 2003 n. 303 secondo la quale « Limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, vorrebbe dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze E' coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidiium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto ».

²⁷ Nel senso che la tenuta dell'ordinamento deve essere garantita dagli attuali strumenti, si sono espressi: L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, cit., p. 343 e ss.; M. OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, cit., p. 91 ss; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 409 ss.. La proposta, infatti, contenuta all'art. 58 c. 3 della Bicamerale D'Alema che

CAPITOLO SECONDO

Il ruolo di preminenza dello Stato si afferma, invece, attraverso la capacità di dettare una disciplina unitaria, trasversale e completa di quei beni ed interessi che l'art. 117 secondo comma Cost. considera come valori supremi ed indivisibili della nazione e di poter attrarre a sé lo svolgimento e la disciplina delle funzioni amministrative che, parimenti, coinvolgono interessi unitari della nazione.

A tale impostazione, come vedremo nel prossimo capitolo, si è adeguato anche il dibattito dottrinale sul fondamento costituzionale dell'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo agli ordinamenti regionali che ha abbandonato la logica, oramai datata, della distinzione fra normativa di principio e normativa di dettaglio concentrandosi, invece, sulla ricerca della materia entro cui il fenomeno del procedimento amministrativo può essere inquadrato.

consentiva al Governo di intervenire nelle materie di competenza regionale per imprescindibili interessi nazionali non è stata approvata.

CAPITOLO III

IL NUOVO FONDAMENTO DELL' OBBLIGO DI RISPETTO DELLA LEGGE STATALE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DOPO LA L. COST. 3/2001 DI RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. L'inquadramento della disciplina statale sul procedimento amministrativo nel regime delle competenze legislative previsto dal riformato art. 117 Cost.: aspetti problematici. – 2. La cd. "costituzionalizzazione" dei principi della legge n. 241 del 1990. – 2.1. Il richiamo alla Carta di Nizza. – 3. La perdurante necessità di una legge generale sul procedimento amministrativo. - 4. La prima riscrittura dell' art. 29 della legge n. 241 del 1990 ad opera dell' art. 19 della legge 11 febbraio 2005 n. 15. – 4.1 I rilievi della dottrina sulla nuova formulazione dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990. – 4.2. L'inquadramento della legge sul procedimento nella materia della giustizia amministrativa. – 4.3 La lettura che assegna alla legge n. 241 del 1990 natura di norma costituzionale interposta. – 4.4 La teoria che ascrive il procedimento amministrativo tra i livelli essenziali delle prestazioni. – 5. Le ulteriori modifiche apportate dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69. – 6. L'inquadramento nei l.e.p. degli istituti afferenti l'azione amministrativa nella più recente normativa. – 7. La posizione della Corte costituzionale sulla inclusione degli istituti di trasparenza e semplificazione amministrativa nei l.e.p.

CAPITOLO TERZO

1. *L'inquadramento della disciplina statale sul procedimento amministrativo nel regime delle competenze legislative previsto dal riformato art. 117 Cost.: aspetti problematici.*

Il venir meno del limite dei principi generali dell'ordinamento ha indotto la dottrina a porsi la domanda se nel contesto del nuovo Titolo V della Costituzione la competenza statale a dettare norme generali sul procedimento amministrativo, valide per tutte le articolazioni territoriali della Repubblica, possa trovare un diverso fondamento.

I primi dati che si ricavano dall'esame del nuovo testo costituzionale non sembrano offrire spunti favorevoli alla tesi affermativa.

La riforma, infatti, segna il definitivo abbandono dello schema che assegnava allo Stato il compito di garantire l'*uniformità organizzativa* degli enti costitutivi della Repubblica¹.

Ne è testimonianza il fatto che la materia dell'organizzazione degli uffici regionali non è più annoverata tra quelle di competenza concorrente previste nel nuovo testo dell'art. 117 Cost.

La disciplina dei principi fondamentali relativi all'organizzazione e al funzionamento della regione² è ora rimessa ai singoli statuti che devono essere approvati dai consigli regionali nel rispetto della Costituzione e non più anche «in armonia con le leggi della Repubblica» come prevedeva il precedente testo dell'art. 123 Cost.

¹ Una delle più importanti novità della riforma del Titolo V della Costituzione, come si è osservato nel precedente capitolo, sta proprio nella rottura del principio di uniformità organizzativa: lo Stato può ora disciplinare solo la propria organizzazione amministrativa e quella degli enti pubblici nazionali. In tal senso si vedano E CHIARLONI, *Lo Stato differenziato*, Torino, 2004 e F. MERLONI, *Il ruolo della regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, in *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua Riforma*. Atti delle giornate di studio tenutesi a Roma il 21, 22 e 23 ottobre 2011, Milano, 2011, p. 393 e ss.

² Questa disposizione, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza n. 372 del 2 dicembre 2004, riguarda propriamente le regole sul corretto esercizio della funzione e sul diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione.

Del pari, anche per quanto riguarda comuni, province e città metropolitane gli artt. 114 c. 2 e 117 c. 6 attribuiscono a tali enti autonomia statutaria «secondo i principi della Costituzione» e poteri regolamentari «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

Il riconoscimento agli enti territoriali di una piena autonomia organizzativa non appare, poi, temperato dalla attribuzione allo Stato di una potestà legislativa in materia di norme generali sulla pubblica amministrazione o sul procedimento amministrativo così come, invece, accade in altri ordinamenti di stampo autonomistico o federalista.

La materia del procedimento non compare, infatti, fra gli elenchi contenuti nei commi secondo e terzo dell'art. 117 Cost. ai quali, secondo la prevalente dottrina, deve riconoscersi natura tassativa³.

Tale norma riserva alla competenza esclusiva dello Stato solo la materia della «giustizia amministrativa» sembrando, con ciò, porsi in continuità con la concezione secondo cui solo le garanzie processuali o giustiziali del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo trovano copertura nella Costituzione e devono, quindi, essere assicurate in modo uniforme su tutto il territorio nazionale come accade per tutti i diritti fondamentali.

Vero è che il nuovo testo dell'art. 117 Cost. annovera fra le materie di competenza esclusiva dello Stato la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; tuttavia, tale formula sembrerebbe alludere all'attività di prestazione di servizi che la p.a., nelle sue diverse articolazioni, deve porre in essere per soddisfare i bisogni fondamentali dei cittadini, ma non anche al tipo di organizzazione di cui essa deve dotarsi per assicurare gli standard prefissati in sede nazionale⁴.

³ Si richiama sul punto la trattazione compiuta nel precedente capitolo.

⁴ Come osserva F. MERLONI, *Il nuovo ruolo della regione*, op. cit., p. 400, nel nuovo assetto delle autonomie ad essere uniformemente disciplinati dalla normativa statale

Non consentendo più una disciplina eteronoma dei principi inerenti all'organizzazione degli uffici regionali e non prevedendo alcuna competenza statale in ordine alle garanzie del cittadino nel procedimento amministrativo, la riforma del Titolo V sembrava, quindi, aver rimosso le basi costituzionali su cui si reggeva l'art. 29 della legge 241 del 1990 che estendeva l'applicazione dei principi desumibili dalla legge sul procedimento anche alle regioni.

Tale tesi è stata espressamente affermata da quella parte della dottrina secondo cui a differenza della giustizia amministrativa, la disciplina sostanziale dell'azione amministrativa dovrebbe ora ritenersi, anche nella sua parte generale, oggetto di legislazione generale della regione⁵. Secondo questo orientamento la legge n. 241 del 1990 continuerebbe a trovare integrale applicazione alle sole amministrazioni statali ed a costituire, al più, norma di principio nelle materie di legislazione concorrente ancora previste dall'art. 117 Cost.⁶, ben potendo le regioni, nelle materie devolute alla loro competenza

sono solo le prestazioni finali rese dalla p.a. ad i cittadini, ma non anche le soluzioni organizzative e procedurali con le quali i diritti vengono garantiti.

⁵ V. CERULLI IRELLI - C. PINELLI, *Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in *Verso il federalismo*, a cura degli stessi autori, Bologna, 2004, p. 30 (tuttavia, CERULLI IRELLI si è espresso in senso parzialmente diverso successivamente, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241 del 1990 – 6. parte*, in www.giustamm.it, 2005); in senso analogo M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1273, secondo il quale il nuovo Titolo V ha aperto la strada non solo ad «opzioni organizzative diverse», ma ad «ordinamenti del tutto differenti». Anche secondo S. SPUNTARELLI, *La disciplina del procedimento amministrativo tra competenza statale e competenze delle autonomie locali* in *Nuovi rapporti Stato regione dopo la legge costituzionale n. 1 del 2001*, Milano, 2003, p. 177 e ss., “aderendo alla tesi della tassatività delle materie attribuite allo Stato, in virtù della quale spetta alle Regioni la competenza legislativa su tutto ciò che non è riservato espressamente alla potestà esclusiva o concorrente dello Stato, la titolarità a legiferare sul procedimento amministrativo spetterebbe ai Consigli regionali” i quali sarebbero “legittimati a creare modelli procedurali propri, e perché no a crearne dei nuovi, diversi, alternativi rispetto ai principi e agli istituti della legge n. 241 del 1990, sulla considerazione della posizione di parità riconosciuta alle due potestà legislative”. Si veda altresì F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel novo titolo V della Costituzione* in *Le Regioni*, 2002, p. 409 e ss.

⁶ R. VIRGILIO, *L'applicabilità della L. 241/1990 alla luce del Titolo V della Costituzione* relazione al Convegno di Catania 2-3 dicembre 2005 “*La nuova disciplina dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi e i conseguenti poteri del giudice*”, p. 15, secondo il

residuale, disciplinare in maniera del tutto autonoma istituti chiave come la partecipazione procedimentale, l'accesso agli atti, la predeterminazione delle tempistiche procedimentali, etc., con i soli limiti del rispetto della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e dei trattati internazionali⁷.

Altra parte della dottrina ha manifestato una forte preoccupazione per il depotenziamento delle garanzie contenute nella legge n. 241 del 1990 che deriverebbe dalla predetta interpretazione del nuovo Titolo V della Costituzione in sede regionale e locale⁸.

quale è questo il significato da attribuirsi all'art. 29 della L. 241 del 1990 modificato dalla L. 15 del 2005 (su cui *amplius infra*) laddove prevede che le regioni risulterebbero vincolate ai principi concernenti le garanzie del cittadino in essa contenuti. L'assunto appare, tuttavia, criticabile atteso che i principi fondamentali della materia, per definizione, dovrebbero avere una valenza settoriale, in questo distinguendosi dai principi generali dotati, invece, di una portata trasversale.

⁷ Lo Stato conserverebbe un residuo margine di intervento nella disciplina dei procedimenti amministrativi facenti capo alle competenze legislative residuali delle regioni nell'esercizio delle proprie competenze attinenti le cd. "materie trasversali", come la concorrenza, l'ambiente etc., nelle quali potrebbe imporre specifici moduli procedimentali qualora li ritenga indispensabili per garantire, in determinati settori, livelli uniformi di disciplina su tutto il territorio nazionale. In tal senso P. LAZZARA, *La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto di competenze Stato-regione*, in *Dir. Amm.* 2007, p. 105 e ss.; R. VIRGILIO, *op. cit.*, p. 14. Si veda anche Corte cost. 27 luglio 2005, n. 336 in materia di codice delle telecomunicazioni che ha ritenuto vincolate le regioni ad osservare moduli di definizione del procedimento, informati alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità (artt. 19 e 20 d.i.a. e silenzio-assenso) nella disciplina del procedimento autorizzativo relativo alla installazione delle stazioni radio base di telefonia mobile, in quanto tali norme sono espressione del principio di semplificazione, principio fondamentale di diretta derivazione comunitaria. Ed ancora, si veda sul punto, la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004 secondo la quale lo Stato può dettare le regole di gara relative all'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica in quanto tale disciplina rientra nell'ambito della "tutela della concorrenza" (art. 117 Cost. comma 2) intesa in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica all'insegna dell'interesse nazionale, misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali". Rimane, tuttavia, controverso se la stessa disciplina della legge 241 del 1990 possa trasversalmente conservare una applicazione intersettoriale inquadrandosi nella materia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Il problema verrà affrontato più avanti.

⁸ R. FERRARA, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari* nota a Cons. St. 15 settembre 1999 in *Foro it.* 2000, III, p. 27-29; A. M. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 555 ss; R. URSI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa nel prisma della potestà normativa degli enti locali*, in *Dir. Amm.* 2006, 3, p. 609 ss.

CAPITOLO TERZO

Si è osservato, al riguardo, che il varo della legge sul procedimento è stato il frutto di anni di riflessioni e approfondimenti (si pensi al dibattito decennale sull'opportunità di adottare una legge generale sul procedimento e al complesso e ampiamente dibattuto *iter* di formazione della legge riportato al capitolo I della tesi) che hanno portato ad elevare taluni fondamenti, regole e principi a minimo comune denominatore di tutta l'attività della pubblica amministrazione⁹ in modo che il cittadino potesse godere delle medesime garanzie a prescindere dalla settorialità delle materie e della articolazione delle competenze legislative ed amministrative¹⁰.

Il venir meno della centralità della legge n. 241 del 1990 verrebbe ad avere come (non auspicabile) risultato la scomparsa di una disciplina generale della azione amministrativa con il conseguente ritorno alla frammentazione della disciplina del procedimento che ogni singola regione, provincia o comune, nell'ambito delle rispettive competenze, potrebbe plasmare a proprio piacimento senza l'obbligo del rispetto di garanzie uniformi¹¹.

Un simile scenario, ai più, non è parso, tuttavia, come una conseguenza necessitata della riforma costituzionale varata nel 2001.

Fin dai primi commenti è prevalsa, infatti, l'idea che il nucleo essenziale della legge n. 241 del 1990 continuerebbe ad essere indisponibile alle leggi regionali e ai regolamenti degli enti locali. A tale conclusione si è pervenuti muovendo da presupposti differenti.

Secondo un primo orientamento, infatti, la capacità espansiva dei principi contenuti nella legge sul procedimento non riposerebbe più sulla forza vincolante della legge dello Stato rispetto alle fonti locali, ma dall'aver essi assunto rango costituzionale e comunitario. In base ad una diversa impostazione, invece, anche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, lo

⁹ R. FERRARA, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰ A. M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 560.

¹¹ R. URSI, *op. cit.*, p. 615.

Stato non avrebbe perduto la potestà di dettare con legge norme generali riguardanti l'azione della p.a.

Si tratta di tesi che, anche per l'influenza che hanno avuto sui successivi sviluppi legislativi, meritano uno specifico approfondimento.

2. La cd. "costituzionalizzazione" dei principi della legge n. 241 del 1990.

La tesi secondo cui l'art. 97 della Costituzione conterrebbe *in nuce* i principi di partecipazione e trasparenza dell'attività amministrativa non è nuova. Infatti, come si è accennato nel capitolo precedente, si tratta una teoria già enunciata da una parte della dottrina negli anni 60 e 70 del secolo scorso¹² che, tuttavia, non aveva trovato riscontro nella giurisprudenza della corte costituzionale¹³ dell'epoca.

All'indomani dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V, alcuni autori la hanno riproposta¹⁴, sostenendo che i principi della legge n. 241 del 1990 si sarebbero talmente radicati nella coscienza giuridica del legislatore¹⁵

¹² U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 17; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione*, Padova, 1979; R. MARRAMA, "I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica", in *Diritto amministrativo* (a cura di) L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, I, Bologna, 2001; ANDREANI, *Il principio costituzionale*, Bologna, I, 2001, p. 398.

¹³ A tal proposito si rinvia al capitolo primo, paragrafo primo e secondo della presente tesi di ricerca.

¹⁴ M. OCCHIENA, *Il procedimento*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione* a cura di CROSETTI A. e FRACCHIA F., Milano, 2002, p. 189; R. DE NICTOLIS, *Legge generale sul procedimento amministrativo e legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, fasc. 5, 2004, p.1609-1617.

¹⁵ M. OCCHIENA, op. ult. cit., p. 183 - 184. Secondo l'autore, il legislatore costituente non avrebbe avuto alcuna intenzione riformatrice in merito alla procedura amministrativa e alla legge n. 241 del 1990 e cita, a conferma di tale assunto, numerose leggi, emanate subito prima o subito dopo la riforma del Titolo V, che confermano il ruolo centrale della legge sul procedimento amministrativo, tra le quali l'art. 8 del D.lgs. n. 267/2000 in tema di partecipazione popolare; l'art. 11 del D.lgs. 165/2001 che al fine di

e degli operatori del diritto¹⁶ da rappresentare l'interpretazione e la traduzione nel diritto vivente dei canoni costituzionali di buon andamento, imparzialità, competenza e responsabilità¹⁷.

Anche la Corte costituzionale, a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, è sembrata incline a considerare il procedimento amministrativo come un modulo costituzionalmente necessitato dell'azione amministrativa.

Emblematiche di tale orientamento sono le pronunce con cui la Consulta ha affermato che, in talune tipologie di rapporti, il legislatore non può sancire automatismi nella produzione di effetti giuridici negativi a carico di determinati soggetti, ma deve prevedere l'interposizione fra il fatto e l'effetto di un giusto procedimento che consenta alla p.a. di operare una adeguata ponderazione e graduazione degli interessi in gioco in relazione alle circostanze.

Sulla base di tale assunto sono state dichiarate incostituzionali leggi che sancivano la automatica decadenza dei pubblici dipendenti dal rapporto di impiego in conseguenza della condanna penale per alcune tipologie di reato senza la garanzia di un procedimento disciplinare¹⁸.

garantire la partecipazione ribadisce la necessità di un'organizzazione amministrativa (ufficio relazioni con il pubblico) strutturata in maniera tale da dare «piena attuazione alla legge n. 241 del 1990, le modifiche via via apportate al testo della legge n. 241 del 1990 (cfr. 127/1997, 191/1998, 340/2000) che ne palesano il ruolo imprescindibile nella spinta alla semplificazione impressa negli ultimi anni all'azione amministrativa».

¹⁶ G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 23 e ss., secondo il quale la derivazione dei principi della legge n. 241 del 1990 dall'art. 97 Cost. sarebbe il frutto di una evoluzione culturale prima ancora che normativa, la quale avrebbe fatto maturare nella coscienza civile e sociale il convincimento di non potersi discostare dai principi sull'attività amministrativa pena la violazione del canone di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost..

¹⁷ R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ C. cost. 971/1988; C. cost. 197/1994. Indirizzo confermato anche nella successiva sentenza n. 390 del 2008. In particolare nella sentenza n. 197 del 1994, la Corte ha ritenuto che la cessazione della ferma volontaria o della rafferma dei vicebrigadieri e dei militari della Guardia di finanza debba avvenire previo deferimento alla Commissione di disciplina, con le garanzie del procedimento disciplinare ancorché modulato secondo le regole proprie dell'ordinamento militare in quanto «la necessità di esperire questo giusto

La necessità di un giusto procedimento è stata poi ravvisata dalla Consulta ai fini del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali conferiti agli organi burocratici di vertice della pubblica amministrazione.

Anche qui la Corte costituzionale ha censurato le norme che disponevano l'automatica cessazione degli incarichi di vertice in occasione dell'insediamento di nuovi organi politici in base all'assunto che la rimozione anticipata del dirigente dall'ufficio di cui è titolare non può prescindere da una valutazione del suo operato da effettuarsi con le garanzie del giusto procedimento amministrativo in modo da assicurare la trasparenza e la verificabilità delle scelte relative all'organizzazione dei pubblici uffici¹⁹ e il

procedimento risponde anche ad un'esigenza di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione». Sulla stessa linea si pongono anche le sentenze della Corte cost. n. 57 e n. 210 del 1995 in cui la Corte afferma «se è vero infatti che il "giusto procedimento" in quanto tale non può dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia costituzionale (v., ad es., ord. n. 503 del 1987), è certo ch'esso costituisce sempre almeno un criterio di orientamento, come per il legislatore così per l'interprete».

¹⁹ Sul punto si veda C. cost. 103 e 104 del 2007; 390/2008; 34/2010. In particolare nella sentenza n. 104 del 2007, il collegamento tra giusto procedimento e principi costituzionali è ancora più esplicito. In essa la Corte ribadisce il collegamento tra automatismo della cessazione dell'incarico e mancanza di imparzialità ed efficienza, in quanto «l'art. 97 Cost. sottopone gli uffici pubblici ad una riserva (relativa) di legge, sottraendoli all'esclusiva disponibilità del governo» inoltre « il principio di efficienza si esplica in una serie di regole volte ad assicurare il corretto funzionamento degli uffici e a garantire la continuità dell'azione amministrativa» e che «agli stessi principi si riporta la disciplina del giusto procedimento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, per cui il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice». Si tratta di un sostanziale mutamento di prospettiva rispetto a C. cost. 16 giugno 2006 n. 233, cit., ove la Corte aveva ritenuto esente da censure la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali di livello generale operata da leggi regionali, in ragione della fiduciarità dell'incarico e del rafforzamento della coesione tra l'organo che indica le linee generali dell'azione amministrativa ed il vertice dell'apparato burocratico (cui compete di attuare il programma indicato), finalizzato a consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente (per la critica a tale impostazione, E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, 1, p. 40 ss., specialmente sotto il profilo del ripetuto rinvio operato dalla Corte alla nozione di «*intuitu personae*»; P. CERBO, *La cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali fra gestione, politica e legge in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, 2, p. 460 ss., che sottolinea come altre

diritto di difesa²⁰ in ossequio al canone dell' imparzialità sancito dall'art. 97 Cost.

In altre pronunce la Consulta ha considerato come parametri di costituzionalità anche i principi di pubblicità²¹, dell'indicazione del responsabile del procedimento²², del diritto di accesso agli atti²³, mostrando così una chiara consapevolezza del fatto che non solo il principio del giusto procedimento, ma l'intero contenuto della legge n. 241 del 1990 trascende oramai la dimensione della legge ordinaria (o dei principi generali da essa desumibili) e deriva la propria forza vincolante direttamente dalla Carta Costituzionale.

2.1. Il richiamo alla Carta di Nizza.

Un ulteriore tentativo di preservare le generale applicazione dei principi sull'azione amministrativa previsti dalla legge n. 241 del 1990 ha fatto leva sull'ultima parte del comma 1 dell'art. 117 Cost. che subordina l'esercizio della

recenti decisioni si fondino su una logica completamente diversa; M. GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle regioni sono legittime, ma la questione resta aperta*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, specialmente p. 690 s.; R. SALOMONE, *Spoils system regionale e riparto di competenza: il via libera della Consulta in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, p. 698 ss., segnatamente sotto il profilo dei limiti alla legislazione regionale in materia di lavoro pubblico).

²⁰ C. cost. n. 34 del 2010.

²¹ C. cost. n. 104 del 2006.

²² C. cost. n. 377 del 2007.

²³ Si tratta della sentenza n. 460 del 2000 con la quale la Corte dà un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata richiamando, sia pure con diversa intensità, il diritto di difesa ed i principi di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa. Secondo la Corte il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., se «indubbiamente si dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai procedimenti disciplinari giurisdizionali, non manca tuttavia di riflettersi, seppure in maniera più attenuata, sui procedimenti disciplinari amministrativi, in relazione ai quali, in compenso, si impongono al più alto grado di coerenza le garanzie di imparzialità e di trasparenza che circondano l'agire della pubblica amministrazione».

funzione legislativa, statale e regionale, all'osservanza dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario oltreché dagli obblighi internazionali »²⁴.

In proposito è stato detto che il diritto comunitario, recependo le tradizioni giuridiche degli Stati membri, avrebbe fatto propri alcuni dei principi sull'azione amministrativa, codificati nell'ordinamento italiano dalla legge sul procedimento. Sicché, nei limiti in cui sono riconosciuti dal diritto comunitario, tali principi vincolerebbero tanto il legislatore statale quanto quello regionale e ciò a prescindere dal permanere del vincolo di soggezione di quest'ultimo alla legge n. 241 del 1990.

Più in particolare, si è osservato che la Corte di giustizia, dagli anni sessanta in poi, ha sancito una serie di principi a cui devono conformarsi le autorità a cui spetta applicare il diritto della Comunità Europea. Si tratta dei principi di: *trasparenza*, al quale è correlato l'obbligo di motivazione ed il dovere di ostensione degli atti, del *contraddittorio*, che comporta il preventivo avviso all'interessato dell'avvio del procedimento e la necessità di una completa ed adeguata istruttoria, di *proporzionalità* che apre ad una decisione imparziale, equa ed assunta in un termine ragionevole, del *legittimo affidamento*, secondo il quale, nell'adozione del provvedimento finale, occorre tener conto non solo della sussistenza delle ragioni di pubblico interesse, ma anche del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari che hanno confidato nella legittimità degli atti dell'amministrazione²⁵.

²⁴ B. G. MATTARELLA, *La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 11, p. 1135; M. OCCHIENA, *Il procedimento in Procedimento amministrativo e partecipazione*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Milano, 2002, p. 193.

²⁵ Il *diritto al contraddittorio*, che comprende il "diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio", è stato riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria sin dagli anni '60 in materia di procedimenti disciplinari nei confronti dei pubblici dipendenti e poi esteso ai casi di mancato rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza (Corte di Giustizia 4 luglio 1963, *Alvis in causa C-32/62*; Id. 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80 *Musique Diffusion française e a./Commissione*, Racc., pag. 1825 punto 10 e 6 aprile 1995,

CAPITOLO TERZO

Alcuni di questi principi, in tempi più recenti, sono stati recepiti dagli articoli 41 e 42 della Carta europea dei diritti fondamentali, proclamata solennemente a Nizza nel dicembre 2000²⁶ i quali sanciscono il *diritto ad una buona amministrazione*, volto ad assicurare che le decisioni amministrative siano motivate, tempestive, eque ed assunte dopo aver sentito gli interessati²⁷ e il *diritto di accesso ai documenti* del Parlamento europeo, della Commissione e del Consiglio ad ogni persona fisica o giuridica che risieda in uno Stato europeo²⁸.

causa C-310/93 P, BPB Industries e british Gypsum/Commissione, Racc. pag. I-865, punto 21). Il *principio di proporzionalità* mutuato dall'esperienza tedesca che preclude l'imposizione di sacrifici ulteriori rispetto a quelli strettamente necessari per la realizzazione degli obiettivi collegati all'azione amministrativa onde per cui il mezzo scelto dall'amministrazione deve essere oltre che idoneo allo scopo anche tollerabile (Corte di Giustizia, sentenza Schraeder, causa C-267/87 par. 21). Il *principio di tutela del legittimo affidamento* volto a garantire l'affidamento ragionevole formatosi in relazione a determinate circostanze di fatto o di diritto (Corte di Giustizia 24 settembre 2002, procedimenti riuniti C-74/00 P e C-75/00 causa Falck s.p.a. c. Commissione). Il *principio dell'obbligo di motivazione* configurato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come un principio generale legato al diritto di difesa (Corte di Giustizia Nolt 20 marzo 1959 causa 18/57).

²⁶ La Carta di cui era incerta la valenza, con il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ha acquistato lo stesso valore dei trattati comunitari.

²⁷ Da notare che le regole sancite dalla Carta sono declinate in chiave soggettiva, ossia non come canoni "oggettivi" dell'azione amministrativa, ma come veri e propri diritti di cittadinanza. Sul concetto di "buona amministrazione" si veda C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 25; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Tomo I, Milano, 2007, p. 49 ss. e ZITO A., *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'ordinamento interno* in *Riv. it. dir. pubbl. comp.* 2002, 425 ss.

²⁸ Carta di Nizza (CED in *GUCE* Nr. C 364 del 18.12.2000 e sul web all'indirizzo www.europar.eu.int/charter/pdf/text_it.pdf). I principi di buona amministrazione di cui agli artt. 41 e 42 sono poi stati trasfusi integralmente negli artt. II-101 e II-102 del Trattato che ha adottato la Costituzione europea firmato a Roma dai Capi di Stato e Governo dell'Unione europea il 29 ottobre 2004. La sua entrata in vigore era subordinata alla ratifica parlamentare o elettorale da parte di tutti gli Stati membri, ma la bocciatura subita nei referendum svoltisi in Francia e nei Paesi Bassi l'anno successivo bloccarono il processo di approvazione. Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ha semplificato il testo della Costituzione che, dopo alterne fortune nell'iter di approvazione da parte dei diversi paesi europei, è definitivamente entrato in vigore in data 1 dicembre 2009 e, all'articolo sei, ha attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e "riproclamata" a Strasburgo, con modifiche nel 2007) lo stesso valore dei Trattati, riconoscendone quindi il valore

Sempre in ambito europeo deve segnalarsi la tendenza al trasferimento nel procedimento amministrativo delle garanzie del "giusto processo" previste dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU²⁹.

Infatti, grazie all'opera interpretativa della Corte Europea dei diritti dell'Uomo la predetta norma è divenuta rilevante anche per il diritto amministrativo sostanziale, avendo essa dato alle nozioni di "tribunale", "accusa penale", "diritti ed obbligazioni di carattere civile" un significato autonomo e più ampio di quello ad esse normalmente attribuito dagli ordinamenti nazionali degli stati aderenti alla Convenzione³⁰.

Ciò ha comportato, a giudizio della Corte, che le garanzie previste dalla citata disposizione quali "la posizione di indipendenza della autorità decidente" e "il diritto di difesa attraverso un effettivo contraddittorio fra le parti" costituiscano diritti fondamentali. Essi, pertanto, devono trovare attuazione anche nel procedimento amministrativo, salvo l'ipotesi in cui all'interessato

giuridicamente vincolante e di rango primario. Sul punto si vedano i seguenti autori: M. P. CHITI, *Le novità apportate dal Trattato di Lisbona per la pubblica amministrazione e le conseguenze per il nostro ordinamento*, in www.astrid-online.it, 2010; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla "Giornata sul diritto alla buona amministrazione" per il 25° anniversario della legge sul "Síndic de Greuges" della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009; A. Serio, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, I, 2008, p. 237 ss.

²⁹ La Convenzione, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 Stati allora facenti parte del Consiglio d'Europa, costituisce il testo centrale in materia di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo perché è l'unico dotato di un meccanismo giurisdizionale permanente che consenta ad ogni individuo di richiedere la tutela dei diritti ivi garantiti, attraverso il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo ("Corte europea"), con sede a Strasburgo. Una influenza diretta si è avuta in Italia con la Legge 24 marzo 2001, n. 89 (cd. Legge Pinto) la quale ha introdotto il diritto a una "equa riparazione" per chi abbia visto violata la ragionevole durata del processo, così come sancito dall'art. 6 della CEDU "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti" (Diritto a un equo processo).

³⁰ M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, alla quale si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali.

vengano assicurati rimedi giustiziali o giurisdizionali che “recuperino” pienamente la loro mancata attuazione nella fase procedimentale³¹.

3. La perdurante necessità di una legge generale sul procedimento amministrativo.

Pur non potendo più dubitarsi del fatto che taluni principi sulla azione amministrativa non possano più considerarsi come propri del solo ordinamento statale, ma trovino fondamento nel diritto costituzionale, comunitario e nella CEDU permane, tuttavia, a giudizio di molti autori, la necessità della loro traduzione in una legge generale che stabilisca regole e standard validi per tutta la pubblica amministrazione nazionale, regionale e locale.

Si è osservato, infatti, che il compito di ricavare da tali principi regole uniformemente applicabili non può essere lasciato alla giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, pur manifestando una nuova sensibilità rispetto al tema del procedimento amministrativo, si è pronunciata solo con riferimento a fattispecie concrete in cui la partecipazione dell'interessato al procedimento è apparsa imprescindibile o in ragione del carattere sanzionatorio - punitivo del

³¹ L'interpretazione data dalla Corte europea all'articolo 6 della Convenzione potrebbe avere un forte impatto sull'ordinamento interno, non solo, in linea teorica, per la marcata continuità ed omogeneità dalla stessa ravvisata fra il procedimento ed il processo amministrativo, ma anche perché la sua applicazione come è stato osservato, dovrebbe comportare o la revisione dei tradizionali schemi inerenti i limiti che incontra il sindacato del g.a. sulla cd. discrezionalità tecnica, oppure un consistente rafforzamento delle garanzie del contraddittorio in seno al procedimento amministrativo. Infatti, secondo l'impostazione della Corte europea, un sindacato giurisdizionale meramente indiretto sulla discrezionalità tecnica potrebbe ammettersi solo se nell'ambito del procedimento l'accertamento del fatto (anche del fatto la cui esistenza o inesistenza può essere affermata solo mediante l'ausilio di criteri scientifici connotati da margini di opinabilità) sia avvenuto nel contraddittorio fra la p.a. e gli interessati, cosa che oggi non è prevista dalla L. 241/90 che assicura la partecipazione del privato al procedimento, ma non impone che tutti gli accertamenti tecnici compiuti dalla p.a. debbano avvenire in contraddittorio. Sul punto, ampiamente, M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU*, op. cit.

provvedimento da adottare, oppure per salvaguardare un certo margine di indipendenza dell'alta burocrazia dalla politica³².

Sarebbe errato, perciò, trarre dalla giurisprudenza della Consulta la conclusione che i moduli procedurali delineati dalla legge n. 241 del 1990 sarebbero divenuti un parametro costituzionalmente necessitato al quale l'esercizio di qualunque tipo di potere amministrativo dovrebbe conformarsi³³.

Nemmeno la Carta di Nizza potrebbe rappresentare un testo normativo di rango sovra legislativo capace di sostituirsi in toto alla legge n. 241 del 1990. Non solo perché i principi da essa enunciati ricalcano solo parzialmente i contenuti della legge sul procedimento, ma in quanto appare assai dubbio che la predetta carta possa trovare applicazione anche al di fuori delle materie di specifica competenza dell'Unione europea.

Ai sensi dell'art. 51 della Carta di Nizza le disposizioni della Carta si applicano, infatti, alle «istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Sicché, le regole che incarnano il diritto ad una buona amministrazione sembrerebbero disciplinare i soli casi in cui le pubbliche amministrazioni degli

³² Si è correttamente osservato (P. MEZZANOTTE, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale* in *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, (a cura di) R. Nania, Torino, 2012, p. 399 ss.) che il giusto procedimento nelle nuove così come nelle vecchie pronunce della Corte costituzionale rileva ai fini dell'art. 97 Cost. non tanto perché da esso discende, ma perché la revoca ex lege, la decadenza ex lege, il licenziamento o altra sanzione disciplinare sono portati nei confronti di un dipendente pubblico e, pertanto, chiamano in causa interessi di natura organizzativa che trascendono il mero aspetto procedimentale.

³³ G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione* in *Procedura, procedimento, processo* (a cura di) L.R. PERFETTI, Milano, 2010, p. 104.; P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquantenni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale* a cura di Giacinto della Cananea e Marco Dugato, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 387 ss. Numerose sono, infatti, le sentenze che segnano un profilo basso in relazione alle garanzie procedurali (facoltà partecipative, rappresentazione degli interessi, motivazione) tra le quali C. cost. n. 330 del 1998; C. cost. ord. n. 157 del 2001.

CAPITOLO TERZO

stati membri agiscano come “amministrazioni comunitarie indirette” o, comunque, facciano applicazione di norme comunitarie che proteggono specifiche posizioni soggettive. Mentre, ove le norme che disciplinano i poteri amministrativi abbiano natura esclusivamente interna i principi comunitari non sembrerebbero poter costituire canoni vincolanti per la pubblica amministrazione.

E' vero che non sono mancate opinioni contrarie che hanno esteso all'intera attività della pubblica amministrazione la portata del diritto ad una buona amministrazione e dei suoi corollari sanciti dalla Carta di Nizza³⁴, e che a tali suggestioni non è rimasta estranea nemmeno la Corte Costituzionale, la quale, come è stato notato³⁵, ha posto a base di non poche decisioni il richiamo ai «principi del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei» quasi a voler elevare tali principi al rango di parametri di costituzionalità delle disposizioni adottate dal legislatore italiano³⁶.

³⁴ Si è sostenuto, che una applicazione del diritto ad una buona amministrazione limitatamente alle «*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*» finirebbe per violare il principio di uguaglianza, proclamato dalla stessa CEDU nel Titolo III, creando inaccettabili trattamenti differenziati fra i destinatari di misure adottate da organi comunitari che agiscono come amministrazione comunitaria diretta ovvero organi nazionali che agiscono come amministrazione comunitaria indiretta. In tal senso D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione* in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 1475 ss. In altra prospettiva si è poi affermato che « la Carta dei diritti costituzionali europei, oramai dotata di effetti giuridicamente vincolanti, consentirà di applicare anche alle norme che li prevedono quelle proprietà di supremazia, effetto diretto e indiretto tipiche del diritto comunitario, che difficilmente potevano riferirsi ai principi costituzionali non scritti elaborati dalla Corte di giustizia. Tramite l'effetto diretto ed indiretto e la supremazia del diritto comunitario, i diritti costituzionali europei finiranno per essere direttamente applicati dai giudici – anche al di là dei limiti del campo di applicazione così rigorosamente tracciato dall'art. 51 della Carta». M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI e G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2010, p. 13 e ss.

³⁵ P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, op. cit., p. 387 ss.

³⁶ C. cost. 104/2006; C. cost. 379/2004 ove la Corte considera legittime le disposizioni dello Statuto della regione Emilia Romagna nella parte in cui prevedono, diversamente da quanto disposto dalla disciplina nazionale, la partecipazione pubblica

Nella dottrina³⁷ e nella giurisprudenza della Consulta è, tuttavia, oramai prevalente la tesi più restrittiva, che circoscrive il campo di applicazione della Carta di Nizza e dei principi comuni, di cui essa sarebbe espressione, alle sole materie rientranti nella competenza della Unione Europea³⁸.

nell'adozione di atti normativi ed amministrativi generali nonché l'obbligo di motivazione del provvedimento finale in riferimento alle risultanze dell'istruttoria richiamandosi agli «istituti già sperimentati e funzionanti anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee» ed al fatto che la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell'ordinamento comunitario.

³⁷ La dottrina maggioritaria (si vedano in proposito G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti dal punto di vista della Corte di Lussemburgo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, n. 2, p. 285; F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)* in *Corr. Giur.* 2010, n. 2, p. 148, pur prendendo atto della potenziale vis espansiva delle previsioni relative ai diritti fondamentali contenuti nella Carta di Nizza in quanto tali da investire ogni possibile settore dell'attività umana (si pensi al rispetto della dignità umana o al divieto della pena di morte) asserisce, tuttavia, che tale estensione avrebbe una portata meramente politica ed evocativa dovendo, invece, l'approccio giuridico prendere atto dei limiti all'ambito di applicazione alla Carta di Nizza previsti dall'art. 51 della stessa.

³⁸ Nella sentenza n. 80 del 2011 la Corte costituzionale ha, infatti, ricordato come « in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello "stesso valore giuridico dei trattati" possa avere effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri ed istituzioni dell'Unione, e che tale intento degli stati aderenti sia stato trasfuso nell'art. 6 paragrafo primo, primo alinea del Trattato il quale stabilisce che "le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati". Questo orientamento è stato ribadito nella successiva sentenza n. 175 del 2011 nella quale la Corte ha chiarito che anche i principi facenti parte del "patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei" operano nell'ambito delle competenze proprie della Unione e, quindi, non vincolano l'azione amministrativa allorché la p.a. non incida su posizioni soggettive non aventi rango comunitario. La citata sentenza si è pronunciata in ordine alla questione della costituzionalità della disciplina degli esami di abilitazione alla professione di avvocato nella parte in cui consente che i giudizi di non ammissione dei candidati alla prova orale possano essere motivati con l'attribuzione di un mero punteggio numerico. La Corte, nel ritenere non fondata la questione ha tra l'altro rilevato che i principi del "patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei" operanti oggi in forza dell'art. 296 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea non si applicano alla disciplina degli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense in quanto materia non rientrante nel campo di applicazione del diritto comunitario. Sulla posizione nel sistema delle fonti della CEDU e della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona si vedano M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it; S. MANACORDA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come limite garantistico all'intervento penale*, e C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto*

CAPITOLO TERZO

Peraltro, anche se appare indiscutibile che taluni generalissimi principi sull'azione amministrativa siano oramai parte del patrimonio costituzionale nazionale e degli altri stati della Comunità Europea, nondimeno essi, da soli, non potrebbero dare corpo a quel nucleo minimo di garanzie vevoli nei confronti di qualunque pubblica amministrazione che è contenuto nella legge n. 241 del 1990.

La nostra costituzione non prevede, infatti, modelli di procedimento amministrativo, né riconosce ai cittadini garanzie procedurali immediatamente applicabili limitandosi a sancire alcuni principi sull'organizzazione e l'attività amministrativa il cui significato viene a dipendere dai contesti sociali e culturali di riferimento che possono variare nel tempo e nello spazio; tant'è vero che, prima della entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 la giurisprudenza amministrativa, rimanendo sorda alle sollecitazioni provenienti dalla dottrina, non riteneva che l'art. 97 Cost. imponesse la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo o il diritto di accesso agli atti ove ciò non fosse previsto di volta in volta da espresse disposizioni legislative³⁹.

I principi costituzionali possono, perciò, concretamente penetrare⁴⁰ nella attività della pubblica amministrazione solo se tradotti in norme attuative

comunitario, entrambi in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, a cura di V. Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011.

³⁹ A. SANDULLI, *Il procedimento* in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di CASSESE, tomo secondo, Milano, 2003, p. 1066 ss.. Secondo l'Autore, i principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione «sono principi complessi dai contorni cangianti e dalle molteplici sfaccettature», «trattandosi di concetti giuridici di carattere indeterminato, *legal standard* dinamici e flessibili, che, da un lato, contribuiscono a dotare di dinamicità il sistema giuridico e, dall'altro, consentono di svolgere la funzione di filtro tra la disciplina normativa e la realtà sociale».

⁴⁰ Il punto è ben sottolineato da A. POLICE, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'uguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa* in *Diritto dell'Economia*, 2002, p. 502 e ss., secondo il quale la garanzia dei principi è "poca cosa sul piano degli effetti, e, quindi, della sostanziale parità di trattamento fra i cittadini, rispetto alla disciplina di dettaglio dei singoli procedimenti che incidono sulle situazioni soggettive".

che ne puntualizzino i contenuti attraverso l'individuazione di istituti e regole immediatamente cogenti e prevedano strutture adeguate a garantirne l'operatività.

Se tale opera di attuazione fosse affidata - nelle materie di rispettiva competenza - ai singoli legislatori regionali o alla potestà regolamentare degli enti locali ne sortirebbe una frammentazione della disciplina dell'azione amministrativa fra diversi ambiti territoriali e la conseguente diversificazione del sistema delle garanzie del cittadino nei confronti dell'autorità amministrativa che verrebbe privato di quel nucleo minimo di regole certe che fino ad oggi ne hanno assicurato l'uniformità.

Né potrebbe fondatamente sostenersi che il compito di sancire un *plafond* minimo di regole ed istituti di garanzia procedimentale valido per tutti i livelli territoriali di governo potrebbe essere efficacemente svolto dalla giurisprudenza costituzionale o amministrativa, atteso che una siffatta soluzione da un lato finirebbe con l'attribuire alla giurisprudenza un ruolo "creativo" forse eccessivo in un sistema basato, come il nostro, sul principio di legalità⁴¹ e, dall'altro, non garantirebbe appieno l'effettiva operatività dei principi sull'azione amministrativa poiché l'intervento giudiziale resterebbe pur sempre episodico e condizionato dalle peculiarità dei casi decisi e, pertanto, difficilmente potrebbe incidere con efficacia sulla miriade di leggi che caratterizzano l'attuale sistema delle fonti di produzione normativa⁴².

Analogo ordine di considerazioni potrebbe ripetersi con riguardo alle norme contenute nella Carta di Nizza la cui attuazione dovrebbe essere assicurata dall'intervento della Corte di Giustizia CE che, oltre ad essere limitato agli ambiti di competenza della Comunità Europea, verrebbe ad avere

⁴¹ M. ALI', *L'attività amministrativa ed i suoi principi* in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Catania dei giorni 11 e 12 novembre 2005 raccolti da A. Cariola, G. D'Allura e F. Florio, Catania, 2006, p. 55.

⁴² M. OCCHIENA, *Il procedimento*, op. cit., p. 195.

ancora più indiretto ed episodico impatto di quello della Corte Costituzionale dipendendo dal ricorso del giudice nazionale al meccanismo del rinvio pregiudiziale⁴³.

4. La prima riscrittura dell'art. 29 della L. 241 del 1990 ad opera dell' art. 19 della legge 11 febbraio 2005 n. 15.

La fragilità dei tentativi di attribuire rango costituzionale o comunitario alla disciplina dell'azione amministrativa disegnata dalla legge 241 del 1990 ha fatto, quindi, emergere chiara la consapevolezza che il frazionamento della disciplina dell'azione amministrativa può essere evitato solo se si dà per ammesso che lo Stato conservi una specifica competenza legislativa al riguardo.

In questa direzione sono andati gli sforzi ermeneutici di alcuni autori che, già nei primi anni successivi al varo della legge costituzionale n. 3 del 2001, hanno ritenuto che pur in assenza nei commi 2° e 3° dell'art. 117 Cost. di uno specifico riferimento al procedimento amministrativo, le norme della legge n. 241 del 1990 possano comunque inquadrarsi in una o più delle materie di competenza esclusiva dello Stato, oltre a costituire principi fondamentali vincolanti per le regioni nell'ambito delle materie a competenza ripartita.

I predetti orientamenti della dottrina hanno dato fondamento teorico alla riscrittura dell'art. 29 della legge sul procedimento avvenuta, nell'ambito di una sua complessiva revisione, a metà della prima decade degli anni 2000 con la legge n. 15 del 2005. Di essi si darà, quindi, conto nell'ambito di questo paragrafo dedicato all'esame di tale intervento legislativo ed al suo complesso iter parlamentare.

⁴³ M. OCCHIENA, *ibidem*.

Il progetto di riforma della legge n. 241 del 1990 fu presentato nella XIV Legislatura con il disegno di legge (Berlusconi, Frattini) A.S. 1281 che approdò all'Assemblea del Senato il 21 marzo 2002 e da questa fu approvato con modifiche il 10 aprile 2003.

La prevista riscrittura dell'art 29 della legge era contenuta nell'art. 14 che così recitava: «1. Le disposizioni della presente legge si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali. 2. 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».

La formulazione governativa aveva, quindi, cercato di coniugare l'accresciuta autonomia normativa di cui regioni ed enti locali beneficiavano dopo la riforma costituzionale del 2001 con alcuni limiti che erano stati individuati nel "sistema costituzionale" e "nelle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa" definite dai principi stabiliti dalla legge sul procedimento.

La previsione del primo limite era, all'evidenza, del tutto pleonastica essendo esso null'altro che una ripetizione di quanto già stabilito dal comma 1° dell'art. 117 della Costituzione.

Assai più controversa era, invece, l'introduzione del secondo limite alla potestà legislativa regionale atteso che la norma non specificava quale fosse il fondamento del vincolo del rispetto delle garanzie del cittadino nei confronti della p.a. stabilite dalla legge n. 241 del 1990.

Il dato non fu ignorato nel successivo iter parlamentare.

La «Commissione per l'esame di iniziative legislative in tema di attività amministrativa e tutela del cittadino», operante nell'ambito del Senato, avanzò, infatti, perplessità in ordine al fatto che nel nuovo quadro costituzionale, al di

CAPITOLO TERZO

fuori delle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost., la competenza legislativa regionale potesse ancora ritenersi soggetta ai principi dettati da una legge dello Stato.

Il predetto rilievo, tuttavia, a giudizio della Commissione, non comportava l'assoluta impossibilità dello Stato di dettare una disciplina generale del procedimento valida in tutte le articolazioni territoriali della Repubblica, ma solo la necessità di individuare un più preciso fondamento costituzionale di tale competenza legislativa, verificando 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'attività amministrativa».

Muovendo da tale premessa la Commissione, sulla scorta di quanto aveva già affermato la dottrina, ritenne che la legge n. 241 del 1990 si prestasse ad essere ricompresa in una pluralità di materie di competenza esclusiva dello Stato quali la *giustizia amministrativa*, intesa come «comprensiva dell'intera disciplina sull'attività amministrativa funzionale alla tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni», l'*ordinamento civile* inteso come «disciplina dell'attività amministrativa derogatoria del diritto privato e delle clausole normative che definiscono il particolare regime di determinati poteri amministrativi e la loro tipologia»⁴⁴, *i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, nei quali, essendo la stessa amministrazione un servizio, potrebbero rientrare «molte delle disposizioni generali sull'azione amministrativa» (ad es. i termini massimi entro cui il provvedimento deve

⁴⁴ Art. 117 comma 2 lett. l). Secondo SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni* in *Le regioni a. XXX* n. 4 agosto 2002 p. 757 ss *op. cit.*, p. 765, l' «ordinamento civile» non sarebbe una mera riformulazione del vecchio limite del diritto privato (si veda in proposito la nota 20 del secondo capitolo), volto ad assicurare uniformità di disciplina e trattamento con riguardo ai rapporti obbligatori intercorrenti fra soggetti privati (o fra questi e la p.a. che agisca *jure privatorum*), ma includerebbe anche parti della normativa di diritto pubblico strettamente correlate alla titolarità o all'esercizio di diritti soggettivi.

essere portato a conoscenza dell'interessato o i principi della cosiddetta semplificazione amministrativa).

Pur avendo ravvisato una pluralità di titoli di competenza legislativa esclusiva dello Stato nei quali avrebbero potuto trovare copertura le varie disposizioni della legge sul procedimento, la Commissione reputò prevalente ed assorbente il richiamo alla sola materia della giustizia amministrativa, probabilmente perché ritenuta idonea a ricomprendere le diverse forme di garanzia del cittadino ivi contemplate.

Essa, quindi, propose di emendare il primo comma dell'art. 14 del disegno di legge governativo, prevedendo che le norme (e non solo i principi) della legge sul procedimento amministrativo dovessero applicarsi a *tutte* le amministrazioni pubbliche "per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa".

Il titolo competenziale relativo ai l.e.p. venne, invece, valorizzato dalla Commissione solo nell'ambito della disciplina del diritto di accesso agli atti contenuta nell'art. 22 della legge sul procedimento. Tale norma non era stata oggetto di revisione da parte del disegno di legge governativo nell'ambito del quale essa poteva risultare vincolate per le regioni nei limiti in cui dalla stessa fossero estrapolabili principi in tema di garanzie del cittadino nei confronti della p.a.

La Commissione, nell'ottica di rafforzare le garanzie di trasparenza e imparzialità assicurate dal diritto di accesso, intese porre al riparo l'istituto da interventi regionali che, dando una applicazione riduttiva di tali principi, ne potessero ridurre la portata, ed annoverò così tale diritto fra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali avvalendosi così della competenza legislativa di carattere esclusivo sancita dall'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione.

In sintesi, nel testo licenziato dalla Commissione, la legge sul procedimento amministrativo per la parte riguardante la giustizia

CAPITOLO TERZO

amministrativa ed il diritto di accesso doveva trovare diretta applicazione anche agli ordinamenti delle regioni e degli enti locali senza necessità di passare attraverso un recepimento in atti legislativi o regolamentari, mentre per le parti non ricomprese in tali materie era destinata ad operare solo come fonte di principi riguardanti le garanzie del cittadino nei confronti della p.a.

Verso la fine dei lavori parlamentari tale assetto fu rimesso in discussione da un emendamento presentato dall'Onorevole Collè che propose una definitiva espunzione dal testo della norma del richiamo ai principi della legge dello Stato proponendo la sostituzione del secondo comma dell'art. 29 con la seguente formula: «le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano regolano le materie disciplinate dalla presente legge nell'osservanza dei principi previsti dalla Costituzione in materia di azione amministrativa e nel rispetto delle competenze statali in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione».

L'emendamento non venne, tuttavia, accolto ed il testo dell'art. 29 e dell'art. 22 furono definitivamente approvati nella versione risultante dalle modifiche operate dalla Commissione.

4.1 I rilievi della dottrina sulla nuova formulazione dell'art. 29 della l. 241 del 1990.

La nuova formulazione dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990 ha fatto sorgere numerosi interrogativi a causa della vaghezza e dell'incerto fondamento costituzionale delle formule utilizzate dal legislatore per giustificare l'applicabilità di una parte della legge sul procedimento anche agli ordinamenti delle regioni e degli enti locali.

E' apparsa, in particolare, difficoltosa l'individuazione delle disposizioni inquadrabili nella materia della *giustizia amministrativa* che, ai sensi del primo

comma, avrebbero dovuto trovare diretta applicazione a *tutte* le pubbliche amministrazioni.

E ancor più problematica si è rivelata la previsione che vincola le regioni al rispetto di quei *principi* della legge che costituirebbero espressione del sistema costituzionale delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa.

L'atteggiamento della dottrina di fronte a siffatte disposizioni è stato vario.

Vi è chi ha provato a precisarne il significato e a dimostrarne la coerenza con il nuovo sistema autonomistico disegnato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3.

Altri autori hanno, invece, ritenuto che l'uniforme applicazione delle norme contenute nella legge n. 241 del 1990 non trarrebbe fondamento dalla loro inerenza alla materia della giustizia amministrativa, né dal fatto che si tratterebbe di principi generali dell'azione amministrativa, ma dipenderebbe dall'essere tali norme riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

E non è mancato, poi, chi, negando in radice che il procedimento amministrativo possa ancora essere materia in cui lo Stato possa legiferare con carattere di generalità, ha messo in discussione la stessa legittimità costituzionale dell'intervento legislativo.

4.2. L'inquadramento della legge sul procedimento nella materia della giustizia amministrativa.

Come si è accennato il primo comma dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990, nel testo risultante dalla riscrittura operata dalla legge n. 15 del 2005, disponeva che la legge sul procedimento amministrativo dovesse applicarsi

CAPITOLO TERZO

direttamente a tutte le pubbliche amministrazioni nelle parti concernenti la giustizia amministrativa in quanto materia di competenza esclusiva dello Stato ai sensi della lettera l) del comma 2 dell'art. 117 Cost.

E', tuttavia, risultato fin da subito problematico perimetrare la predetta materia⁴⁵.

Se è apparso facile inquadrare in essa le norme dettate dalla legge n. 241 del 1990 in tema di giurisdizione o quelle sulla efficacia e validità del provvedimento, le quali determinano i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento degli atti da parte del giudice amministrativo, non altrettanto è accaduto con riguardo alle norme strettamente procedurali, come quelle relative alla partecipazione, al termine per provvedere, al responsabile del procedimento etc., che rappresentavano il nucleo originario della legge.

Parte della dottrina⁴⁶ ha, tuttavia, propugnato un'interpretazione estensiva della nozione di giustizia amministrativa, assumendo che in essa potrebbero farsi rientrare non solo i rimedi contro gli atti illegittimi della p.a., ma l'intera disciplina dell'attività amministrativa preordinata alla tutela degli interessi del cittadino comprensiva degli istituti che consentono la

⁴⁵ Art. 117 comma 2 lett. l). G. FALCON, *La riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione e i suoi riflessi sulla giurisdizione amministrativa* in *La funzione amministrativa e il suo giudice alla luce delle recenti modifiche della Costituzione* a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, Torino, 2003, p. 93 ss. Secondo l'Autore la "giustizia amministrativa" che costituisce un ambito autonomo di disciplina rispetto al processo in senso stretto, separatamente previsto dalla stessa lettera l) del secondo comma dell'art. 117 Cost., "riguard(a)erebbe tutti i tradizionali rimedi non giurisdizionali a cui il cittadino può ricorrere per far valere l' illegittimità di atti amministrativi che ledano i suoi interessi, la cui regolamentazione, al pari dei ricorsi processuali spett(a)erebbe allo Stato". Si veda sul punto anche l'opinione di SORACE, *op. cit.*, p. 765 ss.

⁴⁶ G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo, leggi 15 e 80 del 2005* Padova, Cedam 2005, p. 54 e ss.; in proposito, si vedano anche gli autori R. VIRGILIO, *op. cit.* e A. CELOTTO, *op. cit.* In tal senso anche il pensiero di CHITI come riportato da A. ROMANO-TASSONE, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto - M. A. Sandulli*, 2006, nella rivista on-line www.federalismi.it «La legge n. 241 del 1990 rientra integralmente nell'ambito della materia "giustizia amministrativa" in quanto la stessa procedimentalizzazione dell'azione amministrativa ha una finalità di garanzia per il privato che viene a contatto con la p.a.».

partecipazione al procedimento, l'accesso agli atti, la possibilità di ottenere la definizione del procedimento con un provvedimento espresso ed entro un termine prestabilito, etc.

In senso contrario si è, tuttavia, osservato che tale tesi finisce per dilatare in modo eccessivo il concetto di giustizia amministrativa nel quale vengono tradizionalmente ricompresi tutti gli strumenti di tutela offerti al privato avverso gli atti illegittimi della p.a., consistano essi in ricorsi giurisdizionali (si pensi ai ricorsi innanzi al g.a. o, in particolari casi, innanzi al giudice ordinario e speciale) oppure in rimedi di natura amministrativa (si pensi ai ricorsi gerarchici⁴⁷).

Vero è che con la modifica apportata all'art. 117 c. 2 lett. l) Cost. dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 il legislatore ha separato la materia della "giustizia amministrativa" dalla materia "giurisdizione e norme processuali" limitandone, con ciò, l'ambito ai rimedi di carattere sostanziale⁴⁸ nondimeno, non sembra che il concetto possa essere dilatato fino a comprendere gli istituti che attengono alla formazione dell'atto amministrativo. A parte il fatto che nessuna finalità difensiva sembra potersi riconoscere alle norme della legge n. 241 del 1990 che fanno capo alla cd. semplificazione amministrativa⁴⁹, l'accostamento delle garanzie partecipative e degli obblighi di trasparenza ai tradizionali rimedi basati sui ricorsi giurisdizionali ed amministrativi fa perdere di vista i più profondi elementi di novità introdotti dalla legge sul procedimento che consistono nell'aver creato delle relazioni giuridicamente rilevanti fra amministrazione e cittadino già nel processo di formazione delle decisioni amministrative. Tali relazioni non costituiscono (un'anticipata)

⁴⁷ Sulla natura non rimediabile, ma giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato si veda C. Cass. sez. un. sentenza n. 23464 del 19 dicembre 2012; sul punto si segnala anche la rimessione all'Ad. plen. da parte del Consiglio di Stato sez. VI sentenza n. 673 del 1 febbraio 2013.

⁴⁸ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 651 ss.

⁴⁹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002., p. 382-383 e 460-461 in tema di diritto di accesso e trasparenza.

CAPITOLO TERZO

manifestazione del diritto di azione tutelato dall'art. 24 Cost., ma si correlano ad altri precetti costituzionali che la dottrina ha, a seconda delle diverse impostazioni, individuato nel principio di imparzialità (che porta con sé il "giusto procedimento" quale mezzo per pervenire ad un equo contemperamento dell'interesse pubblico con quelli privati⁵⁰) e in quello democratico (che non può più esaurirsi nella sola democrazia rappresentativa)⁵¹.

4.3 La lettura che assegna alla legge n. 241 del 1990 natura di norma costituzionale interposta.

Proprio la stretta correlazione fra il procedimento amministrativo e il principio di imparzialità ha fatto ritenere ad una parte della dottrina che la legge n. 241 del 1990 continuerebbe ad essere applicabile agli ordinamenti regionali e locali in quanto norma costituzionale interposta.

Questa impostazione muove dall'assunto secondo cui non sarebbe possibile sussumere il procedimento amministrativo in alcuna delle materie di competenza esclusiva o concorrente dello Stato previste dai commi secondo e terzo dell'art. 117 Cost.

⁵⁰ E. CASETTA, *op. cit.*, p. 421 secondo il quale «considerando che la funzione del procedimento è quella di consentire la migliore tutela dell'interesse pubblico, si deve ritenere che anche la partecipazione sia strumentale alla più congrua decisione finale in vista dell'interesse pubblico: essa ha cioè funzione collaborativa»; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 245 secondo il quale «l'imparzialità amministrativa esige che anche le qualificazioni soggettive degli amministrati siano dotate di un altro profilo attivo, questo, che comportino cioè un potere di iniziativa e di disposizione nei confronti dell'autorità, traducendosi in una vera e propria collaborazione degli interessati all'amministrazione».

⁵¹ C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 245 ss., metteva in evidenza il nesso del principio partecipativo con quello democratico rappresentativo, inteso come strumento per mediare gli interessi privati nell'interesse pubblico concepito come interesse generale. Si segnala, a seguire, lo studio di U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.* 1984, p. 205 ss.

Per le ragioni già dette la disciplina del procedimento non potrebbe (interamente) rientrare nelle nozione di "giustizia amministrativa" e nemmeno nell'ambito della materia dei l.e.p., avendo il legislatore fatto appello a tale categoria solo per quanto riguarda l'istituto del diritto di accesso, vincolando, per il resto, le regioni solo al rispetto dei *principi* di garanzia previsti dalla L. 241/90.

Il titolo che legittimerebbe una disciplina statale uniforme del procedimento amministrativo starebbe, quindi, al di fuori dell'art. 117 Cost.⁵² e dovrebbe rinvenirsi nel combinato disposto degli artt. 97, 3, 5 e 41 della Carta costituzionale letti alla luce delle esigenze insopprimibili, presenti anche nel nuovo contesto di rapporti fra Stato, regioni ed enti locali, di preservare il fondamento unitario dell'ordinamento repubblicano (art. 5 Cost.), di assicurare la parità di trattamento fra tutti i cittadini della repubblica (art. 3 Cost.), di evitare la creazione di barriere od ostacoli alla libera circolazione delle cose e delle persone fra regioni (art. 41 Cost.).

La combinazione delle suddette norme, secondo la dottrina in esame potrebbe fornire una base costituzionalmente plausibile alla modifica testuale dell'art. 29 della L. 241/90 introdotta dalla L. 15 del 2005 secondo cui le Regioni, nel regolare le materie disciplinate dalla legge n. 241, devono rispettare le *«garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai*

⁵² L'idea che lo Stato possa ancora legiferare anche al di fuori degli specifici titoli di competenza contemplati dai commi 2° e 3° dell'art. 117 Cost. ha, talvolta, fatto breccia anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Si veda al riguardo Corte cost. 307/2004 con la quale è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale proposta da alcune regioni contro le disposizioni della legge finanziaria per il 2003 che avevano introdotto incentivi di carattere economico per l'acquisto di personal computer da parte dei giovani infrasedicenni. La Corte ha, nella circostanza, rilevato la corrispondenza dell'intervento legislativo a «finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.) anche al di là del riparto per materia fra Stato e regioni di cui all'art. 117 Cost. La tesi prevalente nella giurisprudenza della Consulta sembra, tuttavia, essere quella opposta che afferma la tassatività delle competenze legislative statali fissate dall'art. 117 Cost. a cui può fare eccezione solo la cd. "chiamata in sussidiarietà". Si veda al riguardo la nota n. 23 del secondo capitolo.

CAPITOLO TERZO

principi stabiliti dalla presente legge», che dovrebbero essere considerati alla stregua di «norme interposte» integranti il «sistema costituzionale» richiamato subito prima dal medesimo art. 29⁵³.

In un'ottica parzialmente diversa il fondamento costituzionale dei principi contenuti nella legge n. 241 del 1990 è stato ricollegato non ad una particolare competenza legislativa dello Stato (che l'attuale quadro costituzionale non consentirebbe più di configurare), ma all'essere - tali principi - oramai acquisiti nella coscienza civile e sociale come consustanziali ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e nel conseguente radicarsi del convincimento che da quei principi giuridici la disciplina dell'attività amministrativa e del procedimento non possa discostarsi

⁵³ A. CELOTTO - M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: "un nodo di gordio"*, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2005, p. 1946 e ss. Secondo l'Autore, gli artt. 3, 5, 41, 97 e 120 Cost. in una lettura combinata sarebbero sufficienti a giustificare che «le regioni, nel regolare le materie disciplinate dalla legge n. 241, rispettino le garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi della presente legge che verrebbero a questo punto ad essere letti alla stregua di norme "interposte" integrando il sistema costituzionale». La tesi in discorso è stata affermata anche da V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. 241/90 - 6 parte* in *www.giustamm.it*, secondo il quale "i principi desumibili dalla legge in oggetto, salve solo marginali norme di dettaglio, divengono vincolanti per le regioni e per gli enti locali in quanto assunti a rango costituzionale". In diversa prospettiva si pone M. OCCHIENA, *Il procedimento*, op. cit., p. 202, il quale, pur condividendo la derivazione costituzionale della legge n. 241 del 1990, ritiene necessario, al fine di cancellare le incertezze sulla competenza del legislatore statale a dettare norme generali sul procedimento amministrativo, un «intervento correttivo del legislatore costituzionale affinché inserisca la disciplina generale sul procedimento amministrativo tra le materie di competenza esclusiva statale». In una posizione analoga sembra collocarsi anche M. ALI', *L'attività amministrativa ed i suoi principi* in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Catania dei giorni 11 e 12 novembre 2005 raccolti da A. Cariola, G. D'Allura e F. Florio, Catania, 2006, p. 53 e ss., secondo il quale «la legge 241/90 è importante non già perché afferma o riafferma principi che costituiscono corollari di valori costituzionalmente consacrati nell'art. 97 Cost, ma perché ne detta i canoni di applicazione, assicurandone l'effettività».

senza che ciò costituisca una violazione dell'art. 97 della carta costituzionale⁵⁴

55.

⁵⁴ G. BERGONZINI, *Legge dello stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale* in *Dir. Amm.*, 2006, p. 23 e ss.

⁵⁵ Altri autori hanno individuato il fondamento extratestuale della competenza statale in materia di procedimento amministrativo anche dagli artt. 120 e 118 Cost. La prima tesi (per la quale si veda G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo, leggi 15 e 80 del 2005*, Padova, 2005, p. 55-57) muove dal presupposto che il potere sostitutivo attribuito allo Stato per il mancato esercizio delle funzioni spettanti alle regioni possa essere riferito non solo all'esercizio di funzioni amministrative, ma anche all'attività legislativa, come, del resto, il legislatore ha espressamente disposto con riguardo alla mancata osservanza degli obblighi internazionali (art. 117 comma 5 Cost.). La sostituzione dello Stato nell'esercizio di competenze legislative delle regioni potrebbe avvenire anche in via preventiva, ogni qual volta ciò si renda necessario per la salvaguardia dell'unità del Paese e dei suoi interessi primari. Secondo questa ricostruzione il potere sostitutivo previsto dall'art. 120 della Costituzione, se inteso nel modo anzidetto, potrebbe costituire il fondamento del potere dello Stato di dettare una disciplina generale dell'azione amministrativa in quanto "i principi della legge n. 241 del 1990 sarebbero, appunto, volti ad assicurare l'unità giuridica della Repubblica in un settore, quale quello dell'attività amministrativa, in cui sarebbe particolarmente pregnante l'esigenza di unitarietà (si vedano sul punto R. VIRGILIO, *op. cit.*, p. 8; in tal senso si è espresso anche T. MIELE, *La riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione: gli effetti sull'ordinamento* in *www.lexitalia.it*, 2004). In senso contrario si è, tuttavia, osservato che il potere sostitutivo è attribuito al Governo (e non al Parlamento) per intervenire in situazioni che si sostanzino in "emergenze istituzionali di particolare gravità", previo l'accertamento dell'inerzia della Regione o dell'ente locale interessato a farvi fronte ai sensi dell'art. 8 della legge n. 131 del 2003 (cd. "La Loggia"). Queste condizioni non possono essere invocate nell'ipotesi in esame, sia perché è difficile sostenere che la mancata regolamentazione della disciplina dell'attività amministrativa da parte delle Regioni costituisca un'emergenza istituzionale di tale gravità da dover impegnare il Governo, sia perché è altrettanto difficile accettare che la sostituzione operi in via preventiva rispetto all'eventuale accertamento di omissioni regolative (R. VIRGILIO, *op. cit.*). Si è anche ritenuto di poter ravvisare il fondamento dell'intervento legislativo dello Stato in materia di procedimento amministrativo nel principio di sussidiarietà sancito dall'art. 118 Cost. (G. CARLOTTI, *op. cit.*, p. 57-61). In particolare, riallacciandosi a quanto stabilito nella sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2003 si è affermato che il legislatore statale, per soddisfare l'esigenza di unità del sistema, potrebbe allocare in sede centrale, non solo le funzioni amministrative, ma anche le competenze legislative e, in particolare, quella relativa alla disciplina della azione amministrativa. Tuttavia, l'attrazione per sussidiarietà, affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303 del 2003, riguarda la disciplina legislativa di specifiche funzioni amministrative che lo Stato intende accentrare a livello nazionale per assicurarne un esercizio unitario: è solo in tali casi che, in base alla costruzione effettuata dalla Consulta, può giustificarsi una deroga all'ordinario riparto di competenze legislative sancito dall'art. 117 Cost. L'adozione della legge n. 241 del 1990 non si correla, invece, ad una particolare funzione amministrativa che lo Stato ha inteso accentrare, trattandosi di una legge

Anche la predetta tesi non è andata esente da critiche.

Si è, infatti, ribadito che una disposizione di legge ordinaria quale è l'art. 29 della L. 241 del 1990 non è abilitata ad attribuire ad altre disposizioni, aventi pari rango legislativo, la forza di nuove norme costituzionali, né a porre ai legislatori regionali limiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Carta costituzionale⁵⁶.

Affermare che la legge 241 del 1990 costituirebbe una sorta di specificazione delle garanzie costituzionali del cittadino nei confronti della p.a. poste dall'art. 97 Cost. significherebbe, inoltre, confondere il ruolo del legislatore con quello della Corte costituzionale alla quale sola spetta il compito di interpretare le disposizioni della Carta e di delineare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali dalla stessa previsti⁵⁷.

Ne consegue che, al più, la legge 241 del 1990 potrebbe contenere "principi fondamentali" suscettibili di dispiegare la propria forza vincolante nelle materie di potestà concorrente, mentre non possiederebbe alcuna valenza precettiva nelle materie attribuite alla potestà residuale delle regioni la cui disciplina incontrerebbe solo i limiti sanciti dalla Costituzione.

Del resto, la tesi secondo cui i titoli di competenza legislativa statale potrebbero essere individuati anche al di fuori degli elenchi di materie contenuti nell'art. 117 Cost., come rilevato da questa parte della dottrina, si scontra con il fatto che la riforma del Titolo V ha eliminato il limite dell'interesse nazionale così come tutti gli altri vincoli statali di natura generale alla potestà legislativa regionale.

trasversale che concerne la disciplina di tutti i procedimenti e, quindi, l'esercizio in via generale del potere amministrativo.

⁵⁶ G. BERGONZINI, *Legge dello Stato*, op. cit., p. 23 e ss.

⁵⁷ Occorre, infatti, mantenere distinto il piano della legislazione che in quanto essendo il risultato di una scelta politica può essere mutevole e contingente da quello del contenuto essenziale dei diritti costituzionali che, invece, appare come un limite al legislatore ordinario (statale e regionale). In tal senso si veda C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bologna, 2008, p. 50.

Ora i beni e gli interessi che richiedono una disciplina di carattere unitario non sono più discrezionalmente individuabili dal legislatore statale sulla base di clausole generali a contenuto indeterminato, ma sono - a contrario - tassativamente limitati a quelli inerenti le materie previste dai commi secondo e terzo dell'art. 117 della Costituzione⁵⁸.

Né la costituzionalizzazione dei principi posti dalla legge sul procedimento amministrativo potrebbe riposare su un criterio insicuro e mutevole come quello della coscienza civile e sociale.

Invero, per lungo tempo l'interpretazione comunemente accettata dell'art. 97 della Costituzione è stata quella secondo cui tale norma riguarderebbe esclusivamente l'organizzazione dei pubblici uffici e non anche l'azione della p.a. Ed anche oggi, benché, la maggioranza degli interpreti ravvisi una stretta connessione fra la disciplina del procedimento e i principi di imparzialità e buon andamento, sarebbe improprio affermare che gli stessi implicino la costituzionalizzazione "a cascata" delle disposizioni contenute nella legge 241 del 1990⁵⁹ le quali non potrebbero "considerarsi l'unica disciplina del procedimento amministrativo compatibile con i canoni dettati dall'art. 97 della Costituzione"⁶⁰.

4.4 La teoria che ascrive il procedimento amministrativo ai livelli essenziali delle prestazioni.

⁵⁸ E' da dire che la tassatività degli elenchi di materie contenuti nella richiamata norma costituzionale è stata ridimensionata dalla giurisprudenza costituzionale la quale ha ammesso che il legislatore possa attrarre a sé la competenza legislativa tutte le volte in cui, in forza della cd. sussidiarietà ascendente, ritenga di ascrivere a sé l'esercizio di una determinata funzione amministrativa. In tal modo, infatti, il criterio "elastico" della sussidiarietà finisce col divenire applicabile non solo al riparto delle funzioni amministrative, ma anche al riparto di competenze legislative. Tuttavia, tale osservazione, non ha alcuna attinenza con il tema trattato in quanto il procedimento amministrativo non coincide con una particolare funzione amministrativa che possa essere attratta in sussidiarietà, ma costituisce il modo di esercizio di tutte le funzioni.

⁵⁹ R. VIRGILIO, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰ P. CLARIZIA, *Le discipline regionali dell'azione amministrativa*, in *www.gjustamm.it*, 2007, p. 8.

CAPITOLO TERZO

Altra parte della dottrina ha ritenuto che la disciplina uniforme delle garanzie del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione rientrerebbe nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che la legge dello Stato potrebbe fissare ai sensi dell'art. 117 comma 2 lettera m) Cost.⁶¹

La predetta teoria muove dalla considerazione, su cui ci si è più volte soffermati nel corso del presente lavoro, secondo cui l'art. 97 della Costituzione dovrebbe essere letto non più in senso oggettivo, come norma afferente l'organizzazione della p.a., ma in una chiave soggettiva e cioè prendendo in considerazione non tanto *"l'amministrazione in sé, quanto l'amministrazione nei confronti del cittadino"*. In tale ottica il principio di imparzialità si risolverebbe in *"una specificazione del principio di uguaglianza, che impegna il legislatore a non discriminare tra i cittadini"* e quello di buon andamento costituirebbe la traduzione della esigenza che *"l'attività amministrativa sia efficace ed efficiente per garantire ai cittadini le prestazioni di cui hanno necessità"*⁶².

La legge 241 del 1990 non avrebbe fatto altro che tradurre i principi costituzionali della funzione amministrativa in un catalogo di rapporti o di relazioni intersoggettive costituenti una trama di veri e propri *"diritti di cittadinanza"*⁶³.

In questa prospettiva è stato facile inquadrare una siffatta disciplina nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Tali diritti comprenderebbero, infatti, *"il complesso delle pretese che il*

⁶¹ COCCONI M., *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni in Le Regioni*, 2010, 5.

⁶² C. E. GALLO, *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della nuova costituzione*, in www.giustamm.it, 2005, p. 3.

⁶³ G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in www.astridonline.it, 2002, p. 3.

cittadino può vantare nei confronti dell'amministrazione"⁶⁴ e le prestazioni che ne formano oggetto non sarebbero limitate alle sole attività materiali della p.a. volte a soddisfare i bisogni primari dei cittadini, ma si estenderebbero anche ai "servizi burocratici" strumentali al conseguimento dei primi⁶⁵. Sicché, la partecipazione procedimentale, il termine per la adozione del provvedimento finale, la cd. semplificazione amministrativa etc. costituirebbero "prestazioni procedimentali" formanti oggetto di veri e propri diritti che, al pari dei diritti sociali come, ad esempio, quello alla salute o all'assistenza, necessiterebbero della determinazione da parte dello Stato di standard uniformi validi su tutto il territorio nazionale in ossequio ai principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di unità della Repubblica (art. 5 Cost.).

In questa prospettiva la disciplina del procedimento amministrativo viene ad essere definitivamente sganciata dall'orbita dei principi generali, che nel nuovo quadro costituzionale non possono più costituire criteri idonei a permeare l'intero ordinamento repubblicano, per essere, invece, inquadrata in una vera e propria materia legislativa nell'ambito della quale lo Stato è legittimato a dettare vere e proprie norme di dettaglio autoesecutive⁶⁶.

⁶⁴ C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁵ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLI e altri, Bologna, 2005, p. 581.

⁶⁶ Il punto è colto con la consueta precisione da G. FALCON, *Legge sul procedimento amministrativo e caratteri del federalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2010, p. 1227 e ss. il quale osserva che "le «prestazioni» concernono – come dice lo stesso testo costituzionale – i «diritti civili e sociali», esse sembrano dover essere «esigibili» agli interessati: il che significa che le relative prescrizioni non si limitano a porre un vincolo di adeguamento e di coerenza rispetto alla normativa regionale, ma operano direttamente come costitutive di situazioni giuridiche azionabili dalle persone coinvolte, cioè dai titolari di quei diritti civili e sociali", salvo il potere delle regioni di "sviluppare il procedimento «in avanti», introducendo nuovi istituti e nuove garanzie" Non va, però, sottaciuto che una parte della dottrina sembra in qualche misura accostare il potere di fissare i livelli essenziali a quello di formulazione dei principi. In tale prospettiva si afferma che la determinazione dei LEP consisterebbe nella indicazione dei risultati sostanziali, rispetto ai quali andrebbe valutata l'adeguatezza delle norme di dettaglio la cui adozione resterebbe una prerogativa propria delle autonomie (R. TASSONE, *Legge 241 del 1990 e competenze regionali, osservazioni sulla*

CAPITOLO TERZO

Tale passaggio, peraltro, non comporta che regioni ed enti locali vengano ad essere spogliati del potere di regolare i procedimenti inerenti le proprie competenze legislative o amministrative⁶⁷. Innanzitutto perché costituendo i l.e.p. una tipica "materia trasversale" che coesiste e si interseca con i poteri legislativi e regolamentari degli enti periferici⁶⁸, ad essi potrebbero ascrivere soltanto gli aspetti dei procedimenti che riguardano più da vicino i rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino, restando, invece, di competenza esclusivamente locale i profili più strettamente organizzativi delle procedure. In secondo luogo, la determinazione dei l.e.p. non precluderebbe alle regioni ed agli enti locali di fissare, anche con riguardo agli elementi già disciplinati dal legislatore statale, standard di tutela del cittadino più elevati di quelli determinati in sede centrale.

Anche sulla riconducibilità ai l.e.p. delle regole generali sul procedimento amministrativo è sorto in dottrina un ampio ed articolato dibattito.

Si è, infatti, osservato che la potestà dello Stato di fissare con legge i "livelli essenziali", proprio per la sua potenziale interferenza con le competenze

*posizione di A. Celotto e M.A. Sandulli in www.federalismi.it. Sulla stessa linea C. BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie* Milano, 2003, p. 152 e ss.*

⁶⁷ Questo era il timore che nei primi anni '90 indusse la Corte costituzionale a ritenere che il procedimento amministrativo non potesse inquadrarsi in una specifica materia (sentenza n. 465/91): affermare il contrario, nel quadro costituzionale precedente alla riforma del 2001, avrebbe significato investire lo Stato della facoltà di dettare una disciplina rigida ed omnicomprensiva delle procedure burocratiche, confinando così i poteri normativi regionali e locali entro limiti troppo angusti. Tale pericolo sembra, invece, stemperarsi nell'ambito dell'attuale assetto del riparto delle competenze legislative nel quale le materie cd. "trasversali" consentono allo Stato di intervenire per assicurare il trattamento uniforme di determinati interessi senza per questo assorbire per intero settori specifici di competenza demandati alla potestà normativa delle regioni e degli enti locali.

⁶⁸ La Corte costituzionale ha affermato che la determinazione dei l.e.p. non va considerata come una materia in senso stretto, trattandosi di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle (Corte cost. 282/2002).

legislative attribuite alle regioni, sarebbe limitata dalla Costituzione alle prestazioni che formano oggetto dei diritti civili e di quelli sociali che, in base all'art. 2 Cost., la Repubblica deve garantire per assicurare la pari dignità sociale di tutti i cittadini. La disciplina dei livelli essenziali si riferirebbe, quindi, alle attività materiali di prestazione di beni e servizi pubblici (sanità, istruzione, cultura, sport, etc.) attraverso le quali le amministrazioni adempiono ai fondamentali compiti dello stato sociale⁶⁹ e non comprenderebbe, invece, le attività amministrative che non sono volte alla diretta soddisfazione degli interessi primari degli amministrati, ma hanno carattere strumentale concernendo le forme e le modalità con cui l'amministrazione si organizza per l'ottimale svolgimento dei propri compiti⁷⁰. Nell'ambito di un ordinamento "differenziato"⁷¹, come è oramai divenuto quello repubblicano, il principio di uguaglianza formale e sostanziale di tutti i cittadini non si realizzerebbe più, infatti, attraverso l'uniformità organizzativa, ma per mezzo della predeterminazione dei diritti di cittadinanza la cui effettività si misura

⁶⁹ S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 135.

⁷⁰ A. POLICE, *Federalismo "asimmetrico"*, op. cit. secondo il quale i livelli essenziali delle prestazioni sono cosa diversa dai livelli essenziali delle forme e della modalità di erogazione delle prestazioni stesse le quali costituiscono la vera essenza del procedimento amministrativo. Della stessa opinione sono G. BERGONZINI, *op. cit.*, p. 34 ss. e R. URSI, *La disciplina generale della azione amministrativa nel prisma della potestà normativa degli enti locali*, op. cit., p. 610 secondo il quale «in realtà la norma costituzionale citata (art. 117 comma 2 lett. m)) non appare idonea a giustificare l'applicabilità della legge n. 241 del 1990 alle amministrazioni non statali, in quanto le regole non procedurali, non sembrano costituire una prestazione connessa ai diritti di cittadinanza, bensì, più correttamente, rappresentano la predeterminazione delle modalità dell'esercizio di un potere». Anche P. LAZZARA, *op. cit.*, p. 7 è contrario ad un'accezione ampia del termine prestazione osservando che "appare difficile immaginare che la definizione dei livelli essenziali possa essere realizzata mediante «principi» in quanto la disciplina dell'azione amministrativa, al contrario, dovrebbe assumere un contenuto specifico idoneo a fissare uno «standard» minimo della prestazione amministrativa". In tal senso si sono espressi anche G. CARLOTTI, *op. cit.* e S. SPUNTARELLI, *La disciplina del procedimento amministrativo tra competenza statale e competenze delle autonomie locali*, op. cit., p. 197.

⁷¹ Si veda sull'argomento E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004; A. CLARIZIA, *Discipline regionali*, op. cit.

CAPITOLO TERZO

attraverso la soddisfazione dei bisogni finali che devono essere garantiti a ciascun membro della collettività.

Si è osservato, poi, che la nozione di l.e.p., anche se estesa alla attività burocratica potrebbe al più consentire di collegare all'esercizio della funzione legislativa statale solo determinati obblighi di comportamento della p.a. come quelli di dare agli interessati avviso di avvio del procedimento, consentire l'accesso agli atti, concludere i procedimenti con atto motivato entro un termine prestabilito⁷². Ricomprendere nei l.e.p. anche altri istituti previsti dalla legge 241/90 come la conferenza di servizi, il silenzio assenso o la d.i.a., finirebbe per dilatare enormemente la nozione, rendendone indefinita la portata, con conseguente rischio di attribuire al legislatore nazionale una illimitata possibilità di intervento in materia di procedimento amministrativo⁷³.

⁷² A. SANDULLI, *La legge 69/2009 e la pubblica amministrazione* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 11, p. 1133 ss. secondo il quale «se per gli istituti di garanzia e trasparenza può avere senso stabilire una soglia minima di uniformità della "prestazione" procedimentale cui il cittadino può legittimamente aspirare a prescindere dal profilo territoriale, dubbi solleva l'applicazione del medesimo modello, limitativo dell'autonomia territoriale, ad istituti di semplificazione». In tal senso anche M. OCCHIENA, *Il Procedimento*, op. cit. secondo il quale la materia dei livelli essenziali delle prestazioni potrebbe, al più, comprendere l'istituto partecipativo.

⁷³ Osserva L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle regioni*, in *Le Regioni*, 2002, p. 354 e ss. che «le clausole generali di attribuzione della potestà legislativa esclusiva statale sono specifiche e non possono essere surrettiziamente modificate. né estese oltre i loro già ampi confini manipolando il significato delle parole, ad esempio scoprendo nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni il vecchio limite delle riforme economico sociali o attraendo nel concetto di livello essenziale anche l'individuazione degli assetti organizzativi e degli strumenti amministrativi per la erogazione delle prestazioni». Per considerazioni analoghe A. FERRI, *Le norme fondamentali di riforma economico sociale ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Nuove autonomie*, Napoli, 2005, p. 633 ss., p. 678. La preoccupazione che la competenza in materia di l.e.p. possa trasformarsi in una clausola generale che, espandendo «i suoi effetti su tutte le [...] materie (in cui sono in gioco i diritti)», finisca per erodere o, addirittura, fagocitare le altre materie e travolgere così il criterio di riparto sancito in sede di revisione costituzionale» è espressa anche da R. BIFULCO, *Federalismi e diritti* in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, (a cura di) T. GROPPI, M. OLIVETTI, Torino, 2001, p. 124 e ss. Per considerazioni analoghe si vedano anche P. LAZZARA, *op. cit.*, p. 107; P. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 5; A. CELOTTO, *Il nuovo art. 29*

5. *Le ulteriori modifiche apportate dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009 n. 69 all'art. 29 e 22.*

L'incerto fondamento costituzionale della riformulazione dell'art. 29 operata dalla legge n. 15 del 2005 ha determinato il legislatore ad intervenire nuovamente sulla norma con la legge n. 69 del 2009⁷⁴.

La novella legislativa, nel confermare la scelta di estendere la applicabilità della legge sul procedimento anche a regioni ed enti territoriali, ha cercato di basare tale operazione su un fondamento costituzionale più preciso e, nel contempo, ha individuato con maggiore specificità norme ed istituti che, rientrando nelle materie di competenza statale, devono ritenersi immediatamente applicabili anche negli ordinamenti regionali e locali.

Sono stati così individuati tre gruppi di norme.

Il primo gruppo comprende istituti e disposizioni facilmente riconducibili (anche nel silenzio del legislatore) alle materie dell'ordinamento civile e della giustizia amministrativa e, per questo, ritenute applicabili a tutte le pubbliche amministrazioni: si tratta degli articoli concernenti il risarcimento del danno da ritardo nella adozione dei provvedimenti da parte della p.a. (art. 2

della L. n. 241 del 1990: *norma utile, inutile o pericolosa?*, in *www.giustamm.it*, p. 3 e, dello stesso autore, *Il riscritto art. 29 L. n. 241/90 in La nuova disciplina del procedimento amministrativo, commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69*, (a cura di) R. GAROFOLI, Nel diritto editore settembre 2009 pag. 105 e ss.. Sull'argomento si veda anche LAMARQUE E., *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) SANDULLI M. A., Milano, 2011, p. 1233 ss.

⁷⁴ Trattasi di una legge non dedicata al procedimento amministrativo, ma eterogenea come emerge dal titolo "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", e ancor più leggendone il testo che costituisce, altresì, la legge delega per il processo amministrativo e contiene, tra l'altro, norme sulla trasparenza delle retribuzioni dei dirigenti pubblici (art. 21), di modifica al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (art. 69), nonché una delega al Governo in materia di nuovi servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (art. 11). In dottrina VIPIANA PERPETUA P.M. *Il procedimento amministrativo nella legge 241/1990 come riformata dalla L. 69/2009*, Padova, 2010.

CAPITOLO TERZO

bis), gli accordi fra amministrazione e cittadini (art. 11) e fra pubbliche amministrazioni (art. 15), il ricorso al giudice amministrativo contro le determinazioni concernenti il diritto di accesso (art. 25, commi 5, 5 *bis* e 6) e dell'intero capo IV-bis (artt. da 21 *bis* a 21 *novies*), relativo alle condizioni di efficacia ed alle forme di invalidità del provvedimento amministrativo e agli istituti della revoca e dell'accesso.

Nell'ambito di tali materie ogni intervento regionale deve ritenersi assolutamente precluso non potendo in alcun modo tali enti dettare una disciplina differenziata relativamente ad istituti concernenti i rapporti civili o la materia processuale⁷⁵.

Nel secondo gruppo sono contemplati poi, un'altra serie di istituti ascritti, questa volta in modo espresso, alla materia dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 comma 2 lettera m) Cost, che risultano, pertanto, modificabili dalle regioni solo stabilendo maggiori garanzie per il cittadino. Vengono classificate in tale ambito le disposizioni sulla partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo (comunicazione di avvio del procedimento e dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento), l'individuazione del responsabile del procedimento, il termine per la conclusione del procedimento, l'accesso alla documentazione amministrativa e le norme sulla durata massima dei procedimenti.

Un terzo gruppo di istituti, essenzialmente afferenti all'ambito della cd. semplificazione amministrativa, sono sempre ricompresi nei l.e.p., ma con la previsione della possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 i casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano (cd. "l.e.p. cedevoli"⁷⁶): vi

⁷⁵ Si veda, in tal senso, MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁶ La maggior flessibilità che circonda l'applicabilità alle regioni della disciplina sulla dichiarazione di inizio attività ed il silenzio assenso è comprensibile alla luce della

rientrano la denuncia di inizio attività e il silenzio-assenso ai quali è stata aggiunta dal decreto legge n. 78 del 2010 la conferenza dei servizi.

La riforma del 2009 non ha, peraltro, abrogato il comma 2 dell'art. 29 che sancisce l'obbligo delle regioni e degli enti locali di adeguare i propri ordinamenti al sistema delle garanzie del cittadino nei riguardi della azione amministrativa così come definite dalla stessa legge n. 241 del 1990.

Tuttavia, tale disposizione che nella versione precedente costituiva il caposaldo su cui si poggiava l'estensione dell'ambito di applicazione della legge agli enti territoriali diversi dallo Stato, nel nuovo contesto svolge un ruolo meramente residuale di clausola di chiusura alla luce della quale dovrebbe essere vagliata la rispondenza delle leggi regionali e dei regolamenti locali ai principi enucleabili dalle (per il vero non molte) norme che non sono ricomprese nel comma primo e nei commi 2-bis e 2-ter dell'art. 29.

6. L'inquadramento nei l.e.p. degli istituti afferenti l'azione amministrativa nella più recente normativa.

A questo punto preme notare che nella recente produzione normativa il legislatore, anche al di fuori della legge sul procedimento, ha utilizzato la copertura dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali per sancire l'applicabilità agli ordinamenti delle Regioni e delle Province autonome di norme generali sull'azione della pubblica amministrazione.

Tale operazione, in particolare, è stata compiuta in recenti interventi legislativi che hanno riguardato i temi della "trasparenza" e della "semplificazione" dell'attività amministrativa.

minor tutela che i predetti istituti assicurano all'interesse pubblico anche in materie di fondamentale rilevanza per gli ordinamenti locali come il governo del territorio.

CAPITOLO TERZO

Per quanto concerne il primo filone, la condizione di trasparenza della p.a., intesa come conoscibilità e controllabilità della sua organizzazione e della sua azione, è stata portata dal legislatore ben oltre i confini dell'istituto dell'accesso agli atti previsto dagli artt. 22 e seguenti della legge 241 del 1990⁷⁷.

⁷⁷ Con la legge n. 15 del 2009 il Parlamento ha delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi volti ad assicurare la totale accessibilità dei dati relativi ai servizi resi dalla pubblica amministrazione anche tramite forme di pubblicità via web e sancito che la trasparenza costituisce un livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Costituzione (art. 4).

In attuazione della delega il Governo ha emanato il D.lgs. n. 150 del 2009 (la cd. "riforma Brunetta") il quale riprendendo le linee guida dettate dal Parlamento sanciva che la trasparenza, da intendersi come accessibilità totale ai dati delle pubbliche amministrazioni, costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 117 secondo comma, lett. m) della Costituzione ed indicava, quali obblighi conseguenti per le p.a., la adozione di un Programma triennale per la trasparenza, la attivazione della posta certificata e la creazione sul proprio sito istituzionale di una apposita sezione dedicata alla "Trasparenza, valutazione e merito" per la pubblicazione dei dati (art. 11). Prevedeva, inoltre, la istituzione di una apposita "Commissione" a livello centrale con funzioni di garante della trasparenza (art. 13).

Pochi anni più tardi è stata emanata la legge n. 190 del 2012 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell' illegalità nella pubblica amministrazione" che ha attribuito alla citata Commissione la funzione di Autorità nazionale anticorruzione, ribadito che la trasparenza costituisce «livello essenziale delle prestazioni» da assicurarsi mediante il semplice e facile accesso a dati completi pubblicati nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni e delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

La delega è stata attuata dal Governo mediante l'adozione del D.lgs. n. 33 del 2013 che costituisce la prima legge organica sulla trasparenza. All'art. 1 la trasparenza viene rubricata quale "principio generale" che concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche e quale condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali integrando il diritto ad una buona amministrazione. A tal fine, le disposizioni del decreto e quelle successive che saranno emanate dal Governo (in virtù della delega contenuta all'art. 48) volte a definire criteri, modelli e schemi standard per la organizzazione, la codificazione e la rappresentazione di documenti, informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, vengono qualificate quali «livelli essenziali delle prestazioni» erogati dalle amministrazioni pubbliche ai fini della trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, che, in quanto trasversali, si impongono anche alle Regioni nelle materie di loro competenza assicurando, così, un uniforme livello di conoscibilità di determinate categorie di atti amministrativi.

Da notare che il decreto ha riconosciuto quali l.e.p. e separatamente disciplinato due aspetti del principio di trasparenza: l'obbligo di pubblicazione dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni ed il diritto di accesso civico (art. 5) agli stessi in caso di

Una serie di interventi legislativi finalizzati dapprima ad una maggiore responsabilizzazione della dirigenza pubblica e poi al contrasto del fenomeno della corruzione degli apparati pubblici hanno esteso l'ambito della trasparenza prevedendo a carico della p.a. un obbligo di pubblicazione dei dati più rilevanti concernenti l'organizzazione degli uffici pubblici, dei soggetti che sono ad essi preposti e dell'azione amministrativa, al quale corrisponde un vero e proprio diritto di accesso civico esercitabile (in via stragiudiziale e giudiziale) da chiunque a prescindere dalla dimostrazione relativa alla titolarità di un interesse specifico alla conoscenza dei dati pubblici.

Anche i predetti istituti sono stati ritenuti dal legislatore standard uniformi di trasparenza delle pubbliche amministrazioni che costituendo livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. m) Cost. devono trovare incondizionata applicazione anche negli ordinamenti delle regioni e delle province autonome.

L'esigenza di assicurare l'uniformità di determinati modelli di azione amministrativa si è poi manifestata in relazione al tema della cd. semplificazione dell'azione della p.a. soprattutto per ciò che concerne i procedimenti amministrativi che condizionano l'inizio e l'esercizio delle attività di impresa, la cui lunghezza e farraginosità viene spesso additata come una delle cause che ostacolano la crescita economica del Paese.

Anche in questo ambito l'esigenza di estendere a livello regionale e locale i moduli della semplificazione ha dovuto scontare le incertezze relative alla distribuzione fra Stato e regioni delle competenze legislative nel campo delle attività economiche.

omessa pubblicazione, accesso che a differenza di quello contenuto nell'art. 22 della L. 241 del 1990, non è soggetto ad alcuna limitazione, ma può esercitarsi gratuitamente e senza motivazione ed azionabile innanzi al giudice amministrativo con una procedura semplificata.

CAPITOLO TERZO

L' "impresa", infatti, non costituisce materia autonoma e disgiunta dai diversi settori in cui essa opera (in nota Corte Cost. 63/2008), essendo, invece, le competenze in campo economico ripartite fra le materie "residuali" dell' industria e del commercio e quella trasversale dello stato sulla concorrenza.

La scelta del legislatore nazionale è stata, tuttavia, quella di non legare la semplificazione dei procedimenti concernenti le attività imprenditoriali alla materia della concorrenza ma di avvalersi, ancora una volta, del titolo dei l.e.p., probabilmente allo scopo di estendere i predetti modelli anche ad attività il cui esercizio è, tradizionalmente, ricondotto al diritto di proprietà e non (solo) a quello di impresa come quella edilizia.

Gli interventi di semplificazione che il legislatore nazionale ha inteso ricondurre ai l.e.p. hanno avuto, talvolta, carattere generale e talaltra hanno, invece, riguardato settori specifici.

Si è già parlato nel paragrafo precedente dell'inserimento del silenzio assenso, della d.i.a. e della conferenza di servizi nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni con la modifica dell'art. 29 della L. 241 del 1990 operata dalla L. 69 del 2009.

A livello settoriale, possono ricordarsi (senza pretesa di esaustività) la disciplina sulle certificazioni ambientali e di qualità di cui all'art. 30 del D.L. 112/2008 che ne ha semplificato le procedure di rilascio prevedendo che le imprese che sono tenute a munirsene possano rivolgersi ad enti certificatori privati accreditati le cui attestazioni sostituiscono i controlli e le verifiche amministrative anche ai fini dell'eventuale rinnovo o aggiornamento delle necessarie autorizzazioni. Ugualmente è stata considerata pertinente ai livelli essenziali delle prestazioni la disciplina del procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica introdotta dall'art. 4 del D.P.R. 9 luglio 2010 n. 139.

Confortato dall'avallo nel frattempo ricevuto dalla Corte Costituzionale⁷⁸ il legislatore ha, poi, compiuto un'operazione di più ampio respiro anche al fine di adeguare l'ordinamento interno alle prescrizioni della direttiva 123/2006/CE in materia di servizi (cd. Bolkestein). Egli, infatti, ha previsto l'immediata applicabilità del modello normativo della segnalazione certificata di inizio attività, introdotto dall'art. 49 comma 4 bis del D.L. 78 del 2010, anche alle amministrazioni regionali in sostituzione delle varie discipline che in precedenza si richiamavano all'istituto della d.i.a.

7. La posizione della Corte costituzionale sulla inclusione degli istituti di trasparenza e semplificazione amministrativa nei l.e.p.

Il moltiplicarsi delle ipotesi in cui il legislatore nazionale, attraverso il richiamo ai l.e.p., ha inteso creare modelli trasversali di azione amministrativa, imponendone l'applicazione anche agli ordinamenti regionali, non poteva lasciare indifferenti le regioni ed ha fatto, quindi, "venire al pettine" il nodo della costituzionalità di siffatti interventi.

Molte amministrazioni regionali sono, infatti, ricorse alla Consulta sulla base dell'assunto che alla formula dell'art. 117 comma 2 lett. m) della Costituzione non possa essere data un'interpretazione talmente estensiva da

⁷⁸ Corte cost. n. 322 del 2009. Si tratta della prima decisione in cui la Consulta ha ritenuto che la semplificazione dei procedimenti attiene alla materia dei l.e.p. Nel caso di specie, oggetto di ricorso, è stata la disciplina sulla certificazione ambientale contenuta nell'art. 30 comma 1 del D.L. 112 del 2008 volta a snellire il rilascio delle certificazioni di qualità in essa previste; la Corte, diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente Regione Emilia Romagna, che lamentava una violazione alla potestà residuale delle regioni in materia di industria, commercio e agricoltura, ha ritenuto che la disposizione contestata, mirando a garantire che tutte le imprese fruiscono in condizioni di omogeneità della possibilità di ottenere, senza inutili duplicazioni e controlli, le certificazioni di qualità in essa previste, si riferisce alla determinazione di standard strutturali e qualitativi di prestazioni che riguardano il soddisfacimento di diritti civili e sociali e, pertanto, attiene alla trasversale materia dei l.e.p.

CAPITOLO TERZO

legittimare qualunque disciplina statale che inerisca in generale l'attività della pubblica amministrazione.

Nel rivolgersi alla Consulta le regioni e alcune province autonome hanno innanzitutto rivendicato la competenza a disciplinare gli aspetti procedurali dell'azione amministrativa nelle materie ascritte alla propria competenza esclusiva⁷⁹, concorrente⁸⁰ o residuale⁸¹.

Non vi sarebbe, secondo le regioni, un titolo che abiliti lo Stato a dettare norme sul procedimento in materie estranee alla sua competenza esclusiva. E ciò in quanto *la disciplina degli aspetti procedurali dell'azione amministrativa non potrebbe ricondursi ad un'unica materia* o voce contenuta negli elenchi dell'art. 117 Cost., ma coinvolgerebbe una pluralità di materie in relazione al settore sul quale incidono i relativi procedimenti amministrativi ed in considerazione dei diversi interessi che possono restarne coinvolti. Di talché, ad esempio, un istituto come la s.c.i.a., non potrebbe ricevere autonoma considerazione ai fini del riparto delle competenze legislative, ma

⁷⁹ Si fa riferimento alle competenze esclusive delle regioni a statuto speciale o delle province autonome ed, in particolare, alla sentenza della Corte cost. n. 207 del 24 luglio 2012 in cui la Provincia autonoma di Trento lamentava la violazione della sua competenza esclusiva in materia ambientale da parte dell'art. 6 comma 2 del D.P.R. 139/2010 che ha introdotto un procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità.

⁸⁰ Si vedano, a tal proposito le sentenze C. cost. n. 203 del 20 luglio 2012 e C. cost. n. 164 del 27 giugno 2012 originate dai ricorsi promossi rispettivamente dalla Provincia autonoma di Trento e dalla Regione autonoma Valle d'Aosta avverso la disciplina sulla s.c.i.a. dettata dal D.L. 78/2010 le cui tesi sono riportate nel prosieguo del testo.

⁸¹ Corte cost. n. 399 del 1 dicembre 2006 in cui la regione Friuli-Venezia Giulia ha ritenuto che le disposizioni del D.lgs. 195 del 2005 in materia di accesso del pubblico all'informazione ambientale fossero lesive della sua potestà legislativa primaria in materia di ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla Regione. Nel caso deciso dalla sentenza n. 322/09 la regione Emilia Romagna ha sostenuto che la disciplina dell'art. 30 del D.L. 112 del 2008 in materia di semplificazione del rilascio delle certificazioni ambientali e di qualità riguarderebbe le imprese certificate in generale e, quindi, le materie del commercio, dell'industria, dell'agricoltura ... di competenza regionale. Spetterebbe, perciò, alla regione identificare i casi e i motivi per i quali l'autorità pubblica deve intervenire allo scopo di valutare la legittimità e l'appropriatezza dello svolgimento da parte degli enti certificatori delle funzioni ad esse attribuite

intersecherebbe settori molto vasti e indeterminati di competenza delle regioni a statuto ordinario o speciale e delle province autonome come la tutela e la conservazione del patrimonio storico, l'urbanistica, la tutela del paesaggio, l'igiene e la sanità, il turismo, l'industria, il commercio, l'ordinamento degli uffici, etc.⁸².

In secondo luogo, le Regioni hanno rilevato che il richiamo ai l.e.p. operato dal legislatore statale per legittimare la previsione di modelli procedurali uniformi non sarebbe in realtà pertinente e costituzionalmente fondato, risolvendosi in una errata auto qualificazione della disciplina introdotta. In proposito, è stato fatto osservare che i comportamenti a cui la p.a. è tenuta nell'ambito dello svolgimento del procedimento amministrativo non hanno ad oggetto una vera e propria prestazione della quale verrebbe fissato il livello essenziale di erogazione. Le norme sul procedimento, infatti, non fisserebbero alcuno standard di prestazione relativo alla fornitura alla collettività di beni o servizi, ma regolerebbero direttamente lo svolgimento dell'attività burocratica in settori molto vasti e indeterminati, alcuni di indiscutibile competenza regionale e provinciale⁸³.

Inoltre, anche qualora si volesse basare l'intervento statale nella disciplina dei procedimenti regionali sulla necessità di assicurare un sistema di garanzie uniformi ai soggetti che entrano in contatto con le pubbliche amministrazioni della Repubblica ciò non basterebbe a giustificare una indiscriminata invasione delle competenze regionali da parte dello Stato. La determinazione dei livelli essenziali non potrebbe, infatti, essere confusa con la disciplina delle posizioni soggettive degli amministrati; altrimenti, posto che ogni diritto o interesse implica un qualche comportamento altrui (anche omissivo), la competenza sulla materia dei l.e.p. consentirebbe qualunque

⁸² C. cost. n. 203 del 20 luglio 2012 e C. cost. n. 164 del 27 giugno 2012.

⁸³ C. cost. n. 203 del 20 luglio 2012 e C. cost. n. 207 del 24 luglio 2012.

CAPITOLO TERZO

intervento conformativo di qualsiasi posizione soggettiva in qualunque materia regionale⁸⁴.

La risposta della Corte a tali rilievi era, peraltro, tutt'altro che scontata.

In passato, infatti, la Consulta aveva affermato che non esiste uno specifico titolo che abiliti lo Stato a dettare una disciplina uniforme del procedimento, essendo gli aspetti procedurali dell'azione amministrativa "accessori" alle materie di competenza legislativa dello Stato, delle regioni e delle province autonome.⁸⁵

Inoltre, con specifico riguardo ai l.e.p. la medesima Corte costituzionale aveva, altresì, affermato che il potere dello Stato di fissare la quantità, la qualità e la tipologia delle prestazioni inerenti i diritti civili e sociali, implicando una deroga alla competenza legislativa delle regioni in favore di quella dello Stato, è ammesso nei limiti necessari ad assicurare su tutto il territorio nazionale il soddisfacimento di un nucleo minimo di bisogni attinenti i diritti fondamentali attraverso la "*determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale, non essendo inquadrabili in tale categoria le norme rivolte ad altri fini*"⁸⁶, come, ad esempio quelle che non incidono sui livelli quantitativi e qualitativi delle prestazioni, ma solo sulle modalità con cui l'utente può fruire delle stesse⁸⁷.

Nondimeno, la Corte Costituzionale, modificando (o, comunque, ridimensionando) le traiettorie della propria precedente giurisprudenza, ha

⁸⁴ C. cost. n. 203 del 20 luglio 2012 e C. cost. n. 164 del 27 giugno 2012.

⁸⁵ C. cost. 465/1991 e 401/2007.

⁸⁶ Sulla base di tale argomentazione la Corte costituzionale ha escluso che il richiamo ai l.e.p. possa essere utilizzato dallo Stato per individuare il fondamento costituzionale della disciplina di interi settori materiali (sentenze n. 285 e n. 120 del 2005; n. 423 e n. 16 del 2004 e n. 282 del 2002) o per la regolamentazione dell'assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti all'erogazione delle prestazioni (sentenza n. 120 del 2005).

⁸⁷ Il principio è stato affermato dalla sentenza n. 237 del 2007 della Consulta a proposito di una disciplina regionale che regolava l'esercizio del diritto di scelta del paziente fra strutture sanitarie pubbliche e strutture sanitarie convenzionate.

disatteso i rilievi formulati dalle regioni avallando senza riserve la riconduzione ai l.e.p. degli istituti concernenti la trasparenza e la semplificazione dell' azione amministrativa.

In primis, essa ha sancito che i profili generali del procedimento, quali la trasparenza e la conoscibilità dell' azione amministrativa o l'alleggerimento del carico degli adempimenti burocratici, attengono ad aspetti del rapporto fra amministrazione e cittadino che si collocano su un piano autonomo e trasversale rispetto alla disciplina dell'assetto sostanziale degli interessi che è proprio di ciascuna materia statale o regionale. Sicché, ad esempio, la disciplina del procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità, prevista dall'art. 4 D.P.R. n. 139 del 2010, non rientrerebbe nella materia "tutela del paesaggio", attribuita dallo Statuto alla competenza primaria della Provincia autonoma di Trento, in quanto non riguarderebbe gli aspetti sostanziali relativi alla tutela del bene ambiente, ma concernerebbe profili di carattere procedurale relativi agli standard di semplificazione che chiunque richieda la predetta autorizzazione ha diritto a vedersi applicare nelle relazioni con le amministrazioni competenti⁸⁸. Ed, ancora, il libero accesso alle informazioni ambientali, previsto dall'art. 3 e ss. del D.lgs. 195 del 2005⁸⁹, non potrebbe essere ricompreso né nella materia della organizzazione degli uffici, appartenente alla competenza residuale delle regioni, né nella materia relativa alla tutela dell'ambiente, ma si inserirebbe nel quadro dell'istituto procedimentale del diritto di accesso pubblico ai documenti amministrativi⁹⁰.

⁸⁸ Corte cost. n. 207 del 24 luglio 2012.

⁸⁹ Emanato in attuazione della Direttiva comunitaria 2003/4/CE del 28 gennaio 2003 sul libero accesso alle informazioni ambientali.

⁹⁰ Corte cost. n. 399 del 1 dicembre 2006. In questa sentenza la Corte si discosta dall'orientamento espresso nel precedente arresto n. 465 del 1991 e confermato nella successiva decisione del 23 novembre 2007 n. 401 secondo il quale il procedimento amministrativo non costituirebbe una materia a se stante, ma sarebbe un tutt'uno con la materia regolamentata con la conseguenza che l'ente, a cui spetta la disciplina sulla materia, ha anche la competenza a disciplinare il relativo procedimento amministrativo.

CAPITOLO TERZO

La Corte ha, poi, sancito che gli aspetti della disciplina del procedimento e dell'azione amministrativa che valgono a conformare in un certo modo il rapporto fra burocrazia e cittadino sono ascrivibili ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e rientrano, quindi, nella competenza legislativa trasversale dello Stato prevista dall'art. 117 comma 2 lettera m) della Costituzione⁹¹.

L'esigenza di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione riguarda, infatti, anche i rapporti procedurali concernenti lo svolgimento dell'attività amministrativa (e, quindi, i procedimenti amministrativi in genere) la quale ben può assurgere alla qualifica di "prestazione" della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui imprese, operatori economici e, in genere, di soggetti privati⁹².

⁹¹ Da ultimo Corte cost. n. 62 del 5 aprile 2013.

⁹² Corte cost. n. 322 del 2009, n. 399 e n. 398 del 2006. A tal proposito si segnala il parere del Consiglio di Stato, sez. atti norm., 21 maggio 2007, n. 2024, in *www.giustizia-amministrativa.it* reso sul piano per la semplificazione e qualità dell'erogazione redatto ai sensi dell'art. 1 comma 2 del D.L. 4 del 2006 convertito in legge n. 80 del 2006. In esso il Consiglio di Stato afferma che le norme in tema di semplificazione attengono ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale". A tale conclusione, il Consiglio arriva attraverso il ragionamento di seguito esposto.

La semplificazione procedimentale tendendo all'eliminazione dei procedimenti amministrativi superflui e all'accorpamento delle fasi procedurali presuppone scelte di carattere politico, in ordine alla necessità o meno dell'ingerenza pubblica in determinati settori delle attività private. Tali scelte sono rese complesse dal fatto che l'ordinamento italiano è connotato da una pluralità di livelli di competenza legislativa e amministrativa (Stato, Regioni e Province autonome) per cui al fine di garantire un uniforme ed equilibrato onere procedurale che permetta l'esplicarsi dei diritti fondamentali dei cittadini e non ostacoli il buon andamento della PA, la semplificazione non può prescindere da una strategia unitaria che preveda una norma di chiusura che garantisca la vincolatività della politica di semplificazione. Norma che il Consiglio ravvisa nella possibilità per lo Stato di fissare i livelli essenziali minimi delle prestazioni (tra cui vanno ricomprese le procedure di semplificazione) ai sensi del citato art. 117 Cost. comma 2 lett. m). Giova, infine, ricordare prosegue il Consiglio che nelle materie di competenza concorrente spetta allo Stato la fissazione dei principi fondamentali, tra cui debbono essere annoverati per ciascuna materia i principi di semplificazione (si veda a tal proposito Corte cost. 303/2003, Corte cost. 129/2006, Corte cost. 350/2008, Corte cost. 69/2010).

Sicché, una volta riconosciuta da parte dello Stato la sussistenza di un interesse giuridicamente qualificato dei privati ad iniziare una attività senza la necessità di un preventivo atto di assenso della p.a.⁹³ o a poter ottenere una certificazione di conformità ambientale da parte di enti certificatori privati in sostituzione dei controlli amministrativi⁹⁴ o a poter, in generale, beneficiare di procedure amministrative semplificate⁹⁵, un livello omogeneo di soddisfazione di tale interesse deve poter essere garantito sull'intero territorio nazionale in condizioni di parità.

⁹³ Corte. cost. n. 203 del 20 luglio 2012 e n. 164 del 27 giugno 2012.

⁹⁴ Corte cost. n. 322 del 4 dicembre 2009.

⁹⁵ Corte cost. n. 207 del 24 luglio 2012.

CAPITOLO TERZO

CAPITOLO IV

LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E GARANZIE PROCEDIMENTALI DEL CITTADINO NEI CONFRONTI DELLA P.A.

SOMMARIO: 1. L'esigenza di una uniforme applicazione del modello di azione amministrativa dal varo della L. 241 del 1990 ai nostri giorni: considerazioni di sintesi – 2. L.E.P. e principio di uguaglianza: la sfida del legislatore statale per uno statuto dei diritti fondamentali. Il contenuto della "prestazione" di cui all' art. 117 comma 2 lett. m) Cost. secondo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale. – 2.1 Osservazioni critiche. – 3. Livelli essenziali delle prestazioni e posizioni soggettive procedurali.

1. L'esigenza di una uniforme applicazione del modello di azione amministrativa dal varo della L. 241 del 1990 ai nostri giorni.

L'analisi compiuta nei precedenti capitoli ha evidenziato come l'importanza della legge 241 del 1990 risieda nell'aver definitivamente superato la concezione che guardava al procedimento come processo di gestazione dell'atto tutto interno all'organizzazione amministrativa introducendo, per la prima volta, l'idea che l'esercizio del potere deve essere modellato a "misura del cittadino" ed aperto, perciò, alla considerazione di interessi esterni all'apparato amministrativo e facenti capo agli stessi amministrati.

Tutto ciò ha costituito un vero e proprio salto di qualità rispetto agli approdi giurisprudenziali e dottrinali dell'epoca in cui la legge fu varata. La

CAPITOLO QUARTO

giurisprudenza, infatti, era rimasta saldamente ancorata alla convinzione che le garanzie del cittadino nei confronti della p.a. si esaurissero nei poteri di ricorso giurisdizionale o amministrativo e laddove aveva elaborato canoni di azione amministrativa, quali l'obbligo di motivazione e di istruttoria, lo aveva fatto nell'ottica di ampliare l'ambito del sindacato giurisdizionale senza avere di mira la creazione di regole costitutive di un rapporto sostanziale fra amministrazione e amministrati¹. E la dottrina, pur avendo correttamente intravisto nel procedimento una forma di *garanzia extraprocessuale* aveva, tuttavia, limitato il suo angolo di osservazione all'aspetto partecipativo, trascurando altre aspettative che via via andavano maturando in seno alla società nei riguardi dell'azione amministrativa come quelle afferenti la trasparenza (sostanziale e non solo processuale), la celerità, la semplicità, etc.

Questi aspetti di novità della legge 241 del 1990, anche se non sfuggirono agli interpreti più avveduti, non furono inizialmente valorizzati in tutte le loro implicazioni dogmatiche. In particolare, quando si trattò di definire in che modo la potestà di legiferare sul procedimento avrebbe dovuto essere ripartita fra lo Stato e le regioni, il fenomeno procedimentale venne ancora una volta considerato un tutt'uno con il potere e l'organizzazione della p.a. con la conseguenza di non riconoscere allo stesso la dignità di autonoma materia e di risolvere la disciplina del procedimento in quella dei singoli procedimenti facenti di volta in volta capo allo Stato o alle regioni.

Nondimeno, l'esigenza di un'uniforme applicazione del modello di azione amministrativa delineato dalla legge 241 del 1990 fu ugualmente soddisfatta ascrivendo lo stesso alle norme costituenti principi generali attraverso le quali lo Stato, nel quadro istituzionale precedente alla riforma del

¹ Ed, infatti, spesso l'amministrato veniva a conoscenza della motivazione del provvedimento e degli atti del fascicolo detenuto dalla p.a. solo dopo la presentazione (eventuale) del ricorso contro il provvedimento lesivo. Analogamente, solo nell'ambito del processo veniva ad instaurarsi una qualche dialettica fra interesse del privato ricorrente e quello pubblico perseguito dall'amministrazione.

Titolo V della Costituzione, poteva assicurare l'unità giuridica dell'ordinamento repubblicano.

Si trattò, tuttavia, di un'operazione concettuale che mostrò tutti i suoi limiti a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione.

Il potere di stabilire principi di azione amministrativa validi anche per le autonomie territoriali, se sganciato dal substrato intersoggettivo e relazionale della legge 241 del 1990, apparve, infatti, incompatibile con lo spirito della riforma costituzionale che della differenziazione organizzativa fra i diversi enti costitutivi della Repubblica aveva fatto uno dei suoi punti cardinali.

Ove si fosse continuato a guardare al procedimento come *interna corporis* della p.a. la sua disciplina centralizzata non avrebbe più potuto avere alcuna base costituzionale, spettando agli enti territoriali il compito di stabilire le forme di organizzazione e di articolazione dei propri poteri più adatte alle peculiarità delle realtà locali².

Solo recuperando e valorizzando la dimensione intersoggettiva del procedimento è stato possibile attribuire un nuovo fondamento alla disciplina statale del fenomeno. Ciò ha comportato il definitivo riconoscimento del fatto che dagli istituti procedurali sanciti dalla legge 241 del 1990 scaturiscono specifiche posizioni soggettive degli amministrati nei confronti della p.a. rispetto alle quali si impone un'esigenza di uniforme fruizione che nel nuovo contesto costituzionale è assicurata dall'attribuzione allo Stato della potestà legislativa in ordine ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Tale passaggio ha consentito di disancorare il problema del riparto di competenze normative riguardo alla disciplina del procedimento dallo schema

² Qualora, ad esempio, la partecipazione al procedimento venga vista quale mero strumento istruttorio a disposizione della p.a. per arricchire il proprio bagaglio di conoscenze sulla situazione concreta in cui si accinge a provvedere, non si vede il perché l'ente a cui compete la disciplina di un determinato procedimento non possa optare per strumenti alternativi a quelli indicati nella 241/90 che ritenga altrettanto efficaci.

CAPITOLO QUARTO

legato alla distinzione fra norme di principio e norme di dettaglio, su cui si basava l'ordinamento delle autonomie precedente alla riforma del Titolo V, calandolo nell'attuale realtà costituzionale. Realtà, nella quale, i rapporti fra centro e periferia si giocano principalmente sulla distinzione fra i livelli inderogabili di tutela di certi interessi (pubblici così come privati) che lo Stato può assicurare legiferando nell'ambito delle materie cd. "trasversali" e livelli ulteriori che le regioni possono garantire nell'esercizio delle competenze legislative loro proprie³.

Nella maggiore aderenza al nuovo assetto costituzionale sta probabilmente la ragione del successo della teoria che riconduce la disciplina statale del procedimento amministrativo ai l.e.p. la quale, come si è visto, è stata progressivamente recepita dal legislatore ed ha ripetutamente ricevuto l'avallo della Consulta.

Ciò non significa, però, che il predetto schema teorico sia privo di aspetti problematici e debba essere acriticamente accettato. L'individuazione dei livelli essenziali riguarda, infatti, prestazioni volte a soddisfare determinati diritti fondamentali che devono essere assicurati a prescindere dalle differenziazioni territoriali. L'ambito a cui sembra riferirsi la disposizione costituzionale è, quindi, quello dei c.d. diritti sociali che è compito della Repubblica (nelle sue diverse articolazioni) garantire al fine di assicurare il principio di uguaglianza sostanziale previsto dall'art. 2 Cost.

L'applicazione della clausola sui l.e.p. anche ad interventi legislativi non attinenti alla disciplina dei diritti sociali costituisce un problema assai

³ Afferma lucidamente C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bologna, 2008, p. 1, che "la riserva allo Stato della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, contenuta nell'art. 117 comma 2 lett. m) della Costituzione, insieme, probabilmente, alla clausola di attribuzione in via residuale alle regioni della competenza legislativa contenuta nel comma 4 dello stesso articolo, potrebbe essere elevata a simbolo dell'intera riforma costituzionale del 2001". Anche secondo L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in Quad. costituzionali, 2002, p. 736 la menzionata clausola costituirebbe la chiave di volta della intera riforma del Titolo V.

controverso a cui né la dottrina e nemmeno la stessa Corte costituzionale sono ancora riusciti a fornire soluzioni univoche e definitive.

D'altra parte il rapporto fra i l.e.p. e la disciplina dell'azione amministrativa (e, quindi, del procedimento) appare presentare profili autonomi di complessità, posto che la formula dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche se portata alla sua massima estensione non sembra poter comprendere qualunque tipologia di posizione soggettiva che gli amministrati possano vantare nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo e, segnatamente, non può abbracciare tutte le posizioni di vantaggio comunemente ricomprese nella figura dell'interesse legittimo, poiché, ciò consentirebbe una indiscriminata ingerenza della legislazione dello Stato nella disciplina di qualunque materia di competenza regionale.

Si rende, perciò, necessaria una attenta ricostruzione della nozione dei l.e.p. e delle peculiarità proprie delle posizioni soggettive correlate agli aspetti procedurali dell'azione amministrativa per comprendere in che modo e in quale misura esse possano essere isolate dall'alveo generale degli interessi legittimi e ricondotte in quello della competenza esclusiva statale senza correre il rischio dell'eccessiva diluizione di tale formula e del conseguente svuotamento della autonomia legislativa regionale che ciò comporterebbe.

2. L.E.P. e principio di uguaglianza: la sfida del legislatore statale per l'uniforme applicazione dei diritti fondamentali. Il contenuto della "prestazione" di cui all' art. 117 comma 2 lett. m) Cost. secondo la dottrina.

CAPITOLO QUARTO

La riforma del Titolo V è stata varata in un momento storico in cui era diffusa la convinzione che il potenziamento dell'autonomia regionale avrebbe costituito il presupposto necessario per offrire una risposta più soddisfacente ai bisogni dei cittadini⁴, ma ben presto è emerso con chiarezza che la diversificazione territoriale porta con sé anche il pericolo di una rottura del principio di uguaglianza⁵.

Il rischio che le nuove competenze possano causare intollerabili squilibri territoriali nel godimento dei diritti fondamentali è stato, tuttavia, avvertito dal legislatore costituzionale che ha opportunamente previsto un forte correttivo al decentramento del potere legislativo al fine di poter conservare allo Stato una posizione di centralità nella materia della tutela dei diritti della persona, quantomeno sotto il profilo ultimo della garanzia di certi standard ritenuti essenziali e, per questo, necessariamente uniformi.

La potestà legislativa statale in materia di livelli essenziali si pone, quindi, in diretto collegamento con il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica sancito dall'art. 5 della Costituzione. L'unità repubblicana, in un contesto di accentuazione dell'autonomia normativa degli enti territoriali, si concentra intorno ad un nucleo di diritti il cui godimento secondo standard predefiniti e senza distinzioni territoriali dà significato alla stessa esistenza di una comunità nazionale. La previsione dei LEP fornisce, quindi, copertura istituzionale al concetto di cittadinanza amministrativa, da tempo avanzata da una parte della dottrina ed intesa come *status* insuscettibile di modificazioni *in peius* da parte delle fonti normative dell'ordinamento autonomistico che ciascun

⁴ G. ROSSI – A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2002, fasc. 1 suppl. 36, spec. 29 e ss.

⁵ A. POLICE, *Federalismo asimmetrico e dequotazione dell'euguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto dell'Economia*, 2002, 502 e ss.

membro della collettività stanziato sul territorio nazionale può far valere nei confronti della Pubblica Amministrazione⁶.

La materia dei l.e.p. costituisce allora un ponte fra il principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 della Carta e quello di differenziazione insito nell'articolazione autonomistica dello Stato. I due elementi, come è stato giustamente notato, rappresentano da angolature opposte i confini della riforma costituzionale del 2001 segnando, il primo, il limite estremo a cui può giungere l'intervento uniformante dello Stato e, l'altro, l'apertura dell'ordinamento alla creazione di veri e propri sub sistemi ordinamentali regionali⁷.

La ricerca di un bilanciamento fra i due opposti poli appare cruciale in un sistema, come quello derivante dalla riforma costituzionale del 2001, che deve certamente essere attento al valore dell'uguaglianza, ma che deve anche salvaguardare il principio di differenziazione delle scelte e delle politiche di ciascuna Regione; in questo sta, infatti, il punto di equilibrio tra la fedeltà al progetto costituzionale del 1948 e la realizzazione concreta della discontinuità voluta dalla riforma del Titolo V del 2001.⁸ Si tratta, peraltro, di un'operazione non facile poiché, come si è già osservato, l'ambito di applicazione della disposizione in esame appare assai incerto.

A questo proposito, appare utile ricordare che la formulazione di una competenza legislativa esclusiva dello Stato simile a quella oggi sancita dall'art. 117 comma 2 lett. m) della Costituzione era contenuta in precedenti progetti di

⁶ C. TUBERTINI, *op. cit.* e A. POLICE, *op. cit.*

⁷ C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 1.

⁸ E' stato giustamente sottolineato come la riserva allo Stato della competenza in materia di livelli essenziali delle prestazioni rappresenti un ponte di collegamento tra la tutela dei valori legata al perseguimento della uguaglianza sostanziale dei cittadini, che costituisce l'aspetto essenziale della Costituzione del 1948, ed il limite alla spinta alla differenziazione delle comunità territoriali substatuali che sta, invece, a fondamento del Titolo V (F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio fra uniformità e differenza: il problematico rapporto fra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 2003, p. 599 e ss.).

CAPITOLO QUARTO

riforma costituzionale⁹ i quali, tuttavia, si riferivano esclusivamente ai livelli delle prestazioni concernenti i diritti sociali. La predisposizione di livelli essenziali ed uniformi di godimento di tali diritti aveva, del resto, avuto dei precedenti anche nell'ambito della legislazione ordinaria comparando già nell'art. 1 comma 3 del D.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502¹⁰, riguardante il servizio sanitario nazionale, e nella L. 238 del 2000 (art. 22) istitutiva del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

Non v'è, quindi, da stupirsi se anche nell'*iter* di formazione dell'attuale testo costituzionale dell'art. 117 la formulazione originaria della norma in materia di l.e.p. facesse riferimento solo ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali come clausola di salvaguardia del sistema del welfare. Il riferimento ai diritti civili fu introdotto, in una fase avanzata dell'*iter* di approvazione al fine di evitare una possibile interpretazione restrittiva della nozione di diritto sociale del quale la Costituzione non offre una definizione¹¹.

⁹ Il riferimento è, in particolare, al progetto di revisione costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale presieduta dall' On. D'Alema (1997) il cui art. 58 comma 1 prevedeva che «allo stato spettasse la potestà legislativa esclusiva per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali che devono comunque essere garantiti in tutto il territorio nazionale». Tuttavia, già nelle precedenti commissioni per le riforme istituzionali era emerso il difficile rapporto tra uguaglianza e differenziazione. Nel testo proposto dalla commissione Lotti- De Mita (1992-1994) l'art. 118 bis disponeva che «nell'esercizio delle funzioni di eminente valore sociale, la regione garantisce a ciascun cittadino la prestazione minima prevista dalla legge organica», cioè da una fonte nazionale a contenuto generale. Similmente nei lavori del comitato Speroni (1994) l'art. 70 della costituzione avrebbe riservato alla legge dello Stato la determinazione dei "minimi inderogabili delle prestazioni sanitarie, istruzione, trattamento normativo dei rapporti di lavoro" Si veda, in proposito, M. LUCIANI, *I diritti costituzionali fra Stato e regioni*, op. cit.

¹⁰ La norma prevede che "l'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità nel piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel documento di programmazione economico-finanziaria"

¹¹ Dagli atti parlamentari emerge che la modifica fu introdotta dall'On. Berlinguer e non fu oggetto di particolare discussione: solo l'onorevole Giovanardi formulò

Tuttavia, l'estensione del campo di applicazione del potere di determinazione in via legislativa dei livelli essenziali delle prestazioni anche ai diritti civili ha creato non pochi problemi interpretativi in ragione del fatto che la nozione di "prestazione", intesa come azione positiva dei pubblici poteri chiaramente individuabile, misurabile e quantificabile¹², sembrerebbe riferibile soltanto ai diritti sociali alla cui soddisfazione gli apparati della p.a. provvedono attraverso l'espletamento dei servizi pubblici e non, invece, ai diritti civili definiti, tradizionalmente come "libertà negative" connotate dall'astensione dall'intervento dei pubblici poteri¹³.

La questione ha diviso la dottrina.

Vi è chi ha sostenuto che la clausola debba essere intesa restrittivamente affermando che "il tema dell'art. 117 comma 2 lettera m) è soltanto quello dei diritti sociali, perché solo questi diritti richiederebbero prestazioni"¹⁴. In questa prospettiva l'apertura del legislatore costituzionale ai diritti civili avrebbe la funzione di risolvere l'incertezza in ordine a quali diritti possano rientrare nella categoria di quelli sociali evitando che, in assenza di una specifica definizione da parte della Costituzione, di tale nozione possa essere data un'interpretazione troppo legata a classificazioni dottrinali non unanimemente condivise¹⁵.

apertamente perplessità sull'applicazione ai diritti civili del concetto "prestazioni essenziali".

¹² C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 65.

¹³ Afferma C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 60 che «l'applicazione della nozione di livello essenziale non solo ai diritti sociali, ma anche ai diritti civili costituisce senz'altro la parte più innovativa ed ad contempo più problematica della clausola costituzionale».

¹⁴ V CERULLI IRELLI, *La cittadinanza sociale, leggi e politica. Relazione al seminario su «I livelli essenziali di assistenza (LEA) nella Costituzione. Doveri dello Stato, diritti dei cittadini*, Roma, 2002.

¹⁵ In tal senso (anche se sulla base di un ragionamento di tipo ipotetico) A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m) Il comma art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1157. Tale, in effetti, sembra essere stata la spiegazione dell'inserimento nel testo della norma della categoria dei diritti sociali data dai resoconti parlamentari.

CAPITOLO QUARTO

La limitazione dei l.e.p. ai soli diritti sociali è stata giustificata anche sul piano sistematico.

Si è affermato, in primo luogo, che la determinazione del contenuto essenziale dei diritti di libertà non spetterebbe, in realtà, al legislatore, ma alla Corte Costituzionale che nella sua pluridecennale giurisprudenza ne avrebbe enucleato un "contenuto minimo" il cui rispetto comporterebbe per il legislatore (nazionale e regionale) "stringenti limiti di carattere sostantivo e modale"¹⁶.

L'individuazione del contenuto essenziale dei diritti sociali, per le sue implicazioni di ordine finanziario e fiscale, sarebbe, invece, indissolubilmente legata a valutazioni politiche contingenti rimesse alle forze di maggioranza democraticamente elette. E ciò varrebbe anche per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni il cui finanziamento dovrebbe essere assicurato in sede centrale nell'ambito del potere legislativo di coordinamento della finanza pubblica e dello stanziamento del fondo perequativo previsto dall'art. 119 Cost.

D'altro canto, si aggiunge, la disciplina delle libertà civili nemmeno presenterebbe un problema di interferenza con le competenze regionali come accade per i diritti sociali di prestazione. Mentre, infatti, il sistema del welfare ricade quasi completamente nella sfera di attribuzioni legislative e amministrative delle regioni e degli enti locali, si da richiedere un intervento centrale per assicurare un certo livello di uniformità delle prestazioni erogate, i diritti civili apparterebbero alla materia dell' «ordinamento civile» della quale il legislatore statale deterrebbe il monopolio assoluto¹⁷.

¹⁶ A differenza di quanto è avvenuto con riferimento ai diritti di prestazione rispetto ai quali la Corte ha riconosciuto al legislatore una maggiore discrezionalità in considerazione della loro indissolubile connessione con scelte allocative delle risorse finanziarie, cfr. PINELLI, *op. ult. cit.*

¹⁷ U. RESCIGNO, *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle regioni* in S. GAMBINO, *Il nuovo ordinamento regionale competenze e diritti*, Milano, 2003. p. 110; E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile" di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1343 e ss.; D. MESSINEO, *Competenze legislative dello Stato e*

Altra parte della dottrina ha, invece, ritenuto che attraverso il riferimento ai diritti civili (come possibile oggetto dei l.e.p. unitamente ai diritti sociali), il legislatore costituzionale avrebbe inteso estendere la competenza legislativa statale in materia di determinazione dei livelli essenziali a *tutte le tipologie di diritti* "a prescindere dalla casella nella quale si ritenga di classificarli"¹⁸. In tale quadro la nozione di prestazione a cui fa riferimento la norma non si esaurirebbe nelle attività di erogazione volte al soddisfacimento dei diritti sociali, né a quelle strumentali al pieno godimento di taluni diritti civili, ma coinciderebbe con quella di "garanzia" del riconoscimento di alcune – essenziali – condizioni eguali nel godimento dei diritti su tutto il territorio

riforma del procedimento amministrativo, op. cit. Quest'ultimo autore richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 271 del 2005 con la quale la disciplina relativa alla protezione dei dati personali è stata ricondotta nell'ambito della materia "ordinamento civile" disattendendo il suggerimento della Avvocatura che ne aveva proposto l'inquadramento nei l.e.p. In tale arresto la Consulta sembra voler far propria una nozione restrittiva di prestazione laddove afferma che la legislazione sui dati personali non concerne prestazioni, ma disciplina una serie di diritti personali attribuiti ad ogni singolo interessato consistenti nel potere di controllare le informazioni che lo riguardano e le modalità con cui viene effettuato il loro trattamento. Tuttavia, poiché tali diritti non possono trovare attuazione senza la folta serie di adempimenti che la legislazione sulla *privacy* pone a carico dei soggetti pubblici e privati che ne vengono a conoscenza per ragioni d'ufficio, la Consulta ammette che il trattamento dei dati personali possa essere disciplinato, entro certi limiti, anche da fonti regionali e locali rispetto alle quali la normativa statale costituisce un "livello di riservatezza" inderogabile, accedendo, in tal modo, ad uno schema di riparto di competenze non dissimile da quello della determinazione di standard uniformi di tutela derogabili solo *in melius* dalle amministrazioni autonome. In seguito, la Corte Costituzionale interpreterà il riferimento al termine "prestazioni" di cui alla lettera m) del comma 2 dell'art. 117 Cost. in modo molto più comprensivo allorché dovrà affrontare il tema dell'ambito materiale in cui ricade la disciplina statale sulla trasparenza e sulla semplificazione amministrativa.

In una posizione più equilibrata si colloca M. BELLETTI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, p. 640. Secondo l'Autore, infatti, fra la competenza statale in materia di ordinamento civile e quella in tema di l.e.p. sussisterebbe un rapporto di complementarietà in quanto nella seconda rientrerebbero anche i casi in cui "si registri una sorta di arretramento del limite del diritto privato – ora ordinamento civile – tale da aprire spazi alla legislazione regionale con riguardo alla disciplina di rapporti di diritto privato", potendo, quindi, la determinazione dei livelli essenziali da parte dello Stato garantire un nucleo essenziale delle posizioni coinvolte.

¹⁸ M. LUCIANI, *I diritti costituzionali fra Stato e regioni*, op. cit., p. 1031.

CAPITOLO QUARTO

nazionale, ferma restando la possibilità di una differenziazione al di là della soglia stabilita dal legislatore statale¹⁹.

In una posizione intermedia si collocano quegli autori che pur dando atto che i diritti a cui la norma si riferisce costituirebbero una categoria più ampia di quelli sociali, ritengono, tuttavia, che l'oggetto della competenza legislativa statale sancita dal comma 2 lettera m) dell'art. 117 Cost. debba pur sempre incentrarsi sulla determinazione di livelli di *prestazioni* "intese come azioni positive dei pubblici poteri" che possono essere dirette al soddisfacimento di diritti sia di carattere sociale che di carattere civile²⁰.

La premessa da cui muove questa tesi è che nell'attuale contesto storico, l'azione positiva dei pubblici poteri non è più solo diretta a rendere universalmente fruibili determinati servizi essenziali (ai quali si correlano i diritti sociali), ma è anche impegnata nella creazione di strutture pubbliche volte ad assicurare il rispetto di taluni diritti civili ponendo le condizioni per il loro effettivo esercizio²¹; come dimostrerebbe, in particolare, la istituzione di specifiche autorità indipendenti finalizzate alla salvaguardia della privacy e del diritto all'informazione²².

Alla stregua di questa impostazione, pertanto, mentre nel campo dei diritti sociali la determinazione dei l.e.p. assumerebbe prevalentemente la forma della definizione di un certo standard che deve raggiungere un servizio diretto immediatamente a soddisfare un determinato bisogno in quello dei diritti civili l'intervento legislativo dello Stato sarebbe principalmente volto a

¹⁹ M. LUCIANI, *op. ult. cit.* p. 1032.

²⁰ C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 65.

²¹ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali* in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 806; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali* in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, vol. II, p. 119 ss.

²² G. ROSSI – A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, *op. cit.* Ne consegue che anche i diritti di libertà hanno un costo e necessitano, quindi, di una definizione legislativa di livello essenziale al fine di dimensionare anche dal punto di vista finanziario gli obblighi di intervento dei pubblici poteri (C. TUBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 61.)

delineare i presupposti e le condizioni organizzative di contesto strumentali ad assicurare la loro uniforme fruizione²³.

Resterebbe, quindi, fuori dall'ambito della materia dei l.e.p. la disciplina di quei diritti il cui godimento non implica alcuna azione (nemmeno strumentale) da parte dei pubblici poteri. Le garanzie di uniforme fruizione di tali posizioni non andrebbero, quindi, ricercate nella clausola dei l.e.p. che, per i suoi limiti strutturali non è idonea a ricomprenderli, ma in altri titoli di competenza legislativa esclusiva previsti dallo stesso artt. 117 Cost., come ad esempio l'ordinamento civile, oppure anche esterni a tale norma che non

²³ E' la tesi sostenuta, in particolare da C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 67. Secondo l'Autrice, infatti, la possibilità che la disciplina dei livelli essenziali comprenda anche aspetti di carattere organizzativo, specie con riguardo a quei diritti nei confronti dei quali l'organizzazione rappresenta un'imprescindibile condizione di godimento, non deve legittimare forme indiscriminate di intervento dello Stato nella autonomia organizzativa degli altri enti territoriali dovendo, la determinazione dei l.e.p. strumentali, limitarsi ai presupposti indefettibili ovvero alle condizioni organizzative di base (anche in termini di dotazioni strutturali, come si è visto) non potendo, in ogni caso, giungere ad una uniformità "forte". Gli autori che aderiscono a questa tesi, non escludono, peraltro, che lo Stato possa intervenire a salvaguardia dell'uniforme trattamento giuridico dei diritti il cui contenuto non sia in alcun modo riconducibile ad una prestazione finale o strumentale dei pubblici poteri, ma riconducono tale possibilità ad altri titoli di competenza variamente identificati nell'ordinamento civile o nelle disposizioni contenute nella prima parte della Costituzione. Si veda oltre a C. TUBERTINI, *op. cit.*, p. 68, D. MESSINEO, *Competenze legislative e riforma del procedimento amministrativo* in *Dir. Amm.*, 2006, p. 447. In linea con i citati autori è intervenuta anche la Corte costituzionale che, nella citata sentenza n. 271 del 2005 ha inquadrato la legislazione nazionale in materia di privacy contenuta nel D.lgs. 196 del 2003 nell'ambito della materia dell'ordinamento civile.

TUBERTINI, nell'opera citata, richiama anche le sentenze della Corte costituzionale n. 507 e n. 388 del 2004 in cui la Consulta ha individuato gli artt. 9 e 4 Cost. quali autonomi titoli di competenza posti a fondamento dell'intervento legislativo statale in materia di promozione di attività culturali e mobilità dei pubblici dipendenti. Secondo l'A. queste sentenze rappresentano un chiaro indice dei limiti intrinseci della nuova previsione costituzionale, che non apparirebbe in grado di coprire tutte le fattispecie nelle quali entra in gioco la tutela di interessi di rango unitario in quanto la previsione contenuta nell'art. 117 comma 2 lettera m) potrebbe essere utilizzata solo a copertura di interventi legislativi che "impongano alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di garantire una piattaforma unitaria di prestazioni essenziali" al fine di superare disuguaglianze territoriali attuali e potenziali derivanti dall'esercizio della potestà normativa propria delle regioni e degli enti locali. Va detto, tuttavia, che la giurisprudenza citata dall'Autrice è contraddetta da altre sentenze in cui la Corte costituzionale ha ritenuto tassativi i titoli di competenza sanciti dall'art. 117 della carta (si veda in proposito la specifica disamina del problema contenuta nel Cap. II) e non pare aver avuto seguito nella sua giurisprudenza.

costituirebbe l'unica fonte di legittimazione di interventi normativi di matrice statale.

2.1 Osservazioni critiche

La posizione dottrinale che limita l'ambito della materia dei l.e.p. ai soli diritti sociali non pare potersi condividere.

Appare, in primis, discutibile la premessa, da cui tale tesi muove, secondo cui l'intermediazione legislativa si profilerebbe necessaria solo per garantire un certo livello di fruizione dei diritti sociali attesa la loro intima connessione con scelte inerenti le risorse da investire nelle politiche sociali, mentre le libertà negative sarebbero garantite direttamente dalla Costituzione e dalla Corte costituzionale che ne sarebbe il custode.

Invero, senza nulla voler togliere alla elaborazione della Consulta sul contenuto minimo dei diritti fondamentali, non può essere trascurata l'opera di costante aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali che la legislazione ordinaria ha svolto e continua a svolgere al fine di adattare l'ordinamento alle mutevoli esigenze della società. Si pensi, solo per fare un esempio, alla disciplina inerente il trattamento dei dati personali: essa, pur trovando indubbio fondamento nell'esigenza di tutelare il diritto alla riservatezza inscrivibile nel novero dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. ha, tuttavia, una propria autonomia enucleando forme e meccanismi di tutela che, in alcun modo potrebbero farsi derivare in via interpretativa dal testo della Carta²⁴.

²⁴ Secondo la dottrina maggioritaria e la Corte costituzionale, l'art. 2 costituisce una norma "aperta" che poi il legislatore è andato via via specificando permettendo l'inclusione di diritti "nuovi", che non erano stati previsti nella costituzione e che l'evolversi culturale della società ha evidenziato (ad es. la tutela dell'ambiente, il diritto all'abitazione C. cost. 199/1986, il diritto alla propria formazione culturale, C. cost. 383/1998 il riconoscimento della vita del nascituro, il diritto alla privacy).

L'opera di creazione legislativa di nuovi diritti, peraltro, ben può esplicarsi anche negli ambiti di competenza legislativa regionale esclusiva e concorrente.

Infatti, come è stato convincentemente osservato, con la riforma del Titolo V, sono passate a regioni ed enti locali competenze in materia di commercio, di professioni o di ordinamento della comunicazione (per citarne alcune) che comportano inevitabili occasioni di interferenza sia con i diritti civili sia con i diritti sociali²⁵.

La disciplina dell'attività amministrativa o la disciplina amministrativa delle attività private contenuta nelle fonti legislative e regolamentari emanate da regioni o enti locali può, infatti, intrecciarsi in vario modo con il godimento di utilità o vantaggi attribuiti dalla legislazione nazionale a varie categorie di soggetti. Si pensi a tutta la normativa edilizia relativa al superamento delle barriere architettoniche finalizzata a facilitare la libertà di movimento dei soggetti portatori di handicap: la Corte costituzionale ha ritenuto che la regolamentazione a livello nazionale di questi aspetti costruttivi valga a conferire agli interessati veri e propri diritti soggettivi secondo standard e livelli di protezione che, andando a costituire livelli essenziali delle prestazioni, non è consentito alle regioni abbassare²⁶. Lo stesso discorso potrebbe essere ripetuto

²⁵ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*

²⁶ Corte cost. 5 maggio 2014 n. 111. Nel caso di specie la regione Valle d'Aosta, al comma 1 dell'art. 26 della L.R. 8 del 2013, aveva sancito la non applicazione della disciplina statale in materia di abbattimento delle barriere architettoniche, contenuta nel D.P.R. 380 del 2001 (Testo unico in materia di edilizia) agli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande non raggiungibili con strade carrabili; la legittimazione all'emanazione della disposizione risiederebbe nel titolo competenziale regionale relativo alla materia della "urbanistica" di cui all'art. 2 lett. g) dello Statuto regionale. Diversamente ha statuito la Corte costituzionale secondo la quale la disposizione statale è norma che attiene ai l.e.p. che devono essere garantiti su tutto il territorio ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. m) Cost. in quanto attraverso la prescrizione dell'abbattimento delle barriere architettoniche si attua il diritto delle persone portatrici di handicap a non essere limitati nell'accesso agli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande. In particolare, precisa la Corte, si tratta "non tanto di una «materia» in senso stretto, quanto di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre

CAPITOLO QUARTO

con riferimento ad altre materie, ad esempio, il commercio nelle quali la regolamentazione di particolari aspetti, come la esposizione dei prezzi nelle vetrine etc., ben potrebbe essere considerata alla stregua di un livello essenziale di tutela dei diritti dei consumatori.

Le potenzialità insite nella clausola di cui all'art. 117 comma 2 lett. m) Cost. vanno, quindi, molto al di là dell'ambito delle prestazioni pubbliche inerenti il sistema del welfare. La clausola è volutamente e necessariamente generale e non limitata ad un particolare settore dell'attività amministrativa così come potenzialmente generale ed indeterminata è la possibilità da parte della legislazione regionale di tipo residuale (ed esclusivo) di incidere nei più disparati campi della vita economica e sociale.

In assenza di un titolo di competenza come quello di cui alla lettera m) del comma 2 dell'art. 117 Cost., il livello di governo centrale vedrebbe, quindi, fortemente ridimensionata la propria tradizionale capacità di ricavare nuovi diritti fondamentali dai principi costituzionali cogliendo le mutevoli dimensioni che assume il principio personalistico nell'evolversi delle dinamiche sociali, culturali, tecnologiche e morali²⁷.

D'altro canto, nemmeno appare condivisibile la tesi secondo la quale la limitazione della competenza legislativa statale in materia di l.e.p. alla sola determinazione dei livelli essenziali dei diritti sociali possa derivare dal fatto che il suo oggetto debba essere riferito a *prestazioni*.

Infatti, secondo la stessa dottrina civilistica per prestazione non può intendersi solamente il comportamento dovuto dal debitore, essendovi diritti di

le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

²⁷ Il punto è vividamente messo in luce da A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni* in *Le Regioni*, 2003, p. 1090, secondo cui "il linguaggio dei diritti e dell'eguaglianza non riconosce situazioni precostituite o definitive, ma si configura come un processo incessante e costantemente aperto alle dinamiche rielaborative prodotte da una pluralità di fattori (sociali, culturali, tecnologici, morali) che si alimentano vicendevolmente".

credito che hanno ad oggetto anche "risultati" che pur essendo imputabili al debitore non devono essere necessariamente il prodotto del suo comportamento²⁸.

Sicché, nulla vieta che anche nell'ambito della disposizione costituzionale in esame il concetto di prestazione possa assumere una interpretazione più ampia abbracciando qualsiasi *utilità*, *garanzia* o *risultato* che possa formare il contenuto territorialmente inderogabile dei diritti di cui il legislatore nazionale intende assicurare l'intangibilità da parte delle legislazioni regionali, indipendentemente dal fatto che il suo raggiungimento comporti la necessità di comportamenti attivi o passivi da parte della p.a.²⁹.

Del resto una volta che lo stesso legislatore costituzionale ha sancito che l'ambito dei l.e.p. comprende non solo i diritti sociali, come prevedeva inizialmente il progetto di riforma, ma anche i diritti civili che, notoriamente, possono consistere anche in spazi di libertà a fronte dei quali sussistono solo doveri di astensione della p.a., anche l'interpretazione del concetto di prestazione deve adeguarsi alla scelta di fondo compiuta in sede di revisione della Carta, non potendo rimanere cristallizzato ed insensibile all'arricchirsi del

²⁸ M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1991, Vol. 3, p. 69.

²⁹ Va detto, però, che la giurisprudenza della Corte non sempre appare coerente. E' vero che nella maggior parte delle sentenze in cui essa ha escluso che la disciplina di una determinata attività amministrativa possa rientrare nell'ambito della materia dei l.e.p., si riferisce a casi in cui l'attività amministrativa coinvolta ha natura strumentale, ovverosia si tratta di attività che non è direttamente correlata a utilità o vantaggi immediati che possono formare oggetto di diritti. Tuttavia, in qualche occasione la Corte ha ritenuto che anche la disciplina legislativa nazionale attinente veri e propri diritti fondamentali o di facoltà ad essi correlate non possa rientrare nella materia della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. La motivazione di tale affermazione risiederebbe nel fatto che tali diritti mascherano in realtà "poteri" (è il caso della sentenza n. 271/2005 in materia di dati personali secondo cui i diritti attribuiti dalla legislazione sulla privacy non avrebbero ad oggetto prestazioni, ma *poteri di controllo* delle informazioni raccolte dagli enti pubblici o privati) oppure "facoltà" (si veda la sentenza n. 387/2007 secondo cui "la natura intrinseca dei livelli essenziali delle prestazioni, previsti dalla norma costituzionale prima citata, esclude, per evidenti ragioni logico-giuridiche, che la stessa norma possa essere indicata come fondamento di un principio di libertà di scelta, da parte dell'utente, tra strutture pubbliche e private operanti nel campo della prevenzione, cura e riabilitazione delle tossicodipendenze").

CAPITOLO QUARTO

registro dei diritti di cui il legislatore nazionale può assicurare uniformi livelli di godimento.

La nozione di prestazione che sopra si è proposta non comporta, peraltro, una incontrollata interferenza della competenza legislativa statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni nella potestà legislativa regionale.

Restano, infatti, fuori dall'ambito dei l.e.p. quegli interventi legislativi statali che non enucleano direttamente il contenuto di un diritto, ma investono aspetti organizzativi e strumentali dell'attività amministrativa³⁰.

Questo sembrerebbe essere il filo conduttore seguito dalla Corte costituzionale allorché, al fine di precisare i contorni della materia in discorso, ha, ad esempio, escluso che possano rientrare nell'ambito della materia dei l.e.p. la disciplina dei requisiti che devono possedere le società accreditate nel sistema di formazione sanitaria a livello regionale³¹, la previsione di fondi per il

³⁰ Come, invece, sostenuto da C. TUBERTINI *op. cit.*, p. 67. Tale impostazione finisce, infatti, per recidere il legame fra la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e i diritti rendendo così del tutto aleatoria la già difficile operazione di circoscrivere il campo di applicazione della norma costituzionale in esame. Del resto, anche a giudizio dell'Autrice, la possibilità che la disciplina dei livelli essenziali comprenda anche aspetti di carattere organizzativo, specie in relazione a quei diritti nei quali l'organizzazione rappresenta un'imprescindibile condizione di godimento, non dovrebbe legittimare forme indiscriminate di intervento dello Stato nella autonomia organizzativa degli altri enti territoriali. Tuttavia, il criterio che essa propone per circoscrivere l'ambito della materia appare labile essendo correlato alla possibilità di individuare nell'ambito dell'attività organizzativa strumentale "i presupposti indefettibili, ovvero le condizioni organizzative di base (anche in termini di dotazioni strutturali, come si è visto), non potendo in ogni caso giungere ad una uniformità "forte".

³¹ Corte cost. sentenza del 13 ottobre 2006 n. 328. Nell'arresto la Corte ha accolto l'eccezione di incostituzionalità promossa avverso il decreto del Ministro della salute 31 maggio 2004, recante i "Requisiti che devono possedere le società scientifiche e le associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie". Il decreto, infatti, precisa la corte dettando norme regolamentari in materie di competenza residuale e concorrente della Provincia autonoma di Trento ("formazione professionale", "organizzazione sanitaria") si pone in contrasto con l'art. 117 c. 6 e 118 Cost. che riconoscono a Regioni e Province autonome, potestà regolamentare in tali materie. Inoltre, prosegue la Corte, (ed è questo il punto che qui interessa) non è possibile sostenere la legittimità dell'intervento statale neppure invocando la clausola di cui all'art. 117 comma 2 lett. m) come vorrebbe la difesa erariale, in quanto la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni sanitarie è invocabile solo "in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale

finanziamento di servizi o attività di carattere sociale³², la regolazione dell'aspetto gestorio degli enti preposti alla erogazione delle prestazioni³³, non ravvisando in alcuna delle predette ipotesi una garanzia legislativa in ordine al contenuto di una prestazione, ancorché latamente intesa.

3. Livelli essenziali delle prestazioni e posizioni soggettive procedurali.

Dall'indagine compiuta nel paragrafo precedente è emerso che il potere statale di determinare i livelli essenziali delle prestazioni se da un lato, non può ritenersi limitato a particolari categorie di diritti, dall'altro deve però consistere nella attribuzione di determinate utilità, libertà o risultati di cui si intende assicurare la fruizione a tutti i membri della comunità nazionale a prescindere dal riparto delle competenze legislative o delle funzioni amministrative fra diversi livelli di governo territoriale.

Il fatto che il comma 2 lettera m) dell'art. 117 Cost. si riferisca a prestazioni che devono formare oggetto di diritti sembra, quindi, limitare l'ambito della materia a previsioni normative che delineino rapporti giuridici o, comunque, relazioni intersoggettive fra amministrazione e cittadini.

La risposta alla domanda se la disciplina del procedimento amministrativo possa o meno formare oggetto di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dipende, quindi, dalle risposte che possono darsi alla questione, assai dibattuta, se nello svolgersi dell'azione amministrativa siano

definisca il livello essenziale di erogazione (sentenze n. 285, n. 120 del 2005 n. 423 del 2004), di cui nella specie non si tratta".

³² Corte cost. sentenza del 29 dicembre 2004 n. 423, poi ribadito nella sentenza dell' 8 marzo 2013 n. 36 secondo cui "non vi è un rapporto automatico tra ammontare del fondo sanitario regionale e rispetto dei livelli essenziali di assistenza, atteso che il soddisfacimento di tali livelli non dipende solo dallo stanziamento di risorse, ma anche dalla loro allocazione e utilizzazione.

³³ Corte cost. n. 120 del 2005 e n. 99 del 2009.

CAPITOLO QUARTO

individuabili relazioni e rapporti intersoggettivi e quali siano le utilità o i beni che tali rapporti intendono garantire.

Appare subito chiaro che se si muove dalla tesi più tradizionale, secondo cui il procedimento costituirebbe un fenomeno tutto interno alla dinamica del potere e dell'interesse pubblico, esso non potrebbe costituire un momento di incontro e di confronto fra il cittadino e la pubblica amministrazione, inerendo la sua disciplina solo ad aspetti organizzativi interni agli apparati burocratici.

Tale concezione è improntata ad un principio di rigida separazione fra la soggettività pubblica (nella quale il procedimento viene fatto rientrare) e quella privata destinate ad incrociarsi solo nel momento in cui il provvedimento che conclude l'iter procedimentale vada a ledere interessi o libertà giuridicamente garantite, poiché solo allora è attribuita al cittadino la facoltà di interagire con la sfera pubblica attraverso il potere di impugnativa degli atti amministrativi illegittimi.

Siffatta concezione, come si è già avuto modo di dire, comporta che la disciplina del procedimento, in quanto espressione di scelte organizzative che non toccano interessi giuridicamente protetti, non possa trovare né nei l.e.p. né in alcuna altra materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato una garanzia di uniformità, essendo, anzi, uno dei punti qualificanti della riforma costituzionale del 2001 la possibilità di una differenziazione organizzativa dei diversi livelli di governo che, su un piano di pari dignità, vanno a comporre il complesso disegno istituzionale della Repubblica.

Considerazioni analoghe devono essere effettuate anche con riguardo alla più moderna teoria che, valorizzando il momento partecipativo, anticipa alla fase del procedimento l'instaurarsi di un contatto fra cittadino ed amministrazione.

Tale teoria, infatti, rimane ancora legata all'impostazione tradizionale che considera il procedimento come fenomeno di natura organizzativa³⁴ nel quale la partecipazione dei soggetti privati, così come di quelli pubblici, è considerata alla stregua di uno strumento volto a realizzare l'interesse dell'amministrazione.

La natura organizzativa del fenomeno partecipativo finisce, quindi, per oscurare la soggettività del privato in seno al procedimento: questi, infatti, vi prende parte non come individuo distinto e contrapposto al potere dello Stato, ma quale componente di un disegno organizzativo che se per un verso unisce insieme amministrazione e società civile per l'altro è pur sempre finalizzato all'esercizio di un potere di sintesi e conformazione dei diversi interessi di cui è la prima a rimanerne l'esclusiva titolare³⁵.

Muovendo da tali presupposti teorici appare ancora una volta difficile correlare il procedimento ai l.e.p. poiché il fondamento della partecipazione non risiede in un diritto della persona, ma in un modo di essere "comprensivo" dell'organizzazione amministrativa che risponde ad una certa visione del principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost.³⁶.

³⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della p.a.*, Milano, 1966, p. 67 e ss.

³⁵ Secondo NIGRO, "Il privato entra nel procedimento .. per contribuire alla stessa determinazione dell'interesse pubblico concreto" (*Giustizia amministrativa*, cit. p. 122). Tuttavia, la determinazione finale di tale interesse è operata dalla p.a. a cui la responsabilità della scelta rimane ed alla quale l'interesse pubblico concreto, pur determinato con la partecipazione del privato, risulta imputabile. Sicché, come osserva M. BELLAVISTA (*Il rito sostanziale amministrativo, parte prima contenuto e struttura*, Padova, 2012, p. 102), tale impostazione finisce col riproporre il classico schema logico concettuale della sottomissione dell'interesse privato all'interesse pubblico astratto: per tutelare i propri interessi il cittadino, deve divenire parte della pubblica amministrazione.

³⁶ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit. Appare illuminante sul punto la sintesi di F. PATRONI GRIFFI secondo cui, nella concezione di M. Nigro, la "libertà" non si pone come un limite esterno alla "autorità"; quest'ultima, piuttosto, è conformata al suo interno dal doveroso modo di essere del potere" (*Valori e principi fra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici* (con particolare attenzione per l'invalidità non invalidante del provvedimento, l'efficienza e trasparenza, il danno da ritardo) in www.giustizia-amministrativa.it nonché in *Corr. Giur.*, 2011).

CAPITOLO QUARTO

Se si rimane nell'alveo della menzionata impostazione sembra, quindi, venir meno ogni possibilità di attribuire una valida giustificazione al permanere, nell'attuale quadro costituzionale, di un potere statale di sancire una disciplina uniforme del procedimento amministrativo stante la mancanza di uno specifico titolo di competenza che attribuisca a livello di governo centrale la possibilità di dettare norme o principi generali sull'organizzazione della pubblica amministrazione³⁷.

Vero è che tali principi sono contenuti nella Costituzione e nelle fonti comunitarie, ma proprio per questo, lo Stato, in difetto di uno specifico titolo di competenza legislativa "trasversale", si trova nella posizione di soggetto attuatore di tali principi nella propria sfera di attribuzioni su un piano parallelo e non (più) sovraordinato rispetto alle regioni.

L'inquadramento della disciplina del procedimento amministrativo dettata dalla legge 241 del 1990 nell'ambito della materia di livelli essenziali delle prestazioni risulta, invece, raccordarsi in modo armonico con quelle tesi secondo cui la predetta legge avrebbe messo al centro della dinamica del potere amministrativo "l'individuo" in quanto portatore di una sua specifica soggettività aliena dall'organizzazione amministrativa e di sue specifiche esigenze e necessità che restano su un piano distinto e *parallelo* rispetto alla cura del pubblico interesse³⁸.

Il fulcro di questa impostazione teorica sta nel superamento dell'idea del procedimento come momento preparatorio e strumentale del provvedimento amministrativo, la quale stava alla base sia della concezione formale sia di quella funzionale del fenomeno. Accanto alla sua tradizionale funzione strumentale rispetto alla costruzione del provvedimento, il

³⁷ Salvo che non si voglia aderire alla tesi secondo cui i titoli di competenza che consentono allo Stato di legiferare non si esauriscano in quelli previsti dai commi 2° e 3° dell'art. 117 Cost.

³⁸ Si veda capitolo I paragrafo 4; in particolare gli autori citati alle note 53 e seguenti.

procedimento ha, infatti, acquisito altre valenze correlate alla tutela della dignità della persona in quanto tale, considerata non per l'apporto che può dare alla determinazione autoritativa dell'assetto degli interessi, ma in quanto *portatrice di istanze rigide ed inderogabili per soddisfare le quali è l'azione amministrativa a doversi piegare e modellare*.

Il procedimento amministrativo, pertanto, non costituisce più un mezzo per integrare il privato nell'organizzazione amministrativa, ma diviene il modo in cui l'organizzazione stessa della p.a. si conforma alle esigenze degli amministrati divenendo democratica, celere, trasparente, semplice etc.

L'istituto in questione diviene così la fonte di nuovi diritti di cittadinanza che vanno oltre le tradizionali libertà civili e politiche perché non attengono al rapporto fra autorità e libertà né all'esercizio della sovranità popolare, ma si risolvono in pretese relative allo stesso modo di essere e di agire della p.a.³⁹ che trovano oramai pieno riconoscimento in ambito europeo come veri e propri diritti fondamentali⁴⁰.

Ciò non vuole dire che il rapporto fra p.a. e cittadino divenga in toto paritetico: la posizione di preminenza della prima permane, ma è circoscritta alla determinazione della sintesi conclusiva fra i diversi interessi in gioco e non riguarda, invece, i modi ed i tempi della sua azione che sono ora soggetti a obblighi, limiti e vincoli *posti a presidio di esigenze dei cittadini* che, pur non attenendo alla conservazione o al conseguimento del bene della vita che il

³⁹ Si è, infatti, affermato che "non è più il modo di essere della amministrazione che definisce i diritti, ma sono le esigenze di soddisfazione di questi ultimi che disegnano i doveri della prima e, conseguentemente, incidono sul suo modo di essere organizzazione"; A. BARTOLINI e A. PIOGGIA, *Le cittadinanze amministrative: percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*". Relazione resa al convegno per i 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana tenutosi a Firenze i giorni 15 e 16 ottobre 2015.

⁴⁰ Si veda quanto detto nel paragrafo n. 2.1 del capitolo III a proposito del diritto ad una buona amministrazione sancito dalla Carta di Nizza ed a proposito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che estende i principi del giusto processo anche a certi tipi di procedimento aventi natura amministrativa.

CAPITOLO QUARTO

provvedimento può limitare, togliere o attribuire, nondimeno, nell'attuale contesto sociale ed economico, assumono un valore essenziale nella connotazione della posizione dell'individuo di fronte alla pubblica autorità.

Alla luce di una siffatta concezione del procedimento amministrativo le perplessità prospettate dalla dottrina in ordine alla possibilità di inquadrare la sua disciplina nell'ambito della materia dei l.e.p. appaiono superabili senza soverchio sforzo.

In primo luogo, non è di ostacolo all'inquadramento nel predetto ambito materiale il fatto che le posizioni soggettive del privato in ordine alla osservanza delle norme sul procedimento amministrativo siano tradizionalmente qualificate come interessi legittimi e non come diritti soggettivi.

Non è questa la sede per entrare nel merito della complessa questione inerente la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi e della sua perdurante validità⁴¹.

Ai fini che qui interessano ci si limita ad osservare che l'interesse legittimo viene solitamente rappresentato come situazione che si correla con un potere amministrativo assicurando al suo titolare strumenti di intervento atti a realizzare, attraverso un dialogo (sostanziale e, eventualmente, processuale) con l'amministrazione, un interesse ad un bene della vita (che può connotarsi come libertà civile o anche come diritto sociale) la cui soddisfazione, tuttavia, non è

⁴¹ In tempi recenti e meno recenti messa in discussione. In proposito deve richiamarsi l'orientamento della scuola fiorentina che tende a negare la perdurante validità teorica e pratica della figura dell'interesse legittimo. Si vedano A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 1999, 496 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 168 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2009, V, 379. Per una difesa della attualità della figura si veda, invece, F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 379 e ss.

garantita dall'ordinamento potendo costituire solo uno dei possibili esiti dell'azione della p.a.⁴²

Tuttavia, come si è detto pocanzi l'inquadramento delle posizioni procedurali nell'ambito di siffatta nozione di interesse legittimo non consente di comprendere appieno il significato e la portata della legge 241 del 1990 la cui novità sta, invece, nell'aver conformato ed adeguato i tempi ed i modi dell'azione amministrativa alle esigenze dei cittadini creando nuove posizioni soggettive che non attengono in via diretta al risultato finale delle determinazioni amministrative, ma si appuntano su determinati modi di essere e di agire della pubblica amministrazione.

La legge dà, dunque, vita a rapporti procedurali dotati di una propria autonoma identità rispetto alla sorte del bene finale che il privato si aspetta di conseguire attraverso il provvedimento amministrativo⁴³.

Tale autonomia si manifesta sul piano del risarcimento del danno, poiché, come da tempo rilevato dalla dottrina⁴⁴ ed ora riconosciuto anche dalla

⁴² F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

⁴³ Si veda, capitolo I pag. 28 e ss. Il collegamento con l'interesse ad un bene della vita è una costante di tutte le teorie elaborate intorno all'interesse legittimo anche se vi sono profonde differenze fra i vari autori intorno alla natura di tale relazione. In genere si tende a ritenere che l'interesse al bene della vita costituisca un elemento connotativo della figura pur non ricevendo una protezione immediata e diretta come accade per il diritto soggettivo dal quale, pertanto, l'interesse legittimo si distinguerebbe per il fatto di assicurare al bene una tutela occasionale (O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 161 ss.), per il fatto di costituire una posizione soggettiva di secondo grado che troverebbe nell'interesse materiale leso un mero presupposto (E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, p. 618), per il fatto di costituire un mero presupposto legittimante dell'azione di annullamento (A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo* in *Dir. proc. amm.* 1989, p. 511 e ss.), per il fatto di essere munito di mezzi di protezione di tipo strumentale che consentono di influire sul corso dell'azione amministrativa, ma non di determinarne l'esito (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002), per il fatto di essere un interesse di natura strumentale (F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, op. cit.).

⁴⁴ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

CAPITOLO QUARTO

giurisprudenza⁴⁵, dalla violazione delle norme procedurali può derivare un danno ingiusto a prescindere dal mancato o ritardato conseguimento del bene finale (che, invece, costituisce l'obiettivo a cui mirano le azioni dirette alla tutela dell'interesse legittimo). E si manifesta, altresì, sul piano del riparto della giurisdizione laddove il legislatore, rendendosi conto che le controversie relative ad alcuni istituti della legge 241 del 1990 (come la s.c.i.a., il silenzio assenso, l'accesso agli atti) potrebbero anche vertere su diritti, ne ha devoluto la cognizione alla giurisdizione esclusiva del g.a.

Con ciò non si vuol dire che le norme sul procedimento non assumano più rilevanza nell'ambito del meccanismo di tutela degli interessi legittimi, ben potendo il privato invocare la loro violazione al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento che leda l'interesse a conservare o a conseguire utilità

⁴⁵ Consiglio di Stato sez. V 10 febbraio 2015 n. 675: "L'art. 2 bis, comma 1, l. n. 241 del 1990, è sussumibile nello schema fondamentale dell'illecito extracontrattuale e riconosce che anche il tempo è un "bene della vita" per il cittadino, rafforzando la tutela risarcitoria nei confronti dei ritardi della p.a. Il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, infatti, è sempre un "costo", dal momento che il fattore tempo costituisce un' essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a progetti imprenditoriali, condizionandone la relativa convenienza economica; in questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del cd. «rischio amministrativo» e, quindi, spetta il risarcimento del danno da ritardo, purché il danno sussista e sia ingiusto". T.A.R. Napoli (Campania), sez. III, 3 luglio 2015 n. 3580 L'ammissibilità del risarcimento del danno da ritardo risiede nel fatto che l'ingiusto pregiudizio cagionato dalla p.a., in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di definizione del procedimento, presuppone che il tempo sia un bene della vita per il cittadino e il ritardo nella conclusione di un procedimento abbia un costo; il che, in presenza dei dovuti presupposti, è suscettibile di ristoro patrimoniale secondo lo schema della responsabilità c.d. aquiliana.; T.A.R. Pescara, (Abruzzo), sez. I, 28 novembre 2014, n. 473: "La fattispecie risarcitoria del danno da ritardo a provvedere tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la p.a., stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività e di iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della stessa; il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo rappresenta un danno "ingiusto" e, sul piano economico, un costo "illegittimo", sia se il bene preteso risulterà poi dovuto, sia nel caso in cui lo stesso venga negato, posto che l'incertezza sull'esito del procedimento, protratta oltre i limiti previsti dalla legge per la sua conclusione, impedisce o comunque rende più complessa la predisposizione di programmi o scelte diverse ed alternative".

finali⁴⁶, ma tale rilevanza non esaurisce la loro portata poiché la mancata osservanza di tali norme lede aspettative ed interessi autonomi correlati allo stesso modo di agire della p.a.⁴⁷.

⁴⁶ Anche se tale rilevanza strumentale delle norme sul procedimento appare oggi limitata dalla previsione dell'art. 21 *octies* della L. 241 del 1990 secondo cui il provvedimento non può essere annullato allorché, per la sua natura vincolata, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso anche se la violazione delle norme formali o procedurali non vi fosse stata.

⁴⁷ La protezione offerta dalle norme inerenti il procedimento amministrativo può avere ad oggetto sia posizioni soggettive che, in quanto correlate all'interesse al bene della vita, si inquadrano nella figura dell'interesse legittimo sia posizioni soggettive meramente procedurali che hanno ad oggetto interessi materiali diversi. Sul punto non appare superfluo riportare le illuminanti considerazioni di A. ROMANO TASSONE (*Situazioni giuridiche soggettive* in *Enc. Dir. Aggior.*, volume II, 1998, p. 996 ss.) secondo cui "alla radice del problema sta, ancora una volta, la tendenza a considerare omogenee, ai fini di tutela, situazioni che sono invece materialmente distinte e la cui assimilazione appare, ancora una volta, indebita: dalla considerazione che le pretese partecipative (per limitarci al caso più controverso) sono spesso finalizzate all'ottenimento, in sede di decisione amministrativa, di un miglior assetto dell'interesse materiale del cittadino, sorge naturale la loro definizione in termini di proiezione dell'interesse legittimo; dalla constatazione che esse, talvolta, sono del tutto inutili a tal fine, deriva spontanea la loro riduzione a interessi puramente procedurali, ovvero la loro traduzione in termini di puro diritto soggettivo, cui si vorrebbe far seguire la semplice tutela indennitaria o risarcitoria del loro titolare e la impossibilità che la loro violazione conduca alla caducazione del provvedimento. Una prospettiva di soluzione può forse esser vista nella considerazione non più unitaria e uniforme, ma rigorosamente differenziata delle diverse aspettative che si connettono all'osservanza delle norme procedurali di cui trattasi. Queste ultime, per espressa enunciazione legislativa, hanno infatti la precipua ed immancabile finalità di riequilibrare il rapporto tra amministrazione e cittadino, ponendo a carico della prima doveri di correttezza che non possono ritenersi immediatamente finalizzati alla più favorevole disciplina di un interesse materiale di base del cittadino stesso. Mutuando un'espressione ormai entrata nel lessico comune, si può parlare qui di «doveri di protezione», tendenti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere dal fatto che dalla loro osservanza possano o meno derivare ad essa vantaggi di carattere patrimoniale. In quest'ottica: il diritto di partecipare al procedimento; quello di ricevere risposta alla propria richiesta di provvedimento; quello di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti; quello di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione; quello di veder prese in esame le osservazioni presentate; quello di vedere motivata la decisione che ci colpisce nelle nostre aspettative; costituirebbero tutti non già (o meglio non soltanto) situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che viene quindi protetto *sub specie* di interesse legittimo, ma appunto diritti in sé e per sé, la cui lesione determina *tout court* un dovere di risarcimento a carico della pubblica amministrazione. La disciplina procedimentale dettata dalla legge n. 241 del 1990, non sembra infatti riconducibile, sempre ed in ogni caso, ad un'unica finalità, ma pare piuttosto che essa risponda ad una duplice funzione: quella, immancabile, di tutelare la dignità del

CAPITOLO QUARTO

Nemmeno osta all'inquadramento nell'ambito dei l.e.p. delle norme procedurali il fatto che esse non sempre delineano una prestazione dovuta al cittadino dalla p.a.

A prescindere dal fatto che molte volte le norme dettate dalla legge 241 del 1990 impongono alla p.a. azioni positive (si pensi, ad esempio, all'accesso agli atti, all'obbligo di dare la comunicazione di avviso del procedimento, all'obbligo di concludere il procedimento entro un certo termine etc.), si è già osservato come la nozione di prestazione non possa essere intesa in senso restrittivo, ma comprenda qualunque *utilità*, *garanzia* o *risultato* che possa formare il contenuto essenziale di una posizione soggettiva di cui il legislatore statale intenda assicurare l'uniforme godimento su tutto il territorio della Repubblica.

Sicché, ben possono essere classificate nell'ambito dei l.e.p. norme che pur senza prevedere specifiche azioni positive a carico della p.a. ridefiniscano gli spazi di libertà che connotano la posizione dell'amministrato rispetto al potere amministrativo.

cittadino e quella, eventuale, di consentirgli di difendere nel procedimento un suo interesse materiale indirizzando il potere della pubblica amministrazione. Il riconoscimento che a tali due finalità corrispondono altresì situazioni giuridiche diverse - alla prima un diritto soggettivo e alla seconda un interesse legittimo -, consente poi una tutela del cittadino modulata e differenziata in ragione dell'effettiva consistenza, nelle diverse evenienze, delle sue aspettative giuridicamente protette, nonché delle esigenze dell'amministrazione, evitando l'eccessiva rigidità e l'automatismo degli attuali meccanismi di tutela.

Può accadere, così, che il cittadino possa in concreto azionare entrambe tali situazioni (si badi: contemporaneamente e non in necessaria sequenza), o anche che egli possa farne valere una sola (e che solo il risarcimento, non anche l'annullamento dell'atto, gli sia dato ottenere). La prima ipotesi si verificherà quando la violazione della norma procedimentale appaia idonea a ledere, oltre che il diritto del cittadino al rispetto della sua persona da parte della pubblica amministrazione, anche un interesse materiale del cittadino stesso, il quale sarebbe stato in grado, almeno potenzialmente, di ottenere altrimenti una disciplina più favorevole in sede di decisione provvedimento. La seconda si avrà quando l'eventuale osservanza della norma procedimentale violata appaia invece ininfluente sul contenuto dispositivo della decisione, che non potrebbe in nessun caso esser diverso e meno lesivo per il privato; in tal caso il privato potrà solo lamentare la violazione del «dovere di protezione» comunque incombente sulla pubblica amministrazione

Questo è quanto accade, ad esempio, negli istituti afferenti la cd. semplificazione amministrativa come il silenzio assenso o la s.c.i.a. la cui funzione è quella di emancipare la libertà di iniziativa dei privati rispetto a determinate attività sottoposte ad un controllo pubblico dalla necessità di un provvedimento autorizzativo espresso o dallo stesso procedimento autorizzatorio preventivo (sostituito da una autodichiarazione certificata)⁴⁸.

Non v'è dubbio che anche tali moduli procedurali laddove, in modo trasversale e non limitato a singoli settori, ridimensionano la necessità di un espresso pronunciamento della p.a. per l'esercizio di determinate libertà (economiche o meno) danno luogo ad una complessiva ridefinizione della posizione del cittadino rispetto all'autorità della pubblica amministrazione che ben può entrare a far parte del patrimonio dei diritti civili di cui il legislatore può assicurare un trattamento territorialmente uniforme.

Quanto si è finora osservato non comporta, peraltro, che in tutte le norme della legge sul procedimento amministrativo possano ravvisarsi diritti che possono formare oggetto di l.e.p.

La Corte costituzionale, infatti, ha in più occasioni ribadito che il riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., non può giustificare l'attrazione alla competenza esclusiva dello Stato di interi settori materiali estendo così surrettiziamente il catalogo previsto dai commi secondo e terzo dell'art. 117 Cost.⁴⁹

⁴⁸ Le garanzie o i risultati di cui i l.e.p. intendono assicurare l'inderogabilità territoriale possono, quindi, consistere anche in un *agere licere* al quale corrisponde un obbligo di astensione o un arretramento dell'ingerenza del potere nelle attività private, così come, ad esempio, accade ove il legislatore le sottragga al regime autorizzatorio sottoponendone l'esercizio a s.c.i.a., istituto che la oramai costante giurisprudenza della Corte costituzionale ascrive ai l.e.p.: Corte cost. 20 giugno 2012 n. 164; Corte cost. 17 febbraio 2012 n. 203; Corte cost. 5 aprile 2013 n. 62. Sull'argomento, si veda anche D. MESSINEO, "Livelli essenziali di semplificazione": un ossimoro costituzionale? in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4856.

⁴⁹ Si vedano in proposito le sentenze n. 383 del 2005, n. 106 del 2006, n. 181 del 2006, n. 248 del 2006, n. 387 del 2007, n. 371 del 2008; n. 10 del 2010 e n. 207 del 2010.

CAPITOLO QUARTO

Sicché, il richiamo ai l.e.p. non può avere l'effetto di rendere *tout court* il procedimento una materia di competenza esclusiva o concorrente dello Stato, potendo inquadrarsi in tale titolo di competenza solo quegli istituti che impongono all'amministrazione obblighi o limiti che si risolvono in una garanzia, una utilità o in un risultato idoneo a soddisfare in via diretta un interesse dell'amministrato; mentre non sembrano inquadrabili nella materia di cui si discute le norme afferenti ad aspetti puramente organizzativi interni all'amministrazione come, ad esempio, quelle che disciplinano la conferenza di servizi⁵⁰.

⁵⁰ Istituto che, secondo la Corte costituzionale, non può essere inquadrato nell'ambito della materia dei livelli essenziali delle prestazioni in quanto la conferenza di servizi, lungi dal determinare uno standard strutturale o qualitativo di prestazione attinente questo o quel diritto sociale o civile assolve al ben diverso fine di regolare la attività amministrativa in settori vastissimi ed indeterminati (Corte cost. 11 luglio 2012 n. 179).

BIBLIOGRAFIA

- ALI' M., *L'attività amministrativa ed i suoi principi* in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Catania dei giorni 11 e 12 novembre 2005 raccolti da A. Cariola, G. D'Allura e F. Florio, Catania, 2006.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALLEGRETTI U., *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Le Regioni*, 198, 1181 e ss.
- ALLEGRETTI U. *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, relazione generale al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive", www.astrid-online.it, 2009.
- ALLEGRETTI U. *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico in Foro italiano*, 1984.
- ALLENNA M., *L'art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.
- ANDREANI A., *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione*, Padova, 1979.
- ANZON A., *Mutamento dei principi fondamentali delle materie regionali e vicende della normazione di dettaglio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985.
- BARBERA A., *Regioni ed interesse nazionale*, Milano, 1973.
- BARTOLE S., *Principi generali del diritto* in *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1986, 494 ss.
- BARTOLE S., *Recessività o separazione della legge regionale rispetto a quella statale?* in *Giur. Cost.*, 1968, 944 ss.
- BARTOLINI e A. PIOGGIA, *Le cittadinanze amministrative: percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa* . Relazione resa al convegno per i 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana tenutosi a Firenze i giorni 15 e 16 ottobre 2015.
- BELLAVISTA M. , *Il rito sostanziale amministrativo, parte prima contenuto e struttura*, Padova, 2012, 102.
- BELLETTI M., *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ... " alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile ... in Le istituzioni del Federalismo*, 2003, 613 e ss.
- BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006.

- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.
- BERGONZINI G., *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. Amm.* 2006.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione* in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955.
- BIANCA M., *Diritto Civile*, Milano, 1991.
- BIFULCO R., *Federalismi e diritti*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura li), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, 124 e ss.
- BIGNAMI M., *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it.
- BIN R., *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale* in *Le Regioni*, 2001, 1213 ss.
- BODDA P., *I regolamenti degli enti autarchici*, Torino, 1932.
- BODDA P., *La conversione degli atti amministrativi*, Milano, 1935.
- BORSI U., *L'atto amministrativo complesso* in *Studi senesi*, 1903.
- BUZZACCHI C., *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie* Milano, 2003.
- CAMMELLI M., *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2001.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- CARANTA R., *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996.
- CARETTI P., *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici* in *Le Regioni* 2001.
- CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.
- CARLASSARE L., *La «preferenza» come regola dei rapporti fra fonti statali e fonti regionali nella potestà legislativa ripartita* in *Le Regioni*, 1986, 236 ss.
- CARLI M., *Un punto fermo in materia di principi fondamentali* in *Le Regioni*, 1991.
- CARLONI E., *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004.

- CARLOTTI G., *Il nuovo provvedimento amministrativo, leggi 15 e 80 del 2005*, Padova, 2005.
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione in Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona* (a cura di) F. BASSANINI e G. TIBERI, Bologna, 2010.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- CASSETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952.
- CASSETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952.
- CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla "Giornata sul diritto alla buona amministrazione" per il 25° anniversario della legge sul "Sindic de Greuges" della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009.
- CAVALERI P., *La nuova autonomia legislativa delle regioni in Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Tre anni dopo* in *Foro it.*, 2004.
- CELOTTO A. - SANDULLI M.A., *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: "un nodo di gordio"*, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2005.
- CELOTTO A. *Il nuovo art. 29 della L. 241 del 1990: norma utile, inutile o pericolosa?* Intervento al Convegno "Amministrazione, cittadino e diritto privato nella legge 11 febbraio 2005 n. 15 di riforma della L. 241/90" Università degli Studi di Cassino, Facoltà di giurisprudenza, 1 giugno 2005 in www.giustamm.it
- CELOTTO A., *Il riscritto art. 29 L. n. 241/90* in R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento amministrativo, commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69*, Nel diritto editore, 2009.
- CELOTTO A., *La cittadinanza europea* in www.giustamm.it, 2005.
- CERBO P., *La cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali fra gestione, politica e legge*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007.
- CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - 6. Parte*, in [www.giustamm.it.](http://www.giustamm.it), 2005.
- CERULLI IRELLI V., *La cittadinanza sociale, leggi e politica. Relazione al seminario su «I livelli essenziali di assistenza (L.E.A.) nella Costituzione. Doveri dello Stato, diritti dei cittadini*, Roma, 2002.
- CERULLI IRELLI V., *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Saggi ordinati in sistema, Napoli, 2006.
- CERULLI IRELLI V. – PINELLI C., *Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri* in CERULLI IRELLI V. – PINELLI C. (a cura di) *Verso il federalismo*, Bologna, 2004.

- CHIARLONI E., *Lo Stato differenziato*, Torino, 2004 e F. MERLONI, *Il ruolo della regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, in *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua Riforma*. Atti delle giornate di studio tenutesi a Roma il 21, 22 e 23 ottobre 2011, Milano, 2011.
- CHITI M.P., *Le novità apportate dal Trattato di Lisbona per la pubblica amministrazione e le conseguenze per il nostro ordinamento* in www.astrid-online.it, 2010.
- CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.
- CLARIZIA P., *Le discipline regionali dell'azione amministrativa*, in www.giustamm.it, 2007.
- CLARIZIA P., *Pubblico e privato nell'ordinamento regionale*, Napoli, 1983.
- CODACCI PISANELLI A., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- COCCONI M., *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni* in *Le Regioni*, 2010, 5.
- COGNETTI S., *"Quantità" e "Qualità" e della partecipazione, Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.
- CORSO G. – TERESI F., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991.
- CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa* in *Jus*, Milano, 1940.
- CRISAFULLI V., *Vicende della questione regionale*, in *Le Regioni*, 1982.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970.
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e «giusto procedimento»* in *Giur. Cost.* 1962, I, 126 e ss. commento alla sentenza C. Cost. 2 marzo 1962 n. 13.
- CUOCOLO F., *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, Milano, 1967.
- D'ALOIA A., *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003.
- D'ATENA A, voce *Legge regionale (e provinciale)* in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.
- DELFINO E. - PACCIONE A., *Basi per il diritto di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Foro It.*, 1992, V, 382.
- De NICTOLIS R., *Legge generale sul procedimento amministrativo e legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, fasc. 5, 2004, 1609-1617.
- ESPOSITO C., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954.

- ESPOSITO C., *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione Italiana*, Padova, 1954, 256 e ss.
- FALCON G., *Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione* in *Foro it.*, 2001, V, col. 87.
- FALCON G., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione* in *Le Regioni*, 2001.
- FALCON G., *La riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione e i suoi riflessi sulla giurisdizione amministrativa* in *La funzione amministrativa e il suo giudice alla luce delle recenti modifiche della Costituzione* (a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi), Torino, 2003.
- FALCON G., *La legge sul procedimento amministrativo e i caratteri del «federalismo italiano»*, in *Le Regioni*, 2010, 1227 ss.
- FARES G., *Il procedimento amministrativo* in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali* a cura di G. CORSO e V. LOPILATO, Milano, 2006, 562 e ss.
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.
- FERRARA R., *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari* in *Il foro italiano*, III, 27 ss.
- FERRARA R., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?* in *Dir. e soc.*, Padova, 2000.
- FERRI A., *Le norme fondamentali di riforma economico sociale ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Nuove autonomie*, Napoli, 2005, 633 ss.
- FORTI U., "Atto" e "procedimento" amministrativo, negli *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, I, 1931, p. 456 e ss. e in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 349.
- GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.
- GALLETTA D. U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005.
- GALLO C. E., *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della nuova costituzione*, in www.giustamm.it, 2005.
- GALLO C. E. *Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale. Una prima lettura*, Torino, 2001, 85 e ss.
- GAMBINO S., *Regionalismo, federalismo, devolution*, Competenze e diritti, Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito), Milano, 2003.

- GARDINI G., *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle regioni sono legittime, ma la questione resta aperta*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006.
- GHETTI G., *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971.
- GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962.
- GIOVENCO L., *Principi dell'ordinamento giuridico dello Stato e potestà legislativa delle Regioni* in *Riv. trim. di d. pubblico*, 1956, 456 e ss.
- GISONDI R., *Le azioni proponibili dai terzi controinteressati alla s.c.i.a.*, in *Diritto pubblico*, 2012, 3, 921 e ss.
- GRAGNOLI E., *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2007.
- GRANATA R., *Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione* in *Foro it.*, 2001, V, col. 87.
- GROPPI T. e OLIVETTI M., *La Repubblica delle autonomie, Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003.
- GUICCIARDI E., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1957.
- ITALIA V., *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, 1970, 81.
- LAMARQUE E., *Osservazioni preliminari sulla materia «ordinamento civile» di esclusiva competenza statale* in *Le Regioni*, n. 2001, 1343 e ss.
- LAMARQUE E., *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in SANDULLI M. A. (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 1233 ss.
- LAZZARA P., *La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto delle competenze Stato-Regione*, in *Dir. amm.*, 2007, 108 ss.
- LAZZARA P., *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquantenni di giurisprudenza costituzionale*, in G. DELLA CANANEA E M. DUGATO (a cura di) *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 comma 2 lett. m)* in *Sanità pubblica* 2002, 1032.
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, vol. II, 119.
- MANACORDA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come limite garantistico all'intervento penale* in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di) *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, 2011.
- MANFREDI G., *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione* in L.R. PERFETTI (a cura di) *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2010.

- MANGIAMELI S., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 135.
- MARRAMA R., "I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica" in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 398.
- MARZUOLI C., *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 25.
- MATTARELLA B.G., *La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11, 1133 ss.
- MAZZIOTTI M., *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*, Milano, 1961.
- MAZZIOTTI DI CESIO M., *Diritti sociali* in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 806.
- MERLONI F., *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 409 ss.
- MERLONI F., *Il ruolo della Regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale* in Mangiameli S., *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*. Raccolta di papers di diritto regionale, Roma 20-21-22 ottobre 2011, Milano, 2012, vol. I, 393.
- MERUSI F., *La genesi della L. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, edizioni Plus, 2009.
- MESSINEO D., *Competenza legislative dello Stato e riforma del procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, 447.
- MESSINEO D., *Livelli essenziali di semplificazione: un ossimoro costituzionale?* in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4856.
- MEZZANOTTE P., *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale AAVV. L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, 399 ss.
- MIELE T., *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* in *Foro italiano*, 1933, III, 375 e ss.
- MIELE T., *La riforma costituzionale del titolo V della seconda parte della Costituzione: gli effetti sull'ordinamento*, in www.lexitalia.it, 2004.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 544.
- MORBIDELLI G., *Materie residuali e limite dei principi fondamentali dell'ordinamento* in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0191_morbidelli.pdf.

- MORBIDELLI G., *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti dal punto di vista della Corte di Lussemburgo* in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2.
- MORTATI C., *Funzione dei principi generali dell'ordinamento (§28)* in *Costituzione dello Stato, Enciclopedia del diritto*, XI, 1962.
- MORTATI C., *Sulla potestà delle regioni di emanare norme di diritto privato*, in *GiC* 1956, 981 ss.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976.
- NANIA R., *Limite dei principi e autonomia legislativa regionale*, in *Giur. cost.* 1980, 1778 e ss.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della p.a.*, Milano, 1966, 67 e ss.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* in *Riv. dir. proc.* 1980, 252 ss.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- OCCHIENA M., *Il procedimento* in CROSETTI A. e FRACCHIA F. (a cura di) *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 186 ss.
- OLIVETTI M., *Le funzioni legislative regionali* in GROPPI T. e OLIVETTI M. (a cura di) *La repubblica delle autonomie ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, 91 ss.
- ORSI BATTAGLINI A. - MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999.
- PALADIN L., *La potestà legislativa regionale*, cit., Padova, 1958.
- PALADIN L., *Diritto privato e leggi regionali*, in *GiC* 1957.
- PASTORI G., *La procedura amministrativa* in *Scritti Scelti*, Napoli 2010, vol. I.
- PASTORI G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive* in AAVV, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributo alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna 18-20 settembre 1986.
- PASTORI G., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI – A. ORSI BATTAGLINI – D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, vol. II 805 e ss.

- PASTORI G., *Procedimento amministrativo e competenza regionale*, in *Le Regioni* 1992, 1349 e ss.
- PASTORI G., *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in Atti del Convegno "su innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione", Roma 22.3.2002 e in Ass. it. Professori di dir. Amministrativo, *Annuario* 2002, Milano, 2003, 37.
- PASTORI G., *Legge 7 agosto 1990 n. 241e ordinamenti regionali*, Padova, 1995.
- PATRONI GRIFFI F., *Valori e principi fra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici* in www.giustizia-amministrativa.it nonché in *Corr. Giur.*, 2011.
- PINELLI C. *I limiti generali della potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario* in *Foro it.*, 2001, V, col. 199.
- PINELLI C. - CERULLI IRELLI V., *Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in *Verso il federalismo*, a cura degli stessi autori, Bologna, 2004, 30.
- PINELLI C., *I limiti generali della potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario* in *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Tre anni dopo*, in *Foro it.*, 2004, parte V, col. 61.
- PIOGGIA A. - BARTOLINI A., *Le cittadinanze amministrative: percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*". Relazione resa al convegno per i 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana tenutosi a Firenze i giorni 15 e 16 ottobre 2015.
- PIRAS A., voce *Discrezionalità amministrativa* in *Enc. del diritto* XIII, 1964.
- PIZZETTI F., *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni* 2003, 599 ss.
- POLICE A., *Federalismo asimmetrico e dequotazione dell'eugualianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto dell'Economia*, 2002, 502 e ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2009, V, 379.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937.
- RESCIGNO U., *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle regioni* in S. GAMBINO, *Il nuovo ordinamento regionale competenze e diritti*, Milano, 2003, 110.

- ROLLA G., *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001* in *Le Regioni*, 2002, 321 ss.
- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.* 1994, 680 e ss.
- ROMANO A., *La situazione legittimante al processo amministrativo* in *Dir. proc. amm.* 1989, 511 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto - M.A. Sandulli*, in www.federalismi.it, 2006.
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive* in *Enc. Dir. Aggior.*, volume II, 1998, 996 ss.
- ROSSI G. – BENEDETTI A., *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2002.
- ROVAGNATI A., *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m) Il comma art. 117 Cost.* in *Le Regioni*, 2003.
- RUGGIERI A., *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione con specifico riguardo alle dinamiche della formazione e al piano dei controlli. Relazione al seminario organizzato dall'A.I.C. su Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione* (Bologna, 14 gennaio 2002), Milano 2002, 11 ss., nonché in www.associazionedeicostituzionalisti.it e in *Quad. reg.*, 2/2001, 565 ss.
- SALA G., *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale* in *Dir. proc. amm.*, 1984, 432 ss.
- SALA G.- VILLATA R., voce *Procedimento amministrativo* in *Dig. Disc. Publ.*, vol. XI, Torino, 2006, 574 ss.
- SALOMONE R., *Spoils system regionale e riparto di competenza: il via libera della Consulta* (nota a sentenza Corte cost. 16.6.2006 n. 233), in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006.
- SALVIA F., *Giusto procedimento e leggi provvedimento regionali* in *Le Regioni* 1990, 1106 e ss.
- SANDULLI M.A. - CELOTTO A., *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: "un nodo di gordio"*, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2005, 1946 e ss.
- SANDULLI A., *Il procedimento* in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) S. CASSESE, vol. II, Milano, 2003, 1066 ss.
- SANDULLI A., *La legge 69/2009 e la pubblica amministrazione* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 11, 1133 ss.

- SANDULLI M.A, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANDULLI M.A, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964.
- SANDULLI M.A., *Partecipazione e autonomie locali* in *Dir. Amm.*, 2002.
- SANDULLI M.A., *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010.
- SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3° ed. Padova, 1937.
- SCIULLO G., *Il principio del "giusto procedimento" fra giudice costituzionale e giudice amministrativo* in *Jus* 1986, 291 ss.
- SCOCA F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.
- SCOCA F. G., *Attualità dell'interesse legittimo?* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379 e ss.
- SCOCA F. G., *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.
- SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004.
- SERIO A., *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2008.
- SICA V., *Legislazione regionale e rapporti privati*, in *Giur. It.*, 1957.
- SORACE D., *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni* in *Le regioni*, 2002, 757 ss. .
- SORRENTINO F., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)* in *Corr. Giur.* 2010, n. 2, 148.
- SOTIS C., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, entrambi in M.V. ZAGREBELSKY (a cura di) *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, 2011.
- SPUNTARELLI S., *La disciplina del procedimento amministrativo tra competenza statale e competenze delle autonomie locali* in F. MODUGNO – P. CARNEVALE (a cura di) *Nuovi rapporti tra Stato- Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, 197.
- TASSONE R., *Legge 241 del 1990 e competenze regionali, osservazioni sulla posizione di A. Celotto e M.A. Sandulli* in www.federalismi.it.
- TORCHIA L., *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2002, 343 e ss.
- TORCHIA L., *Welfare, diritti sociali e federalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2002.
- TORCHIA L., *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. costituzionali*, 2002.
- TOSI R., *Principi fondamentali e legge statale nelle materie di competenza concorrente delle regioni*, Padova, 1987.

- TOSI R., *Riforma della riforma, potestà ripartita, interesse nazionale* in *Le Regioni*, 2003, 547.
- TRAVI A., *Art. 29* in Id. (Commentario a cura di) *legge 7 agosto 1990 n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Le nuove leggi civili e commentate*, Padova, 1995.
- TRAVI A., *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enc. Dir.*, Annali, II-2, 2008.
- TRIMARCHI F., *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, contenente gli *Atti del Convegno* tenutosi a Messina-Taormina il 25-26 febbraio 1988.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo* (a cura di) M. P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007, I.
- TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008.
- URSI R., *La disciplina generale dell'azione amministrativa nel prisma della potestà normativa degli enti locali*, in *Dir. Amm.*, 2006, 3.
- VILLATA R. – SALA G., voce *Procedimento amministrativo* in *Dig. Disc. Publ.*, vol. XI, Torino, 2006, 574 ss.
- VIRGA P., *La Regione*, Milano, 1949.
- VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, 174 e ss.
- VIRGILIO R., *L'applicabilità della L. 241/90 alla luce del Titolo V della Costituzione*, relazione al Convegno *La nuova disciplina dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi e conseguenti poteri del giudice*, Catania 2-3 dicembre 2005, in www.giustamm.it.
- VITTA C., *Diritto amministrativo* Torino, I 1962 – II 1954.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, 1940, I.
- ZITO A., *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'ordinamento interno* in *Riv. it. dir. pubbl. comp.* 2002, 425 ss.
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Roma, 1996.