

Vincenzo Cerulli Irelli

Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – IV parte

9. L'art. 14 della nuova legge introduce il Capo IV *bis* nel testo della legge n.241/1990 (artt. 21-*bis*, 21-*nonies*). Esso contiene la disciplina generale dell'efficacia e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi.

Si tratta di una disciplina legislativa interamente nuova che, in parte recepisce, su alcuni fondamentali istituti della nostra materia, principi elaborati in sede giurisprudenziale, in parte li innova. Segnatamente sull'invalidità degli atti amministrativi questa normativa appare particolarmente innovativa e merita perciò una riflessione molto attenta.

In generale le nuove norme sono ispirate al principio della legalità dell'azione amministrativa. Costante è il richiamo a specifiche previsioni di legge in ordine agli istituti della esecutorietà e dell'autotutela amministrativa. Ciò che supera un'antica impostazione dottrinale e giurisprudenziale secondo la quale una serie di istituti del diritto amministrativo in ordine alla posizione di supremazia dell'Amministrazione nei rapporti con i terzi, trovassero il loro fondamento nella posizione istituzionale dell'Amministrazione come emanazione del potere esecutivo, a prescindere da specifiche previsioni di legge.

In ordine alla efficacia, anzitutto viene identificata la categoria degli atti recettizi, come quelli che acquistano efficacia nei confronti dei destinatari, con la comunicazione. Si tratta dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati. Tutti quelli, dunque, a carattere ablatorio.

La comunicazione, per regola, avviene, direttamente alla persona interessata (comunicazione personale). Ove questa sia irreperibile si seguono le forme stabilite per la notifica agli irreperibili secondo il codice di procedura civile. Nel caso in cui il numero dei destinatari sia tale da rendere impossibile e particolarmente gravosa la comunicazione personale, l'Amministrazione provvederà alla comunicazione stessa mediante idonee forme di pubblicità, volta a volta stabilite (avvisi a mezzo stampa, pubblicazione nei fogli ufficiali, manifesti murali, etc.).

Si tratta della medesima previsione di cui all'art. 8, 3° comma, relativa alla comunicazione dell'avvio del procedimento.

La regola della comunicazione, secondo lo schema seguito per la comunicazione dell'avvio del procedimento, è derogata nel caso di provvedimenti aventi carattere cautelare ed urgente. Essi sono immediatamente efficaci, a prescindere dalla comunicazione. Sul punto si richiama la giurisprudenza formatasi in ordine alla comunicazione dell'avvio del procedimento (da ult., Cass. n. 68/02).

E' ovvio che in ordine alla sussistenza delle ragioni della cautela e dell'urgenza, che possono giustificare l'immediata esecutività del provvedimento, si esplica il controllo giurisdizionale che può avere sul punto particolare efficacia in sede di istanza cautelare.

Al di là di questi casi in cui sussistono ragioni di cautela e di urgenza, la norma prevede che ogni provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, con l'eccezione però di quelli a carattere sanzionatorio (per questi la regola non può avere eccezione) possa "contenere una motivata clausola di efficacia". Ciò significa che l'Amministrazione può valutare caso per caso, ma sempre con riferimento a motivate ragioni (e perciò non si comprende bene quali queste possano essere al di là di quelle relative a motivi di cautela e di urgenza) la sussistenza di circostanze che inducano alla non applicazione della regola della previa comunicazione; e perciò a conferire all'atto immediata esecutività.

Ovviamente si tratta di una previsione del tutto derogatoria, da interpretare, perciò strettamente a fronte di situazioni eccezionali.

10. Gli articoli 21 *ter* e 21 *quater* affrontano gli antichi istituti dell'esecutività e dell'esecutorietà del provvedimento amministrativo, riportandoli, come si accennava, nell'alveo del principio di legalità.

Anzitutto la norma base dispone l'immediata esecutività dei provvedimenti efficaci, salva diversa disposizione di legge, ovvero stabilita dallo stesso provvedimento (art. 21 *quater*, 1° comma). Questa norma è connessa a quella di cui al 21 *bis* di cui si è appena detto. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati acquistano efficacia con la comunicazione, ai sensi dell'art. 21 *bis*. Mentre gli altri provvedimenti acquistano efficacia con il loro perfezionamento nelle forme di legge. Gli uni e gli altri una volta divenuti efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che la legge o il provvedimento stesso abbia procrastinato l'attività di esecuzione.

La norma evidentemente fa propria la distinzione dottrinale, ormai largamente recepita, tra efficacia (come fenomeno a carattere prettamente giuridico) ed esecuzione (come insieme di attività materiali).

Laddove il provvedimento amministrativo, divenuto efficace, impone obblighi a carico del destinatario, obblighi di dare o di *facere*, si pone il problema, come è ben noto, di assicurare che questi obblighi vengano adempiuti.

Nella nostra antica dottrina era ritenuto insito nell'efficacia del provvedimento amministrativo, a differenza dei negozi di diritto privato, il carattere dell'esecutorietà, emanazione dell'imperatività del provvedimento. Secondo questa dottrina, a prescindere da specifiche previsioni di legge, il provvedimento amministrativo impositivo di obblighi in capo a terzi, e in genere tutti quelli a carattere ablatorio, possono senz'altro essere portati ad esecuzione dall'Amministrazione agente, a prescindere dal consenso dei destinatari e anche coattivamente nei loro confronti. E' noto che questa dottrina è stata successivamente superata, e l'opinione prevalente in tempi più recenti è da ritenere quella secondo la quale l'esecuzione coattiva degli obblighi imposti da provvedimenti amministrativi possa essere effettuata dall'Amministrazione laddove previsto (pur con molti dubbi in giurisprudenza, come è noto).

La nuova norma accoglie pienamente questa impostazione "legalistica" e afferma il principio che le pubbliche Amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi, costituiti dal provvedimento, "nei casi e con le modalità stabilite dalla legge". Ciò significa che l'esecuzione coattiva deve essere espressamente prevista (chè altrimenti si applica il diritto comune e perciò l'esecuzione in sede giurisdizionale); ed essa va attuata secondo i procedimenti stabiliti dalla stessa legge. Una volta che il provvedimento sia divenuto efficace, ove questo sia costitutivo di obblighi in capo a terzi, sarà responsabilità dell'Amministrazione agente decidere se attivare il procedimento esecutivo ove questo sia previsto. Appare non corretta l'espressione "nei loro confronti" (riferita agli obblighi nei confronti delle pubbliche Amministrazioni) perché in realtà si tratta in molti casi di attività imposte nell'interesse generale a contenuto non patrimoniale delle quali è difficile predicare un destinatario.

In via generale, la norma stabilisce che il provvedimento costitutivo di obblighi debba indicare termine e modalità di esecuzione da parte del soggetto obbligato. In caso di inottemperanza da parte di questi, la pubblica Amministrazione agente, previa diffida,

può provvedere all'esecuzione coattiva “nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge”. Ciò significa che ogni provvedimento costitutivo di obblighi deve indicare il termine, e le modalità della sua esecuzione da parte del soggetto obbligato.

Ma in caso di inottemperanza, le Amministrazioni possono procedere all'esecuzione coattiva, una volta esperita la diffida, esclusivamente laddove previsto e secondo le modalità procedurali stabilite dalla legge.

Si avverta che in tutti questi casi l'espressione “legge” usata dalle norme in commento è da intendere in senso stretto, come atto avente forza e valore di legge, sia di competenza dello Stato che delle regioni, secondo l'art. 117 Cost.: ciò in virtù della riserva di legge stabilita in materia dall'art. 23 Cost.

L'art. 21 *ter*, 2° comma conferma la normativa vigente in materia di esecuzione coattiva delle obbligazioni pecuniarie, originariamente prevista per i crediti dello Stato (R.D. 1910 n. 946, d.l.vo 26.2.1999, n. 46), normativa che si applica a tutte le pubbliche Amministrazioni (“enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici”; art. 17 d.l.vo n. 46/99 cit.).

11. L'art. 21 *quater*, 2° comma, disciplina il procedimento di sospensione; esattamente distinguendo la sospensione dell'efficacia (cioè degli effetti giuridici del procedimento), da quella dell'esecuzione (cioè dell'attività esecutiva materiale). L'esecuzione ovviamente può riguardare sia l'attività che il privato è chiamato a porre in essere in base al provvedimento, sia la stessa attività che l'Amministrazione può porre in essere in caso di inottemperanza del primo.

La sospensione può essere disposta per gravi ragioni, e per il tempo strettamente necessario; mediante la indicazione di un termine nel provvedimento di sospensione, termine che può essere prorogato o differito per una sola volta e può essere altresì ridotto per sopravvenute esigenze.

La competenza in ordine al provvedimento di sospensione è in capo alla medesima autorità che ha emanato il provvedimento oggetto della sospensione; salvo che la legge espressamente conferisca questo potere ad altro organo.

Il provvedimento di sospensione come gli altri di secondo grado, disciplinati dalla nuova normativa è provvedimento discrezionale, che deve essere espressamente motivato, come peraltro risulta chiaro dalle espressioni usate dalla norma, anche troppo stringenti (“gravi ragioni” , “tempo strettamente necessario”). Ovviamente esso può

essere impugnato, da parte di soggetti portatori di interessi contrapposti alla sospensione del provvedimento da cui essi potevano trarre dei vantaggi; e sospeso, a sua volta, in sede giurisdizionale.

Il provvedimento di sospensione può avere ad oggetto tanto provvedimenti ad efficacia istantanea (che per effetto della sospensione viene differita o dei quali viene differita l'esecuzione materiale), che provvedimenti ad efficacia durevole. In questo secondo caso il provvedimento di sospensione si inserisce nell'ambito di un rapporto in essere e viene a sospenderne le reciproche prestazioni, che riprendono corso una volta scaduto il termine della sospensione.

La sospensione *sine die* di un provvedimento amministrativo non è consentita.

L'art. 21 *quinquies* contiene la disciplina generale dell'istituto, importantissimo nella nostra materia, della revoca dei provvedimenti amministrativi. Il potere di revoca è previsto in via generale, come quello di sospensione. Esso non necessita cioè di espressa previsione di legge: limitatamente, tuttavia, ai provvedimenti ad efficacia durevole. Questi possono essere revocati, da parte dello stesso organo emanante, salva espressa attribuzione del potere ad altro organo da parte della legge. L'espressione "legge" usata da questa norma come dall'altra sulla sospensione, è da intendere in senso lato come fonte di norme giuridiche. Ciò significa che anche il regolamento (sia regolamenti di organizzazione sia regolamenti sui diversi procedimenti amministrativi) può conferire poteri di revoca a determinati organi.

Presupposti della revoca possono essere secondo la norma molteplici. Essa cioè accoglie la configurazione della revoca nel suo contenuto più ampio, e consente perciò che essa possa essere adottata sia a fronte di sopravvenuti mutamenti nella situazione di fatto ovvero nell'assetto di interessi (come, ad esempio, previsto dall'art. 11, 4° comma, a proposito del recesso dall'accordo), sia nel caso in cui si prospetti all'Amministrazione una "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario". In questo secondo caso, come è ben noto, il potere di revoca comporta una discrezionalità molto estesa che va attentamente controllata, caso per caso, nel suo corretto esercizio. Sul punto, sicuramente si pone un problema di conformità di questo istituto al principio dell'ordinamento comunitario, cui si è accennato, della legittima aspettativa (principio da intendere espressamente richiamato dall'art. 1, 1° comma). Infatti secondo questo principio, forti limitazioni sussistono alla rimozione (da intendersi comprensiva anche

della revoca *ex nunc*) di precedenti provvedimenti che hanno costituito in capo a terzi situazioni di vantaggio (*vested rights*).

Pacifica è l'efficacia *ex nunc* della revoca, esattamente individuata dalla norma come "la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti".

Una rilevante innovazione è contenuta nella norma laddove prevede l'obbligo generale di indennizzo delle situazioni di pregiudizio arrecate ai soggetti direttamente interessati, in conseguenza della revoca: "soggetti" sono da intendere come parti del rapporto costituito dal provvedimento ad efficacia durevole oggetto di revoca.

Sembra che, in virtù di questa norma, l'indennizzo sia sempre previsto in favore di questi soggetti, a prescindere dalle ragioni di interesse pubblico che hanno portato l'Amministrazione al provvedimento di revoca. Salvo che, ovviamente, non si tratti di ragioni derivanti dal comportamento del soggetto che non abbia rispettato gli obblighi stabiliti dal provvedimento costitutivo del rapporto di cui si tratta. In questi casi, invero, più correttamente si dovrebbe parlare di decadenza, piuttosto che di revoca; ma, come è noto, i due istituti sono spesso confusi nella prassi.

La previsione generalizzata dell'indennizzo, accomuna la revoca dei provvedimenti amministrativi al recesso unilaterale degli accordi, di cui all'art. 11, 4° comma. In entrambi i casi è prevista la liquidazione di un indennizzo in relazione ai pregiudizi in danno verificatisi in capo ai soggetti interessati. Ovviamente il pregiudizio in danno deve essersi verificato e va dimostrato caso per caso. Più corretta appare perciò l'espressione "eventuali pregiudizi" usata dall'art. 11, 4° comma.

L'espressione "pregiudizio in danno" usata da entrambe le norme, è da intendere in senso non tecnico, come quella che fa riferimento a conseguenze pregiudizievoli verificatesi in capo al soggetto che siano economicamente o patrimonialmente valutabili. Non si tratta cioè di danno in senso tecnico (artt. 2043, 1218, 1223 cod. civ.) per il cui risarcimento occorre come è ben noto la sussistenza dell'elemento soggettivo almeno della colpa, in capo all'autore (da ult., Cons. St., IV, 15.2.2005, n. 478).

Le controversie in materia di indennizzo (determinazione e corresponsione) sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Anche qui, conformemente a quanto disposto dall'art. 11 in ordine agli accordi.

12. L'art. 21 *sexies* contiene una norma che non riguarda i provvedimenti amministrativi ma i contratti della pubblica Amministrazione. Quindi è da inserire in tutt'altro contesto normativo.

Essa è tuttavia importante perché limita il recesso unilaterale dai contratti, da parte dell'Amministrazione contraente, ai soli casi previsti dalla legge o dal contratto stesso. Esclude perciò l'applicazione dell'istituto della revoca, cui il recesso unilaterale si può equiparare, ai rapporti che trovano la loro fonte in un contratto anziché in un provvedimento. Mentre il provvedimento amministrativo è sempre revocabile alle condizioni stabilite dalla norma generale di cui si è appena detto; e d'altra parte, dagli accordi di cui all'art. 11, la pubblica amministrazione può unilateralmente recedere per sopravvenuti motivi di pubblico interesse (Cons. St., VI, 20.1.2000, n. 264). Dal contratto, viceversa, l'Amministrazione può recedere unilateralmente soltanto laddove espressamente previsto. Ciò, tra l'altro, sostituisce ulteriore punto di distinzione tra gli accordi conclusivi di procedimenti che restano comunque attratti nella disciplina pubblicistica, ai sensi dell'art. 11, e i contratti della pubblica amministrazione.

Si deve considerare tuttavia che poteri di recesso *ad nutum* o di rescissione unilaterale del contratto sono previste da alcune norme a carattere generale, segnatamente nella materia dei lavori pubblici, norme ben note, la cui operatività non viene toccata dalla norma in esame; la quale appunto fa salvi i casi previsti dalla legge (art. 345 e art. 340 l. n. 20.3.1865 n. 1848 allegato F, art. 142 d.P.R. 21.12.1949 n. 554; nella legislazione antimafia art. 4 d.lgs 8. agosto 1994 n. 490, dpr 3.6.1998 n. 252).