

## **LA PARTECIPAZIONE DEL PRIVATO AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. Lo strumento del consenso per uno snellimento dell'azione amministrativa**

di Mariateresa Zambrano, Funzionario della Corte dei conti

Nella recente sentenza del 3 febbraio 2011 n. 2456, la Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione del Giudice amministrativo in materia di accordi transattivi tra privati e P.A. riconducendoli alla tipologia degli accordi sostitutivi del provvedimento.

Il caso aveva ad oggetto un accordo tra imprese e Comune per transigere su un contenzioso sorto a causa dell'adozione da parte del Comune di provvedimenti di localizzazione di interventi pubblici che comportavano l'espropriazione di terreni ad alcune imprese.

Con la transazione le Imprese rinunciavano al giudizio in cambio dell'approvazione di due lottizzazioni da parte del Comune. Il Comune non rispettava l'accordo e le imprese citavano innanzi al G.O. il comune per vedersi riconoscere l'indennizzo ai sensi dell'art. 11, comma 4, della Legge 241/1990.

A seguito della condanna da parte del G.O, il comune proponeva in appello l'eccezione di giurisdizione, che la Corte di Appello accoglieva, ritenendo che, come le convenzioni di lottizzazione, anche gli accordi transattivi sulle stesse costituiscono atti finalizzati a determinare il contenuto discrezionale di un provvedimento, come tali rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come **previsto** ora nell'art.133, comma 1, del D.L.gs. n.104 del 2010 sul riordino del processo amministrativo).

La sentenza citata, anche se è rilevante in punto di giurisdizione, fornisce l'occasione per soffermarsi brevemente, ancora una volta, sulla possibilità per il privato di esprimere la propria adesione all'operato dell'Amministrazione.

Ciò, pare rafforzato anche da una ulteriore tutela accordata di recente ai privati, sia pure indirettamente, dalla previsione di cui all' art.2, comma 8 del d.l. n.52012, convertito nella legge n.35 del 2012, ai sensi del quale le sentenze passate in giudicato, che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'Amministrazione, devono essere trasmesse "in via telematica" alla Corte dei conti per l' eventuale avvio dell'azione di responsabilità per danno erariale.

L'attività amministrativa è stata per lungo tempo oggetto esclusivo dei poteri pubblici senza possibilità di partecipazione da parte dei privati in quanto si è sempre ritenuto che vigesse un superiore principio dell'agire amministrativo improntato alla tutela di interessi comuni non sacrificabili nel rapporto con il singolo.

Negli ultimi anni la supremazia dell'Amministrazione si è andata progressivamente attenuando fino a consentire la partecipazione del privato al procedimento amministrativo ma soprattutto nel riconoscimento di forme di responsabilità amministrativa un tempo impensabili.

Si è ampliata così l'area della responsabilità amministrativa precontrattuale a fronte di comportamenti violativi della buona fede, la possibilità di vedersi riconoscere il risarcimento in caso di violazione di interessi legittimi e perfino il danno da ritardo a causa della tardiva emissione di un provvedimento.

Si è sostanzialmente riconosciuto che l'Amministrazione nella cura degli interessi pubblici non può e non deve sacrificare gli interessi privati fino a svuotare di contenuto un diritto o un interesse.

In quest' ambito, la legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, nelle sue successive evoluzioni, rappresenta la più rilevante forma di partecipazione del privato all'azione amministrativa.

Detta legge coinvolge gran parte dell'agire amministrativo in quanto costituisce una normativa di carattere generale sul procedimento. Fino all'emanazione della stessa esistevano, infatti, solo singole discipline dei diversi procedimenti amministrativi: la legge sul procedimento espropriativo, la legge sul procedimento disciplinare a carico degli impiegati civili dello stato, la legge sul procedimento di approvazione delle sanzioni disciplinari.

Con la 241/1990 si è riconosciuto largo spazio all'intervento dei privati. Lo spirito è quello di consentire la massima democraticità soprattutto in un ottica di deflazione del contenzioso amministrativo.

L'introduzione dell'art.1, comma 1-bis, da parte della L.15 del 2005 ai sensi del quale "La P.A., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente", ha consacrato la possibilità per il privato di intervenire, in determinati casi, su un piano di parità con la P.A.

I principali istituti indicativi di un'apertura della partecipazione del privato all'azione amministrativa che si rinvencono nella norma riguardano la disciplina del termine del procedimento amministrativo e le relative conseguenze del ritardo nell'emanazione di un provvedimento, l'individuazione di un responsabile del procedimento, la comunicazione dell'avvio del procedimento e dei motivi ostativi all'accoglimento dello

stesso, l'obbligo della motivazione, la possibilità di accesso al procedimento.

La comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art.7 della legge 241/1990 è essenziale per consentire la massima partecipazione.

La norma prevede che ove non sussistano particolari ragioni di impedimento deve essere comunicato l'avvio del procedimento ai soggetti nei confronti dei quali è destinato il provvedimento finale con l'indicazione dell'Amministrazione competente, dell'oggetto del procedimento, dei termini entro cui deve lo stesso concludersi e, soprattutto, l'indicazione del responsabile del procedimento..

Giova ricordare che con il termine "procedimento" si intendono una serie di atti o attività consequenziali destinate all'emissione di un provvedimento finale che rappresenta l'esplicazione della volontà amministrativa.

Tornando alla "comunicazione dell'avvio del procedimento", l'importanza dell'istituto risulta evidente in quanto, senza questa fase, sarebbe impossibile conoscere quanto l'Amministrazione sta per eseguire, con la conseguenza di non poter attivare alcuna forma di tutela.

Inoltre, secondo quanto indicato nell'art.7, l'obbligo di fornire l'indicazione dei dati relativi all'oggetto del procedimento, del termine di conclusione dello stesso e della persona responsabile costituiscono la reale garanzia per il privato di poter partecipare alle "scelte" dell'Amministrazione.

Si è detto, soprattutto, l'indicazione di un responsabile.

L'art.5 prevede che il dirigente di ciascuna unità organizzativa provveda ad assegnare a sé o ad altro dipendente la responsabilità dell'istruttoria o eventualmente del provvedimento finale.

La norma prevede che se detta assegnazione non è effettuata, responsabile sarà il preposto all'unità organizzativa che adotterà il provvedimento finale.

Invece, nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento comunica, prima dell'adozione del provvedimento finale, i motivi ostativi all'accoglimento della domanda.

In ogni caso l'Amministrazione ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 2, di concludere ciascun procedimento avviato nei termini che ha essa stessa, preventivamente stabilito o che, altrimenti, sono fissati in trenta giorni dalla legge.

I termini decorrono dall'istanza di parte o dall'avvio del procedimento d'ufficio.

Il mancato rispetto dell'osservanza dei termini di conclusione del procedimento comporta, ai sensi dell'art. 2 bis, il risarcimento del danno, ove venga accertato il dolo o la colpa grave del funzionario responsabile.

**Come già ricordato**, il D.L. n.5/2012 – art.2, comma 8 - convertito nella legge n.35 del 2012 ha previsto che le sentenze passate in giudicato, che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'Amministrazione, devono essere trasmesse "in via telematica" alla Corte dei conti per un eventuale avvio dell'azione di responsabilità per danno erariale.

Tutti i provvedimenti devono inoltre essere motivati .

Nella motivazione devono essere indicati i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione.

Prima dell'avvento della Legge 241/1990, la carenza di motivazione costituiva una delle figure sintomatiche di eccesso di potere.

Come è noto, i vizi del provvedimento amministrativo, oggi espressamente previsti nell'art. 21 octies, sono l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

Mentre l'incompetenza e la violazione di legge sono facilmente individuabili, configurandosi come atti violativi delle disposizioni di legge, più difficile è sempre stato identificare l'eccesso di potere.

Senza troppo addentrarsi nella casistica, è sufficiente qui ricordare che la giurisprudenza ha individuato una serie di figure sintomatiche, quali la motivazione contraddittoria, la disparità di trattamento, il travisamento di fatti, ricorrendo le quali occorre procedere ad un approfondimento al fine di verificare l'eventuale esistenza del vizio di eccesso di potere.

Infine, non può non farsi cenno all'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi, ossia alla possibilità per gli "interessati" – ossia di coloro che sono portatori di interessi collegati ad un situazione giuridicamente tutelata - di prendere visione ed eventualmente estrarre copia dei documenti amministrativi relativi ad un dato procedimento.

Merita riportare il contenuto di cui all'art.22: "L'accesso ai documenti amministrativi costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza" dell'Amministrazione.

Veniamo ora all'esame dell'istituto che forse più di altri ha reso possibile negli ultimi anni l'accesso dei privati alla partecipazione della vita amministrativa, ossia la figura degli Accordi integrativi e/o sostitutivi del procedimento amministrativo.

Si tratta di accordi che hanno ad oggetto l'attività amministrativa e sono perciò stati definiti ad oggetto pubblico.

Diverso è il caso in cui l'Amministrazione stipula contratti di diritto privato, per i quali di regola l'Amministrazione è obbligata alle regole c.d. di "evidenza pubblica" per addivenire alla scelta di un contraente.

L'art.11 prevede due tipi di accordi, quelli procedimentali e quelli sostitutivi del provvedimento.

Gli accordi procedimentali sono diretti a determinare una parte del procedimento, che poi confluirà nel provvedimento finale.

Gli accordi sostitutivi del provvedimento invece sostituiscono il contenuto discrezionale del provvedimento stesso.

Questi ultimi, prima della modifica ad opera della legge n.15 del 2005, erano solo tipici, nel senso che vi si poteva ricorrere solo nei casi espressamente previsti. Ora invece entrambi i tipi di accordo sono atipici.

Gli accordi possono essere conclusi con i soggetti che presentano osservazioni e/o proposte, ossia i soggetti che partecipano al procedimento, in quanto hanno presentato un'istanza oppure in quanto, a seguito della comunicazione di avvio di un procedimento nei loro confronti, hanno presentato osservazioni ai sensi dell'art.10 bis.

Viene fissato un calendario di incontri dal responsabile, cui possono eventualmente essere invitati anche contestualmente i destinatari del provvedimento. Al termine degli stessi può essere stipulato un accordo per atto scritto a pena di nullità.

Detto accordo deve essere preceduto da una "determina", ossia un atto che contiene l'esplicazione della volontà dell'Amministrazione.

Ci si è chiesti se anche gli atti vincolati possano costituire oggetto del consenso concordato, atteso che ai sensi del comma 1 è prevista solo la possibilità di "determinare il contenuto discrezionale" del provvedimento.

La giurisprudenza ha ritenuto che ciò sia possibile in quanto anche nel caso di atti vincolati possono esservi elementi discrezionali come il quando o il quomodo.

Circa la natura degli accordi, due sono le teorie in campo: l'accoglimento di una teoria piuttosto che di un'altra non è privo di conseguenze.

Una teoria ritiene che tali accordi abbiano natura privatistica, l'altra che si tratti di atti di diritto pubblico.

Per la teoria privatistica, gli accordi ex art.11 sono veri e propri contratti, caratterizzati dall'oggetto pubblico costituito dall'azione amministrativa. E questo sarebbe avvalorato dalla previsione dell'applicabilità delle regole del diritto civile, ove compatibili.

Non sarebbero in contrasto con tale teoria le disposizioni che prevedono la giurisdizione esclusiva, che non indica necessariamente la presenza di interessi legittimi e neanche le previsioni della preliminare adozione della determina, che di solito precede i contratti.

Accogliere tale tesi escluderebbe l'applicabilità dell'autotutela, comportando viceversa l'applicazione delle regole di invalidità dei

contratti, la possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento e della risoluzione per inadempimento.

Per la tesi pubblicista, invece, già il termine "accordo" in luogo di contratto sarebbe di per sé indicativo della natura pubblica.

Ciò sarebbe avvalorato proprio dalla previsione della necessità dell'adozione di una preliminare determina, dalla previsione della giurisdizione esclusiva nonché della possibilità, da parte dell'amministrazione, di recedere dall'accordo soltanto per motivi di interesse pubblico.

Inoltre, rafforzerebbe la tesi pubblicistica la previsione di cui al comma 3 dell'art. 11, secondo la quale gli accordi sono soggetti ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti.

Pertanto, anche tali accordi dovrebbero essere sottoposti al controllo preventivo di legittimità, ai sensi dell'art.3, comma 1, della Legge n.20/1994, ove rientranti in una delle ipotesi ivi tassativamente previste.

Accogliere tale tesi consentirebbe pertanto l'applicazione delle norme in materia di autotutela, ma non l'azione ex art.2932 cc e la risoluzione per inadempimento.

La previsione di cui al comma 5 dell'art.11, in materia di giurisdizione esclusiva, sembrerebbe far propendere per una natura mista degli accordi, dove profili pubblicistici – come la determina a contrarre – e privatistici – come l'applicabilità delle regole del diritto civile – risultano entrambi presenti.

Tale sembra anche la propensione della giurisprudenza, come pare emergere, in particolare, dalla nota sentenza della Corte costituzionale n.204 del 2004 in materia di giurisdizione che, con riferimento alla giurisdizione esclusiva, osserva che negli accordi tra privati e pubblica amministrazione si è di fronte non già ad una generica rilevanza pubblicistica, bensì all'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi.

La norma prevede peraltro che, in caso di recesso per motivi di interesse pubblico, l'Amministrazione deve provvedere a liquidare un indennizzo. L'amministrazione pertanto, nell'effettuare una valutazione comparativa degli interessi in gioco, al fine di verificare se convenga o meno recedere dall'accordo ex art.11, dovrà mettere in conto anche il "costo" dell'indennizzo.

Roma 24 aprile 2012